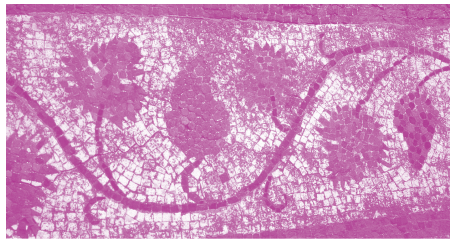
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
DIPARTIMENTO GIURIDICO

ANNALI

27/2026



editoriale scientifica

Direttore
Valentino Petrucci

Comitato scientifico
Carlos Agurto Gonzàles (Professore dell'Universidad Nacional Mayor de San Marcos)
Ruggiero Dipace
Federica Barbieri
Gianfederico Cecanese
Agostino De Caro
Michele Della Morte
Francesco De Martino
Stefano Fiore
Lucio Francario
Gianmaria Palmieri
Marco Parisi
Andrea Rallo
Giuseppe Reale
Francesco Serpico
Maria Ausilia Simonelli
Giovanni Varanese

Comitato di redazione
Maria Teresa De Blasis
Francesco Serpico
Giovanni Carmellino

I lavori contenuti in questo volume sono stati sottoposti al controllo, in forma anonima, di un revisore esperto.
Il comitato dei revisori è composto dai proff.:
Francesco Alicino, Francesco Amarelli, Giuseppe Amarelli, Elisa Baroncini, Fabrizio Amore Bianco, Giovanni Arieta, Emilio Balletti, Laura Baccaglini, Silvio Berardi, Ermanno Calzolaio, Mario Campobasso, Roberto Carleo, Paolo Carrozza, Laura Castaldi, Ignazio Castellucci, Antonello Ciervo, Giuseppe Della Monica, Michele Della Morte, Mariarita D'Addezio, Claudio De Fiores, Massimo Deiana, Francesco de Santis, Barbara De Donno, Paolo Di Lucia, Alberto di Martino, Ernesto Fabiani, Rocco Favale, Pasquale Femia, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Francesca Galgano, Gianluca Gentile, Ivan Ingravallo, Anna Lasso, Pamela Lattanzi, Fiorenzo Liguori, Dario Luongo, Vania Maffeo, Salvatore Mancuso, Antonio Marinello, Elena Marinucci, Francesco Marone, Federico Martelloni, Antonio Maria Marzocco, Giuseppe Melis, Enrico Mezzetti, Manlio Miele, Vincenzo Muscatiello, Vincenzo Omaggio, Andrea Orestano, Pierluigi Ortolano, Annalisa Pace, Fulvio Maria Palombino, Luigi Pannarale, Lorenzo Passerini Glazel, Paolo Piscitello, Roberto Pessi, Pietro Pustorino, Nicola Rascio, Francesca Reduzzi, Carlo Romani, Michele Rosboch, Fabio Santangeli, Francesco Santoni, Mario Savino, Livia Salvini**,** Adolfo Scalfati, Antonio Scerbo, Anna Scotti, Massimo Tita, Sara Tommasi, Gianluca Tracuzzi, Troncone Pasquale, Silvia Tuccillo, Leopoldo Tullio, Antonio Vallebona, Roberto Virzo, Alessandro Zampone.

Università degli Studi del Molise
dipartimento giuridico

ANNALI

27/2026

Editoriale Scientifica
Napoli

Tutti i diritti sono riservati

© Copyright 2026
Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
www.editorialescientifica.com

ISBN 979-12-235-0846-6

INTERVENTI

Sandra Regina Martini[1], Rodrigo da Silva Vernes-Pinto[2], Mel Moraes de Carvalho[3], Kevin Dorneles Radaelli Carvalho[4]

¿Nuestra América?: Passato, presente e futuro del subcontinente: una riflessione su identità, colonialità, sfide contemporanee e l'integrazione latino-americana.[5]

Abstract[6]

Questo articolo analizza la traiettoria storica, le impasse contemporanee

[1] Ricercatrice Produttività, Ricercatrice Gaúcha. Professoressa del Programma di Post-laurea in Giurisprudenza dell'Università LASALLE/Rio Grande do Sul e Coordinatrice del Progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. Professoressa dell'UNICURITIBA/Paraná. Professoressa dell'UNIFACVEST /Santa Catarina. Possiede un Post-dottorato in Diritto (Roma Tre) e un Post-dottorato in Politiche Pubbliche (Università di Salerno).

[2] Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso l'UNISINOS. È Post-dottorando in Giurisprudenza presso l'Università La Salle e Ricercatore PDTI 2 del Progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. È Master in Diritti Umani presso l'UNIRITTER, Post-laureato in Diritto Commerciale presso la PUCRS, laureato in Giurisprudenza presso l'UNIRITTER e avvocato.

[3] Laureanda in Giurisprudenza presso l'Università La Salle e Ricercatrice PDTI 5 del Progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. Opera nel Núcleo de Práticas Jurídicas dell'Università La Salle. È Tecnica in Amministrazione presso la QI Faculdades e Escola Técnica.

[4] Laureando in Commercio Estero presso l'Università La Salle - Unilasalle, e ricercatore volontario del Progetto

V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024.

[5] La traduzione di questo articolo è stata realizzata con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, mediante lo strumento Gemini Pro e, successivamente, sottoposta a revisione umana dall'autore(i), al fine di assicurare l'adeguatezza terminologica, la chiarezza testuale e la fedeltà al contenuto originale.

[6] Riassunto generato con l'ausilio dell'intelligenza artificiale (IA). Gemini. Ver-

e gli orizzonti futuri dell'America Latina, utilizzando l'espressione *Nuestra América*, di José Martí, come chiave ermeneutica decoloniale. Attraverso una ricerca bibliografica e documentale di approccio qualitativo e carattere teorico-riflessivo, lo studio esamina la persistenza della colonialità del potere e le asimmetrie strutturali che subalternizzano gruppi vulnerabilizzati in una *"spirale di vulnerabilità"*. Successivamente, confronta questa eredità storica con dati recenti della CEPAL[7], i quali evidenziano la bassa crescita economica regionale, la concentrazione del reddito, la precarizzazione del mercato del lavoro e l'imminenza devastante della crisi climatica. Come via di superamento, si articola la teoria del Diritto Fraterno, di Eligio Resta, e la proposta di una *Costituzione della Terra*, di Luigi Ferrajoli. Si conclude che il futuro del subcontinente dipende dal consolidamento di un'integrazione regionale orizzontale fondata sulla fraternità, sull'universalismo concreto dei diritti umani e sulla governance globale dei beni comuni, convertendo la memoria storica di resistenza in un progetto politico-giuridico comune orientato dalla dignità umana e dalla giustizia socio-ambientale.

This article analyzes the historical trajectory, contemporary impasses, and future horizons of Latin America, employing José Martí's concept of *Nuestra América* as a decolonial hermeneutic key. Through a qualitative, theoretical-reflective bibliographic and documentary research, the study examines the persistence of the coloniality of power and the structural asymmetries that subalternize vulnerable groups within a "spiral of vulnerability." Furthermore, it confronts this historical legacy with recent ECLAC data, which highlights the region's low economic growth, concentrated wealth distribution, precarious labor market – exacerbated by the care crisis –, and the devastating imminence of the climate crisis. As a path toward transformation, the article articulates Eligio Resta's theory of Fraternal Law and Luigi Ferrajoli's proposal for a Constitution of the Earth. It concludes that the subcontinent's future relies on consolidating a horizontal regional integration grounded in fraternity, the concrete universalism of human rights, and the global governance of the commons, converting the historical memory of resistance into a shared political-legal project oriented toward human dignity and socio-environmental justice.

Parole chiave: America Latina; Colonialità; CEPAL; Diritto Fraterno; Integrazione Regionale.
Keywords: Latin America; Coloniality; ECLAC; Fraternal Law; Regional Integration.

sione Gemini 1.5 Pro. [s.l.]: Google LLC, 2025. Risposta generata dall'intelligenza artificiale. Disponibile su: https://gemini.google.com. Accesso il: 25 giu. 2026.

[7] La Commissione Economica per l'America Latina e i Caraibi (CEPAL), agenzia regionale dell'ONU fondata nel 1948, è la principale istituzione formulatrice del pensiero strutturalista e dello sviluppismo in America Latina.

Introduzione

Pensare l'America Latina è tradurre uno spazio sociale segnato da profonde contraddizioni in relazione alla sua storia sociale, politica e culturale. Da un lato, vi è una diversità etnica, di territori, di culture e del suo ambiente. Dall'altro, le asprezze della colonizzazione sono permanenti avendo la schiavitù, la dipendenza economica e le disuguaglianze strutturali come segni. L'America Latina esige uno sguardo al di là della geografia o dell'economia, ossia, che si rompano le frontiere, i cui territori sono permeati da dispute, resistenze e reinvenzioni identitarie.

Prendendo come punto di partenza l'espressione *Nuestra América* di José Martí, essa ci presenta chiavi interpretative per la comprensione di queste sfide latino-americane, visualizzate sotto una prospettiva critica e situata. Questo sguardo si offre come possibilità di approfondimento delle condizioni storiche e sociali costituenti l'"essere" latino-americano. Una convocazione ai popoli del subcontinente a connettersi alle proprie realtà, a valorizzare le proprie identità in modo autonomo, senza l'imposizione delle esperienze coloniali ed eurocentrate. Di modo che ogni e qualsiasi riflessione non si mantenga dissociata dalla critica alla colonialità del potere, alla formazione di gerarchie sociali e alle esclusioni di gruppi vulnerabili, collocati in una cittadinanza di seconda classe dalla regione.

A partire da questa prospettiva, questo testo si propone di analizzare l'America Latina nei suoi legami tra passato, presente e futuro. Metodologicamente, lo studio si sviluppa attraverso una ricerca bibliografica e documentale, di approccio qualitativo e carattere teorico-riflessivo. L'analisi parte dalla revisione di opere classiche e contemporanee sull'identità latino-americana, colonialità, decolonialità, diritti umani, fraternità e integrazione regionale, articolando autori come José Martí, Aníbal Quijano, Eduardo Galeano, Ailton Krenak, Gayatri Spivak, Walter Mignolo, Eligio Resta e Luigi Ferrajoli. Inoltre, sono utilizzati dati e rapporti recenti della CEPAL, con l'obiettivo di relazionare la riflessione teorica alle sfide sociali, economiche, lavorative e ambientali affrontate dall'America Latina nella contemporaneità. La Commissione Economica per l'America Latina e i Caraibi (CEPAL) è una delle cinque commissioni regionali dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. È stata creata il 25 febbraio 1948 dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, inizialmente con il nome di Commissione Economica per l'America Latina. Nel 1984, il suo mandato è stato ampliato per includere ufficialmente i paesi dei Caraibi, passando ad adottare la denominazione attuale.

In tal modo, si discute la formazione dell'identità latino-americana e la permanenza di strutture coloniali che producono disuguaglianze e subalternizzazioni. Successivamente, si affrontano le sfide contemporanee della regione, come la bassa crescita economica, la povertà, la precarizzazione del lavoro e la crisi climatica. Infine, si esamina l'importanza dell'integrazione regionale, della cooperazione tra i popoli e del Diritto Fraterno come possibilità di costruzione di un progetto comune, orientato dalla dignità umana, dalla giustizia sociale, dalla sostenibilità e dalla valorizzazione della pluralità latino-americana.

1. *Identità latinoamericana e critica coloniale*

Quando José Martí (2019) coniò il termine *Nuestra América* nel riflettere sull'America Latina e sulla sua identità, egli cercò un'analisi profonda delle origini storiche del Continente in confronto con il Nord, in particolare, con gli Stati Uniti d'America. Da un lato, i pilastri statunitensi di lavoro, libertà e diversità e, in un'altra prospettiva, l'Ispano-America segnata dalla conquista, sfruttamento e disuguaglianza.

Nel suo approccio, l'autore contestualizza le necessità locali e valorizza il meticcio[8] come fondamentale per la vera civiltà americana. Oltre a criticare il colonialismo e la sottomissione alle forme politiche europee e l'esclusione dei popoli originari e meticci. Ossia, la vera indipendenza passa per l'esaltazione della diversità e della storia latinoamericana, in cui lo sviluppo e la giustizia sociale sono integrati dall'educazione e dalla solidarietà tra i paesi latinoamericani, lotte che costituiscono l'identità di *Nuestra América*. Sebbene abbiamo differenze culturali ed economiche, per Martí è possibile una proposta unitaria d'America.

Nonostante la rilevanza del contributo di Martí, l'America Latina, nella sua diversità culturale, economica e politica convive storicamente con un retaggio di sfruttamento sin dalla sua formazione, avendo

[8] Non si dimenticano le critiche alle discussioni sul meticciato e al mito della democrazia razziale in Brasile, dove si è discussa la cancellazione del pregiudizio nei confronti della popolazione nera sotto la falsa idea che le relazioni sociali brasiliane sarebbero immuni al razzismo. Si assume soltanto come punto di partenza la letteratura di José Martí e la sua idea di meticcio e di inclusione politica quale soggetto di diritto nel contesto latinoamericano a fronte della colonialità. Per un maggiore approfondimento sul tema, leggere Fry, Peter. A persistência da raça. Ensaios Antropológicos sobre o Brasil e a África Austral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

come marchio la piaga della schiavitù indigena e della popolazione nera. Anche dopo l'abolizione della schiavitù, l'esclusione e la disuguaglianza sono mantenute in una struttura sociale permeata dai privilegi di pochi e dalla distinzione sociale e da gerarchie degli uni sugli altri. La stessa tutela dei diritti fondamentali è segnata dall'accesso limitato, senza la possibilità di attivazione di strumenti democratici ed egualitari (Gargarella, 2019, p. 117), ove non basta la proclamazione dei diritti, poiché le difficoltà di effettiva inclusione di minoranze discriminate culminano in un insieme di erosione dei diritti.

Questa dinamica segnata dalla logica del "noi" e dell'"altro", di disumanizzazione di soggetti di diritti (Bragato, 2016), attraversa le relazioni nord e sud globale, essendo costruita socialmente nel corso dei secoli. La cosiddetta colonialità del potere, la quale progetta e costituisce modelli egemonici, sia nella produzione della conoscenza o nell'imposizione di potere-giuridico (Quijano, 2005), sostiene le subordinazioni di individui e gruppi vulnerabili.

In tal senso, come suggerisce Eduardo Galeano (2013, p. 52), le disuguaglianze latinoamericane non sono accidentali, bensì risultato di una lunga storia di spoliazione, dipendenza e concentrazione di ricchezze. Dominazioni escludenti di un popolo, il cui sistema sociale ha perpetuato una sorta di "club dell'umanità" (Krenak, 2020) motivo di resistenza dei popoli originari in confronto alla colonizzazione. Questo processo storico di dominazione e colonialità evidenzia l'imposizione di strutture di potere che hanno plasmato la formazione politica, sociale ed economica dell'America Latina. I suoi segni permangono visibili nelle trasformazioni della mappa latinoamericana e in una geopolitica costruita a partire dalle invasioni europee nel subcontinente e dalla sua costante divisione e rivolte, sino alla configurazione geografica attuale.

Come risultato, l'imposizione di barriere alla piena uguaglianza è percepita nella subalternità delle minoranze politiche e sociali reiteratamente non viste e inascoltate (Spivak, 2020), basata su modelli eurocentrati (Said, 1990); nelle loro stigmatizzazioni oltre la sfera individuale, impattando sull'appartenenza e sul rispetto da parte della collettività egemonica (Goffman, 2004) e nell'oppressione riprodotta sistematicamente nei campi politici, economici e culturali (Young, 1990, p. 41).

Questo quadro sfidante esige di affrontare questa categorizzazione dei subalterni, quelli considerati come non razionali, nella misura in cui il mondo moderno/coloniale si è espanso (Mignolo, 2009, p. 12). A tal fine, una società e un Diritto attenti alla diversità nella sfera decoloniale e con uno sguardo verso una base comune. Ossia, in una

prospettiva di interculturalità e in dialogo critico rispetto all'ottica disumanizzante coloniale, in maniera orizzontale e simmetrica all'interno delle istituzionalità (Bragato, 2017).

Questo contesto di premente sovversione di un ordine sociale asimmetrico richiede l'incorporazione di nuovi strati intersezionali ai marcatori sociali. Si tratta di aprire spazio a nuovi significati e a nuove realtà nel riconoscimento della diversità, contemplando visioni del mondo attraversate da razza, genere, classe socioeconomica, questioni indigene e appartenenze etniche. In una prospettiva oltre la mera somma di fattori di disuguaglianza e di discriminazione, ma che affronti la realtà sociale di gruppi vulnerabilizzati considerando le strutture sociali mantenitrici di discriminazioni (Vernes-Pinto, 2022)[9] e in "spirale di vulnerabilità" (Longo e Lorubbio, 2021, p. 9)[10].

Come si evince, parlare di *Nuestra América* include la ricerca di legittimità nelle dispute sociali e politiche per l'uguaglianza, non discriminazione. In una proposta per ripensare l'America Latina in modo attento all'eterogeneità delle sue identità, non fisse e universalmente astratte e considerando il campo di dispute, dislocamenti e ricostruzioni storiche. Nel valorizzare tale pluralità, diviene possibile comprendere le frontiere culturali, politiche, razziali, sessuali e di genere quali spazi di tensione, dialogo e resistenza. Comprendere il passato permette concrete e profonde diagnosi del presente, così come di affrontare le sfide contemporanee per un futuro più prossimo all'uguaglianza.

2. *Sfide contemporanee dell'America Latina*

Le sfide attuali permangono. L'America Latina è una regione segnata da grandi ricchezze naturali, diversità culturale e potenziale

[9] La contestualizzazione di situazioni di disuguaglianze e di discriminazioni è fondamentale, in special modo in casi di discriminazione multipla e intersezionale, ove fattori discriminatori si presentano in modo concomitante e inseriti in strutture di subordinazione, le quali riuniscono condizioni sociali, economiche, politiche e giuridiche che attraversano le esperienze del discriminato.

[10] Mariano Longo e Vincenzo Lorubbio affrontano il carattere multidimensionale della vulnerabilità e le sue relazioni con il rischio e i diritti umani: "Il concetto sociologico di vulnerabilità implica, dunque, una situazione di instabilità oggettiva delle posizioni e, quindi, il riconoscimento non appena di categorie specifiche, ma delle situazioni contestuali e relazionali di rischio che acutizzano la condizione di vulnerabilità."

produttivo. Tuttavia, i dati recenti della CEPAL rivelano che tale potenziale convive ancora con problemi strutturali profondi, quali bassa crescita economica, disuguaglianza sociale, povertà, informalità nel lavoro e impatti crescenti della crisi climatica (CEPAL, 2024a; CEPAL, 2024b). Pertanto, comprendere le sfide latinoamericane esige di analizzare non soltanto gli indicatori economici, ma altresì le condizioni sociali che limitano lo sviluppo inclusivo.

2.1 *Bassa crescita economica*

In primo luogo, la bassa crescita economica rappresenta un ostacolo centrale per la regione. Secondo le proiezioni della CEPAL, le economie dell'America Latina e dei Caraibi crescerebbero, sia nel 2024 che nel 2025, a un ritmo considerato insufficiente per ampliare in modo consistente l'occupazione, il reddito e la produttività (CEPAL, 2024a). Nello specifico, le proiezioni indicano una crescita di appena l'1,8% nel 2024 e del 2,3% nel 2025 (CEPAL, 2024a). Tale scenario dimostra che la regione rimane vincolata a una dinamica di crescita limitata, dipendente dal consumo e con basso investimento produttivo. Storicamente, il tasso medio annuo di crescita tra il 2015 e il 2024 è stato di un esiguo 0,9%, meno della metà del 2,0% registrato durante il "decennio perduto" degli anni 1980 (CEPAL, 2024b). Di conseguenza, diviene più difficile generare occupazione di qualità e ridurre le disuguaglianze storiche, un quadro che è aggravato dal fatto che il tasso di investimento della regione sia uno dei più bassi al mondo, mantenendosi praticamente stagnante dal 1990 (CEPAL, 2024a).

2.2 *Disuguaglianza sociale e povertà*

Inoltre, la disuguaglianza sociale continua a essere uno dei tratti più marcati dell'America Latina. Anche quando vi è una riduzione della povertà, la distribuzione del reddito rimane concentrata, il che limita l'accesso di gran parte della popolazione a diritti basilari, quali istruzione, salute, alloggio, servizi igienico-sanitari e protezione sociale (CEPAL, 2024b). Sebbene la povertà sia scesa al 27,3% nel 2023, raggiungendo il livello più basso dal 1990, la povertà estrema ha comunque colpito il 10,6% della popolazione (CEPAL, 2024b). La disuguaglianza di reddito si è mantenuta elevata, con un indice di Gini pari a 0,452 nel medesimo anno, e la distribuzione della ricchezza si è rivelata ancora più escludente, con il 10% più ricco che detiene il

66% della ricchezza totale (CEPAL, 2024b). La povertà, pertanto, non deve essere vista soltanto come mancanza di reddito, bensì come risultato di molteplici privazioni che impediscono a milioni di persone di partecipare pienamente alla vita economica e sociale. Per far fronte a questa realtà, i sistemi di protezione sociale non contributivi sono stati essenziali – elevando la copertura pensionistica al 31% delle persone con più di 65 anni –, ma il sistema presenta ancora delle carenze, poiché oltre un terzo dei nuclei familiari nel quintile a minor reddito rimane senza alcun accesso alla protezione sociale (CEPAL, 2024b).

2.3 *Precarizzazione del lavoro*

Un altro problema rilevante è la precarizzazione del mercato del lavoro. La CEPAL segnala che la regione presenta ancora un'elevata informalità, bassi salari e disuguaglianze di genere nell'accesso all'occupazione (CEPAL, 2024a; CEPAL, 2024b). I dati[11] rivelano che, tra il 2013 e il 2022, l'occupazione informale è cresciuta del 18,6%, un tasso di gran lunga superiore alla crescita del 3,3% dell'occupazione formale nel medesimo periodo (CEPAL, 2024a). In modo preoccupante, tale informalità si concentra (74%) nei settori con i minori tassi di crescita della produttività (CEPAL, 2024a). Molti lavoratori non godono di tutela previdenziale, stabilità o diritti del lavoro garantiti. Questa realtà colpisce in particolar modo le donne, i giovani, le popolazioni indigene, i migranti e i gruppi storicamente esclusi, ampliando le disuguaglianze esistenti e ostacolando la mobilità sociale. L'esclusione femminile è retroalimentata da una forte crisi della cura: il 56,3% delle donne che si trovano al di fuori della forza lavoro si dedica esclusivamente al lavoro domestico e di cura non retribuito, in contrasto con appena il 7,3% degli uomini nella medesima situazione (CEPAL, 2024b). La presenza di persone a carico nel domicilio eleva ulteriormente la probabilità che la donna venga assorbita dal lavoro informale (CEPAL, 2024a).

[11] Per l'analisi delle connessioni tra i contenuti dei dati della CEPAL, è stata utilizzata l'intelligenza artificiale Gemini, fermo restando che il contenuto intellettuale, l'analisi e le interpretazioni sono di esclusiva responsabilità degli autori. Gemini. Versione Gemini 1.5 Pro. [s.l.]: Google LLC, 2025. Risposta generata da intelligenza artificiale. Disponibile su: https://gemini.google.com. Accesso il: 24 giu. 2026.

2.4 *Crisi climatica e sostenibilità*

È altresì necessario evidenziare la crisi climatica quale sfida sempre più urgente. L'America Latina soffre a causa di eventi estremi, perdita di biodiversità, insicurezza alimentare e danni alle infrastrutture, impatti che colpiscono in modo più intenso le popolazioni povere e i territori vulnerabili (CEPAL, 2024c). Tale vulnerabilità si traduce in danni economici diretti: si stima che ogni aumento di 1ºC di temperatura significhi la perdita di un punto percentuale nella crescita pro capite della regione a causa dell'impatto sulla produttività lavorativa (CEPAL, 2024c). Pertanto, lo sviluppo regionale deve incorporare politiche ambientali, investimenti in infrastrutture resilienti e transizione verso modelli produttivi più sostenibili. Il costo dell'inazione sarà altissimo; senza politiche di adattamento e mitigazione, l'intensificarsi degli shock climatici può ridurre il Prodotto Interno Lordo (PIB) regionale del 12,5% e decimare 42,7 milioni di posti di lavoro (l'11,2% del totale) entro il 2050 (CEPAL, 2024a). Concretizzare tale transizione verso un'economia resiliente e a basse emissioni di carbonio esigerà dalla regione un grande sforzo, con investimenti annui necessari stimati tra il 3,7% e il 4,9% del PIB entro il 2030, destinati prioritariamente ai sistemi di energia, all'elettrificazione del trasporto e al freno della deforestazione (CEPAL, 2024c).

3. *Integrazione, cooperazione e Diritto Fraterno*

L'analisi dei dati provenienti dalla CEPAL dimostra che lo scenario attuale dell'America Latina è sfidante ed esige risposte interconnesse (CEPAL, 2024a; CEPAL, 2024b; CEPAL, 2024c). La promozione della crescita e dello sviluppo economico non è l'unico obiettivo. È premente che siano accompagnati da inclusione sociale, riduzione delle disuguaglianze, tutela del lavoro e sostenibilità ambientale. In questo percorso, la comunità latinoamericana necessita del rafforzamento di politiche pubbliche allineate all'ampliamento degli investimenti sociali per la costruzione di potenziali strategie di sviluppo atte a unire la dimensione economica alla giustizia sociale e alla preservazione ambientale.

In effetti, per i popoli latinoamericani è fondamentale improntare le proprie relazioni all'integrazione e alla cooperazione regionale, offrendo risposte collettive a problemi che sono comuni nelle loro storie. Per José Martí (2019), il reciproco riconoscimento dei popoli latinoamericani, in una sorta di richiamo ai soggetti ad affrontare in modo

condiviso i propri problemi e nel loro tempo storico, stabilisce ponti teorici di dialogo. Questa concezione di unità, fondata sulla valorizzazione delle differenze e sulla consapevolezza di un destino condiviso, si avvicina alla teoria del Diritto Fraterno, di Eligio Resta (2020), nel proporre il superamento della logica della rivalità, dell'esclusione e dell'indifferenza in favore di un'etica di responsabilità tra persone, comunità e nazioni.

Una *Nuestra América* fondata sulla dimensione giuridico-politica della fraternità in cooperazione trascende la mera astrazione ideologica e passa ad agire in una dimensione concreta di fronte alla disuguaglianza persistente, alla dipendenza economica e alla crisi ambientale. In un'unione dei latinoamericani come resistenze e sopravvivenze, il cui cammino tracciato attraverso la fraternità aggiunge il dialogo, la costruzione di progetti comuni e un nuovo vivere di contrasto alle strutture di subordinazione. Così, si produrranno alternative per un effettivo sviluppo, giusto, dignitoso e sostenibile.

Per Resta, il superamento di appartenenze chiuse, ancorate ai limiti di Stato Nazione e cittadinanza (Resta, 2020, p. 11), fornisce lo spunto per il compimento della fraternità. In tal modo, il Diritto Fraterno si colloca in uno spazio di riflessione di coscienza della nostra umanità, un luogo comune da riconoscere e tutelare (Resta, 2020, p. 13). Un riconoscimento concreto, attento alle differenze e con uno sguardo inclusivo dell'Altro (Resta, 2020, p. 18).[12]

I postulati fraterni stabiliscono un ridimensionamento degli spazi sociali e relazionali, in cui vi è la realizzazione, in concreto, di una reale inclusione di coloro che patiscono le asprezze delle disuguaglianze. Mentre Martí invoca l'America come un'unità della Latinoamérica e la critica decoloniale richiama l'attenzione sulle asprezze di una condizione storica e sociale di sfruttamento e disuguaglianze, la dimensione della fraternità mira a un diritto "giurato congiuntamente tra fratelli", cosmopolita e fondato su un universalismo concreto dei Diritti Umani (Resta, 2020, p. 15). In effetti, di fronte a un quadro strutturato di esclusioni perenni e costruite in svariate epoche storiche, Resta ci indica una visione di speranza per il futuro, nella quale l'unione tra soggetti concreti considera la diversità a scapito di poteri e privilegi. Se il passato e il presente latinoamericano sono segnati dalla spoliazio-

[12] Nelle parole di Elígio Resta, un "pensiero dell'amicizia": "gli amici possono non essere conosciuti, ma potrebbero, in ogni momento, essere riconosciuti. È a questo difficile evento del riconoscimento che si rimanda la sua visibile concretezza. Il "pensiero dell'amicizia" sta tutto in uno scarto temporale inaspettato che intercorre tra l'ignorato e la manifestazione della coscienza"

ne e dalla lesione di diritti fondamentali, il futuro del continente può seguire altre direzioni, anche sotto una nuova prospettiva costituzionalista.

Tuttavia, problematizzare l'integrazione latinoamericana a partire dal Diritto Fraterno esige riconoscere che la cooperazione regionale non sempre si realizza come pratica orizzontale tra popoli. In molti momenti, i progetti integrazionisti sono rimasti condizionati da interessi economici, dispute geopolitiche, instabilità istituzionali e asimmetrie interne tra gli stessi Stati latinoamericani. In tal modo, l'integrazione può convertirsi in mera retorica diplomatica se non affronta le basi materiali della disuguaglianza, della dipendenza e della colonialità che attraversano il subcontinente. La fraternità, pertanto, non può essere concepita come sentimento astratto di solidarietà, ma come una dimensione giuridico-politica capace di mettere in discussione strutture che riproducono esclusioni storicamente naturalizzate.

In tal senso, i dati contemporanei precedentemente esaminati non devono essere letti soltanto come indicatori economici o sociali isolati, bensì come sintomi di una crisi più profonda di appartenenza, riconoscimento e distribuzione. La bassa crescita, la povertà persistente, la precarizzazione del lavoro e la crisi climatica rivelano che la promessa di sviluppo regionale rimane incompleta quando dissociata da politiche di cura, protezione sociale, giustizia ambientale e democratizzazione dell'accesso ai beni fondamentali. L'integrazione fraterna acquisisce densità solamente quando sposta il centro dell'analisi dal mercato alla vita concreta dei soggetti vulnerabilizzati, specialmente quelli situati ai margini delle cittadinanze nazionali.

A partire da questa prospettiva, la domanda su *Nuestra América* ritorna come interrogativo critico su chi sia incluso nel progetto comune latinoamericano. Se la colonialità ha prodotto soggetti considerati scartabili, periferici o senza voce, un'integrazione fondata sulla fraternità deve operare come contronarrazione a questa logica, ampliando gli spazi di riconoscimento di popoli originari, popolazioni nere, donne, migranti, lavoratori informali e comunità colpite dal degrado ambientale. Non si tratta soltanto di integrare Stati, mercati o istituzioni, bensì di integrare esperienze storiche di sofferenza, resistenza e rivendicazione di dignità che attraversano le frontiere nazionali.

Per questo, il Diritto Fraterno può essere compreso come una chiave di passaggio tra la diagnosi critica del passato coloniale e la costruzione di un futuro regionale comune. Esso mette in tensione la rigidità della sovranità statale quando questa si trasforma in barriera per la tutela dei diritti umani e mette in discussione la logica competi-

tiva che contrappone popoli sottoposti a problemi simili. Nel proporre un diritto "giurato congiuntamente", la fraternità recupera la dimensione politica del vincolo sociale e permette di pensare l'America Latina non come somma frammentata di Stati, bensì come comunità di destino segnata dalla responsabilità reciproca.

4. *Un nuovo costituzionalismo per l'integrazione latinoamericana*

La discussione su un nuovo costituzionalismo per l'integrazione latinoamericana esige, innanzitutto, di problematizzare i limiti delle esperienze costituzionali tradizionali del subcontinente. Sebbene molte carte costituzionali latinoamericane contemplino ampi diritti fondamentali, la cosiddetta "sala macchine" del costituzionalismo, come sottolineato da Gargarella (2019) è rimasta sussunta alle strutture concentrate di potere. In tal modo persiste un vuoto, spesso, tra il testo normativo e la realtà storica di subalternità e disuguaglianze che si riproducono socialmente.

L'integrazione latinoamericana non può assumere un carattere riduzionistico ai postulati economici e senza una reale integrazione tra gli Stati, ovverosia, deve essere compresa come un progetto politico-giuridico di decolonizzazione delle relazioni sociali e istituzionali. Ciò implica riconoscere che le frontiere nazionali, sebbene giuridicamente rilevanti, non sono sufficienti per rispondere a problemi condivisi, quali la povertà strutturale, la migrazione forzata, la distruzione ambientale, il razzismo, la precarizzazione del lavoro e la vulnerabilizzazione di popoli originari, donne, popolazioni nere e comunità periferiche.

L'idea stessa di costituzionalismo, quando trasposta nella realtà latinoamericana, deve affrontare la tensione tra universalismo e particolarità. Da un lato, i diritti umani rivendicano validità universale e protezione uguale per tutti i soggetti. Dall'altro, la storia latinoamericana rivela che l'applicazione astratta di questo universalismo ha spesso ignorato le esperienze concrete di esclusione, silenziamento e spoliazione vissute da gruppi subalternizzati. Per questo, un costituzionalismo latinoamericano impegnato con *Nuestra América* deve essere capace di articolare garanzie universali con esperienze situate, incorporando il pluralismo giuridico, i saperi comunitari, le cosmologie indigene, la giustizia socioambientale e le lotte storiche per il riconoscimento.

In tal modo, la proposta di Ferrajoli non deve essere letta come una sostituzione della specificità latinoamericana con un'astrazione globale, bensì come una possibilità di ampliare la scala delle garanzie

senza cancellare le particolarità dei territori. La Costituzione della Terra, in tal senso, offre una chiave per pensare la difesa dei beni comuni e dei diritti fondamentali di fronte a poteri transnazionali che sfuggono al controllo democratico degli Stati. Tuttavia, nel contesto latinoamericano, tale proposta acquisisce densità critica solamente se articolata alla memoria coloniale, al debito ecologico, alla tutela dei popoli e dei territori vulnerabilizzati e alla necessità di un'integrazione regionale fondata sulla fraternità, sull'uguaglianza sostanziale e sulla corresponsabilità tra i popoli.

Oltre a una diagnosi storica e sociale latinoamericana, nella quale la figura del meticcio assume centralità, secondo Martí, e la dimensione della fraternità assume un ruolo fondamentale, il tema qui proposto dialoga anche con la proposta di Luigi Ferrajoli nella sua opera '*Per una Costituzione della Terra: L'umanità al bivio'*. In un mondo che richiede una risposta giuridica alle emergenze globali, un ordine sociale a partire dalla visione di questa Costituzione della Terra supera la capacità degli Stati Nazionali. Esempi di ciò sono la crisi climatica, le guerre, le migrazioni forzate, la fame, la concentrazione di ricchezze e la massiccia violazione dei diritti fondamentali.

Per l'autore italiano, il costituzionalismo non si limita alle frontiere statali, poiché i poteri economici e politici produttori di rischi planetari agiscono su scala globale ed esigono garanzie ugualmente globali. In tal senso, l'America Latina, segnata da colonialità, disuguaglianza e sfruttamento ambientale, può essere pensata come spazio privilegiato di resistenza e di elaborazione di alternative, articolando la fraternità, la cooperazione regionale e la tutela dei beni comuni, quali l'acqua, la biodiversità, le foreste e i territori dei popoli originari, a un progetto di costituzionalismo planetario volto alla pace, alla dignità umana e alla sopravvivenza dell'umanità (Ferrajoli, 2023).

L'autore italiano, nel sottolineare le sfide contemporanee che l'umanità deve affrontare di fronte a una crisi d'emergenza senza precedenti, evidenzia la necessità di risposte globali. Gli scenari di crisi climatica, le disuguaglianze esasperate e il rischio di estinzione della specie umana non sono trattati con la dovuta attenzione da parte degli Stati. La vetusta categoria della sovranità limita un'azione efficace, poiché risulta ancora fondata su interessi ristretti e priva di una sfera pubblica o giuridica globale dotata di garanzie universali (Ferrajoli, 2023, p. 45-47 e 81-88). Prendendo a parametro l'ingiustizia climatica, Ferrajoli problematizza persino la cosiddetta "*debito ecologico*" dei Paesi ricchi nei confronti dei Paesi poveri, considerando che i primi sono i maggiori responsabili del degrado ambientale nel mondo (Ferrajoli, 2023, p. 79, 81-88).

La proposta ferrajoliana afferma la necessità di protezione dei beni fondamentali e dei beni comuni contro l'appropriazione privata, la devastazione ambientale e la logica predatoria dei poteri economici globali. Uno sguardo attento alla protezione di beni vitali, quali acqua, aria, foreste e biodiversità, e il divieto di produzione e commercio di ciò che definisce beni mortiferi, come armi nucleari, rifiuti tossici ed emissioni di gas serra (Ferrajoli, 2023, p. 123-126). L'America Latina, in quanto territorio segnato dalla colonialità, dallo sfruttamento delle risorse naturali e dalla resistenza di popoli originari e comunità vulnerabilizzate, si rivela uno spazio centrale per la concretizzazione di tale costituzionalismo planetario. In tal modo, l'integrazione latinoamericana e il Diritto Fraterno possono essere compresi come mediazioni politico-giuridiche necessarie per la difesa della vita, dell'uguaglianza sostanziale, della sostenibilità e dei beni comuni dell'umanità.

In questo contesto, questa svolta non solo interpretativa, ma pratica ed effettiva del costituzionalismo esprime un nuovo approccio ai problemi globali sistemici, i quali si connettono alle strutture sociali mantenitrici di disuguaglianze sociali e che deteriorano le istituzioni sociali. Questa realtà dimostra un problema planetario che richiede un costituzionalismo anch'esso planetario, i cui costituzionalismi nazionali sono rigidi e agiscono restrittivamente (Ferrajoli, 2023, p. 67).

Se un nuovo soggetto politico e sociale si proietta oltre la colonialità, ottenendo un'inclusione e un accesso all'universalità dei diritti, si può intravedere che, dopo la concretizzazione di tutto ciò attraverso la dimensione fraterna, questo nuovo costituzionalismo proposto da Ferrajoli mobilita e consolida una nuova prospettiva di futuro per l'umanità. Una proposta che consente di inserire l'America Latina nello scenario globale come il paradigma di dialogo fraterno e costituzionale oltre la rigidità costituzionale fondata sulla sovranità e sulle frontiere.

Conclusione

Riflettere sul passato, sul presente e sul futuro dell'America Latina, assumendo come punto di partenza l'espressione *Nuestra América* di José Martí, ci permette una comprensione del subcontinente al di là di limitanti concetti eurocentrici o coloniali. Il percorso di questa ricerca ha evidenziato che le asimmetrie caratteristiche della regione non derivano dal caso, bensì dal riflesso di strutture storiche di spolia-

zione e subalternizzazione che insistono nel riprodursi sotto nuove vesti economiche, giuridiche e sociali.

La relazione con i dati della CEPAL, le sue diagnosi attuali, rafforza l'eredità coloniale. La constatazione di una bassa crescita economica strutturale, i livelli di povertà ed estrema povertà che perdurano, così come la precarizzazione nel mondo del lavoro e la crisi climatica sono assi problematici interconnessi e catalizzatori di fratture democratiche nella società latinoamericana. Questi fattori dimostrano che i modelli tradizionali di sviluppo, incentrati unicamente su metriche macroeconomiche e sullo sfruttamento della natura e dell'ambiente, hanno esaurito la loro capacità di risposta e approfondiscono la "spirale di vulnerabilità" dei gruppi marginalizzati.

Di fronte a questo panorama sfidante, il superamento dei dilemmi latinoamericani richiede risposte trasversali e collettive. È in questo orizzonte che l'integrazione regionale e il Diritto Fraterno, articolati al pensiero decoloniale, cessano di essere utopie astratte e passano a configurare imperativi politico-giuridici di sopravvivenza ed emancipazione. L'ottica di Eligio Resta propone un dislocamento civilizzatorio essenziale: la transizione da un diritto basato sulla rivalità e sulla sovranità escludente dello Stato-nazione a un'etica della responsabilità e del reciproco riconoscimento dell'"Altro". Questa ermeneutica fraterna, basata sull'universalismo concreto dei Diritti Umani, conferisce voce ai corpi subalternizzati e riposiziona la dimensione della fraternità come pilastro delle istituzionalità.

Infine, l'interlocuzione con il progetto di una Costituzione della Terra, di Luigi Ferrajoli, eleva la potenza dell'America Latina a una scala planetaria. Essendo il subcontinente uno dei maggiori depositari di biodiversità e beni comuni del mondo, nonché il territorio di resistenza ancestrale di popoli originari, la regione assume il ruolo di avanguardia nella costruzione di un costituzionalismo globale. La difesa dei beni comuni contro la voracità del mercato transnazionale e la mitigazione degli shock climatici esigono un patto che unifichi la giustizia sociale alla sostenibilità ambientale.

Infine, rispondere all'interrogativo che intitola questo studio implica comprendere che il futuro di *Nuestra América* dipende dalla nostra capacità di convertire la memoria della resistenza in un progetto comune di integrazione. Solamente attraverso una cooperazione orizzontale, informata dalla pluralità e garantita da un Diritto genuinamente fraterno e decoloniale, sarà possibile superare il retaggio dello sfruttamento ed edificare un orizzonte guidato dalla dignità umana, dalla giustizia sociale e dalla preservazione della vita.

Riferimenti bibliografici

BORGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. In *Quaestio Iuris*, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016.

BORGATO, Fernanda Frizzo; BARRETO, Vicente de Paulo; FILHO, Alex Sandro da Silveira. A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partira das realidades plurais da América Latina. In *Revista da Faculdade de Direito da UFPR,* vol. 62, nº 1, jan/abr, Curitiba, 2017.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *Estudio Económico de América Latina y el Caribe, 2024: trampa de bajo crecimiento, cambio climático y dinámica del empleo*. Santiago: CEPAL, 2024. 289 p. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicacoes/80750-estudo-economico-america-latina-caribe-2024-resumo-executivo. Acesso em: 21 jun. 2026.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *Panorama Social de América Latina y el Caribe, 2024: desafíos de la protección social no contributiva para avanzar hacia el desarrollo social inclusivo*. Santiago: CEPAL, 2024. 267 p. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicacoes/81347-panorama-social-america-latina-caribe-2024-resumo-executivo. Acesso em: 21 jun. 2026.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *La economía del cambio climático en América Latina y el Caribe, 2023: necesidades de financiamiento y herramientas de política para la transición hacia economías con bajas emisiones de carbono y resilientes al cambio climático*. Santiago: CEPAL, 2024. 67 p. (Documentos de Projetos). Disponível em: https://www.cepal.org/es/publicaciones/69031-la-economia-cambio-climatico-america-latina-caribe-2023-necesidades. Acesso em: 21 jun. 2026.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma constituição da terra: a humanidade em uma encruzilhada*. [S. l.]: Buobooks.com, 2023. 144 p.

FRY, Peter. *A persistência da raça. Ensaios Antropológicos sobre o Brasil e a África Austral.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la Constituición (1980-2010). *In Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporânea*, Coordenador Paulo Riberi, México: Universidade Autónoma de México, 2019.

GEMINI. Versão Gemini 1.5 Pro. [s.l.]: Google LLC, 2025. Revisão pontual do texto e análise de conteúdo de dados. Disponível em: https://gemini.google.com. Acesso em: 24 jun. 2026.

GOOFMAN, Erving. *Estigma - Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.* Disponível em: < https://we.riseup.net/assets/212390/estigma-ervinggoffman-140509193459-phpapp01.pdf> Acesso em 22 jun. 2026.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo.* São Paulo: Companhia da Letras, 2020.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org)*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. pp. 227-278. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf. Acesso em: 22 jun. 2026.

LONGO, M.; LORUBBIO, V. *Vulnerabilità, rischio e diritti umani tra riflessione sociologica e diritto internazionale*. *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2021. Disponível em: https://rtsa.eu/RTSA_3_2021_Longo.pdf. Acesso em: 22 jun. 2026.

MARTÍ, José. *Nuestra América.* Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2019.

MIGNOLO, Water D. Who Speaks for the "Human" in Human Rights?. Hispanic Issues Series. Retrieved from the *University of Minnesota Digital Conservancy*, 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/11299/182855>. Acesso em 22 jun. 2026.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

SAID, Edward W. *Orientalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2020.

VERNES-PINTO, Rodrigo da Silva. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do Feminismo Negro e o Direito da Antidiscriminação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

YOUNG, Iris Marion. *Justice and politics of difference.* New Jersey: Princeton University Press, 1990.

Sandra Regina Martini[1], Fernando Goya Maldonado[2], Adriana Becerra-Rondon[3], Ana Victória Benvilaqua Comin[4], Amanda Gabriele Pegorini de Assunção da Silva[5], Fillipe Angelino Araujo Machado[6]

[1] Ricercatrice Produttività, Ricercatrice Gaúcha. Professoressa del Programma di Post-laurea in Giurisrpudenza dell'Università LASALLE/Rio Grande do Sul e Coordinatrice del Progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. Professoressa dell'UNICURITIBA/Paraná. Professoressa dell'UNIFACVEST /Santa Catarina. Possiede un Post-dottorato in Diritto (Roma Tre) e un Post-dottorato in Politiche Pubbliche (Università di Salerno).

[2] Dottorato in Democracy in the Twenty-first Century presso il Centro de Estudos Sociais – CES – Portogallo (2019). Master in Sociologia del Diritto presso l'Oñati International Institute for the Sociology of Law – IISJ – Spagna (2010). Laurea in Giurisprudenza presso la Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2007). Attualmente borsista PDTI I del progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) approvato nel Bando FAPERGS 06/2024. ORCID: orcid.org/0000-0001-8798-146X. e-mail: fegoyamald@gmail.com.

[3] Dottorato in Telerilevamento e Geoprocessamento presso la Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2022). Master in Telerilevamento e Geoprocessamento presso la Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2017). Laurea in Biologia presso la Universidad del Zulia – LUZ – Venezuela (2009). Attualmente borsista PDTI II del progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) approvato nel Bando FAPERGS 06/2024. ORCID: orcid.org/0000-0002-4731-1282. e-mail: abecerrarondon@gmail.com.

[4] Studentessa di Master e Laureata in Politiche Pubbliche presso la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Borsista PDTI4 del progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) approvato nel Bando FAPERGS 06/2024. e-mail: ana.comin@ufrgs.br

[5] Studentessa di Master e Laureata in Politiche Pubbliche presso la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Borsista PDTI4 del progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) approvato nel Bando FAPERGS 06/2024. e-mail: amandagabryelle14@gmail.com

[6] Studente di Master in Giurisprudenza nella linea di ricerca Società e Frammentazione del Diritto presso la Universidade La Salle (UNILASALLE) e laureando in Gestione della Tecnologia dell'Informazione e Scienze Contabili presso il Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Specializzando in Media Integrati

Dalla sovranità proprietaria alla sovranità democratica: Amazzonia e politiche pubbliche[7]

Abstract

Questo capitolo analizza l'espressione "L'Amazzonia è nostra" come problema socio-giuridico, e non solo come enunciato di difesa territoriale. A partire dalla Sociologia del Diritto, si argomenta che il pronome "nostra" condensa dispute su appartenenza, autorità, sovranità e responsabilità di fronte a una regione segnata da pluralità normativa, diversità culturale e interdipendenza ecologica. L'ipotesi sostenuta è che l'Amazzonia metta in tensione il paradigma classico della sovranità statale perché i suoi fiumi, ecosistemi, popoli e modi di vita precedono, attraversano ed eccedono le frontiere nazionali. Si aggiunge l'analisi del ruolo delle politiche pubbliche rivolte alla governance della foresta articolata con la teoria dei beni comuni, con l'argomento che la gestione non si limita allo Stato e al mercato, ma anche ad assetti collettivi. Metodologicamente, il capitolo sviluppa un'analisi teorico-bibliografica, di approccio socio-giuridico e interdisciplinare. Il testo distingue due sensi possibili della frase: da un lato, una grammatica proprietaria, che converte la foresta in patrimonio strategico, risorsa o territorio di controllo; dall'altro, una grammatica della corresponsabilità, che comprende l'Amazzonia come casa comune, comunità di vita e spazio di appartenenza plurale. In dialogo con i dibattiti su pluralismo giuridico, colonialità, diritti della natura, fraternità e Costituzione della Terra, il capitolo propone di spostare la domanda "di chi è l'Amazzonia?" verso "per chi siamo responsabili quando parliamo di Amazzonia?". In questo contesto, il ruolo delle politiche pubbliche rivolte alla governance della foresta articolata con la teoria dei beni comuni, si argomenta che la gestione non si limita allo Stato e al mercato, ma anche agli assetti collettivi. Si conclude che la protezione della foresta esige

nell'Educazione presso l'Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC), Specializzando in Docenza nell'Educazione Professionale e Tecnologica presso l'Instituto Federal do Ceará (IFCE). Specializzato in Diritto Civile e Diritto del Lavoro presso la (UNIRITTER), in Diritto Processuale del Lavoro e Diritto Previdenziale presso la (Verbo Jurídico), e MBA in Diritto Tributario presso la (UNIRITTER). Laureato in Giurisprudenza presso la (UNIRITTER), laureato in Comunicazione Sociale Relazioni Pubbliche e in Amministrazione con enfasi in Marketing presso la Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Borsista PDTI4 del progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) approvato nel Bando FAPERGS 06/2024. e-mail: fillipearaujo@gmail.com

[7] La traduzione di questo articolo è stata realizzata con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, mediante lo strumento Gemini Pro e, successivamente, sottoposta a revisione umana dall'autore(i), al fine di assicurare l'adeguatezza terminologica, la chiarezza testuale e la fedeltà al contenuto originale.

di ripensare la sovranità come dovere di garanzia, cura e responsabilità intergenerazionale, senza cancellare i popoli della foresta né legittimare forme esterne di appropriazione.

This chapter analyzes the expression "The Amazon is ours" as a socio-legal problem, rather than merely as a statement of territorial defense. From the perspective of Sociology of Law, it argues that the pronoun "ours" condenses disputes over belonging, authority, sovereignty, and responsibility in relation to a region marked by normative plurality, cultural diversity, and ecological interdependence. The central hypothesis is that the Amazon challenges the classical paradigm of state sovereignty because its rivers, ecosystems, peoples, and ways of life precede, cross, and exceed national borders The analysis also considers the role of public policies aimed at forest governance, in dialogue with commons theory, based on the argument that governance is not limited to the State and the market, but also encompasses collective arrangements. Methodologically, the chapter develops a theoretical and bibliographical analysis with a socio-legal and interdisciplinary approach. The text distinguishes two possible meanings of the phrase: on the one hand, a proprietary grammar that turns the forest into strategic heritage, resource, or territory of control; on the other, a grammar of co-responsibility that understands the Amazon as a common home, a community of life, and a space of plural belonging. In dialogue with debates on legal pluralism, coloniality, rights of nature, fraternity, and the Constitution of the Earth, the chapter proposes shifting the question from "who owns the Amazon?" to "for whom are we responsible when we speak of the Amazon?". In this context, drawing on the role of public policies in forest governance and their articulation with commons theory, it is argued that governance extends beyond the State and the market to encompass collective and community-based institutional arrangements. It concludes that the protection of the forest requires rethinking sovereignty as a duty of guarantee, care, and intergenerational responsibility, without erasing forest peoples or legitimizing external forms of appropriation.

Parole chiave: pluralismo giuridico; diritti della natura; Costituzione della Terra.
Key words: legal pluralism; rights of nature; Constitution of the Earth.

Introduzione

La frase "L'Amazzonia è nostra" circola solitamente come affermazione di difesa nazionale. Essa compare nei dibattiti sulla sovranità, nelle reazioni alle pressioni internazionali e nei discorsi che legano la foresta all'identità brasiliana e latinoamericana. Tuttavia, quando tra-

sferita nel campo della Sociologia del Diritto, tale espressione cessa di essere un'evidenza. L'enunciato che sembra soltanto proteggere un territorio giunge a rivelare una domanda decisiva: chi è autorizzato a dire "nostra" quando si parla dell'Amazzonia?

Il problema non si limita alla titolarità formale del territorio. La questione centrale è comprendere che tipo di vincolo giuridico, politico ed ecologico si costituisce quando la foresta viene nominata come qualcosa di "nostro". Il suddetto pronome possessivo può tanto aprire un linguaggio di responsabilità comune quanto chiudere la grammatica del campo politico attorno a una concezione di proprietà fondata sulla sovranità statale. Così, in un senso, il "nostro" indica cura, interdipendenza e impegno verso le generazioni future; in un altro, trasforma la foresta in oggetto di dominio, controllo e sfruttamento strategico.

In quest'ottica, l'Amazzonia mette in tensione la tradizione moderna della sovranità perché non rientra nell'immagine di un territorio omogeneo sottoposto a un'unica autorità. I suoi fiumi attraversano frontiere politiche; i suoi ecosistemi organizzano relazioni che non obbediscono alle mappe statali; i suoi popoli, saperi e normatività precedono la formazione degli Stati nazionali. La regione rende visibile una contraddizione centrale del diritto moderno: il tentativo di ordinare la vita attraverso frontiere fisse di fronte a una realtà ecologica e culturale profondamente relazionale.

Questa contraddizione si approfondisce perché l'Amazzonia non è regolata solo dal diritto statale. In essa coesistono norme indigene, pratiche comunitarie, trattati internazionali, principi ambientali, regimi di protezione territoriale e rivendicazioni associate ai diritti della natura. Il diritto ufficiale continua a essere rilevante, ma non esaurisce il campo giuridico. Il pluralismo giuridico permette di comprendere questo scenario come spazio di sovrapposizione, conflitto e negoziazione tra diversi ordini normativi (Griffiths, 1986; Merry, 1988; Tamanaha, 2008).

L'ipotesi di questo capitolo è che l'espressione "L'Amazzonia è nostra" acquisisca senso democratico ed ecologico solamente quando cessa di operare come linguaggio di possesso e passa a esprimere corresponsabilità. Per sviluppare questo argomento, si articolano la critica alla sovranità proprietaria, il pluralismo giuridico amazzonico, le forme storiche di appropriazione territoriale e la trasformazione dell'azione statale nel processo di ridemocratizzazione, attraverso una metodologia di analisi teorico-bibliografica, sotto un approccio interdisciplinare socio-giuridico. In questo percorso, Eligio Resta contribuisce a mettere in discussione la logica amico/nemico e i limiti esclu-

denti della comunità politica, mentre Luigi Ferrajoli permette di comprendere la sovranità come dovere di garanzia di fronte a diritti e beni fondamentali che oltrepassano la volontà isolata degli Stati (Resta, 2003; Ferrajoli, 2020, 2022).

In questo contesto, la ridemocratizzazione brasiliana aggiunge una dimensione istituzionale a questo problema. Se, durante il periodo autoritario, sovranità, sicurezza, sviluppo e occupazione territoriale sono stati associati a forme centralizzate di decisione, la Costituzione Federale del 1988 ha ampliato diritti, partecipazione e controllo sociale, attribuendo alle politiche pubbliche un ruolo rilevante nella concretizzazione di tali garanzie. La questione che orienta questo capitolo passa, pertanto, a essere anche se questa trasformazione istituzionale sia stata capace di spostare la relazione dello Stato con l'Amazzonia da una logica di dominio e disposizione territoriale a una sovranità democratica, fondata su protezione, partecipazione e responsabilità.

Il "noi" dell'Amazzonia: appartenenza, cittadinanza e pluralismo giuridico

Il primo spostamento necessario consiste nel sottrarre l'espressione "L'Amazzonia è nostra" dal campo dell'evidenza. Ogni affermazione di appartenenza costruisce una frontiera: include alcuni soggetti all'interno di una comunità e lascia altri in posizione secondaria, esterna o silenziosa. Per questo, il "noi" della frase non può essere trattato come neutro. Esso è una categoria politica, giuridica e simbolica. Chiedersi chi parli in nome dell'Amazzonia è anche chiedersi chi abbia la propria voce riconosciuta come legittima e chi rimanga come oggetto di tutela, amministrazione o sospetto.

Quando il "noi" è formulato soltanto a partire dallo Stato-nazione, la foresta tende a essere tradotta come territorio nazionale, patrimonio strategico o risorsa disponibile per la gestione pubblica. Questa traduzione non è irrilevante, poiché la difesa contro forme esterne di appropriazione fa parte della storia politica latinoamericana. Il problema sorge quando questa difesa cancella gli stessi soggetti che vivono nella foresta e con la foresta. Popoli indigeni, comunità rivierasche, quilombolas e popolazioni tradizionali non sono meri abitanti di un paesaggio. Le loro forme di vita, memoria, economia, spiritualità e organizzazione sociale sono vincolate alla foresta come condizione di esistenza (De La Cadena, 2015; Escobar, 2018).

In questo senso, la categoria "cittadini della foresta" può essere

mobilitata come immagine analitica, e non come definizione giuridica chiusa. Essa permette di nominare soggetti la cui cittadinanza non si esaurisce nella relazione verticale con lo Stato, poiché si costituisce anche in legami territoriali, comunitari ed ecologici. La cittadinanza, in questo caso, non è soltanto appartenenza nazionale, ma modo di abitare, prendersi cura, trasmettere saperi e preservare relazioni di reciprocità con l'ambiente.

Il conflitto che risalta in questo testo emerge proprio quando il "nostro" nazionale non coincide con il "nostro" dei popoli della foresta. Ciò che lo Stato può presentare come difesa sovrana del territorio può essere percepito, dalle comunità locali, come occupazione, controllo, sviluppo imposto o minaccia alla riproduzione dei loro modi di vita. La stessa Amazzonia che appare nel discorso statale come area strategica può essere, per i suoi abitanti, casa, ancestralità, corpo collettivo e memoria. La Sociologia del Diritto è particolarmente sensibile a questa tensione, perché permette di osservare che il diritto non si limita a regolare conflitti già esistenti; esso definisce anche quali soggetti e quali forme di vita saranno riconosciuti come portatori di giuridicità (Santos, 1987, Maldonado, 2015).

Da qui l'importanza del pluralismo giuridico. L'Amazzonia non è soltanto lo scenario di applicazione del diritto statale, ma uno spazio in cui diverse normatività si contendono la legittimità. Norme comunitarie, regimi indigeni di appartenenza, pratiche di cura territoriale e regole ecologiche di convivenza producono forme concrete di obbligazione e autorità. Riconoscere questa pluralità non significa idealizzarla come armonia. Significa comprendere che la foresta è attraversata da dispute tra sistemi normativi posizionati in modo disuguale, nei quali alcune voci vengono convertite in diritto e altre vengono trattate come consuetudine, informalità o arretratezza (Griffiths, 1986; Merry, 1988; Tamanaha, 2008).

Questa discussione sull'appartenenza ha una conseguenza direttamente democratica. Chiedersi chi integri il "noi" amazzonico significa anche chiedersi chi possieda voce e capacità di influenza nelle decisioni sul territorio. Popoli indigeni, comunità rivierasche, quilombolas e altre popolazioni tradizionali non possono essere compresi soltanto come destinatari di politiche formulate esternamente, poiché le loro conoscenze, forme di organizzazione e normatività integrano la definizione stessa dei problemi pubblici. In questo senso, una politica ambientale può essere formalmente statale senza essere sostanzialmente democratica quando i soggetti direttamente vincolati al territorio rimangono esclusi dai processi di formulazione, implementazione e controllo.

L'Amazzonia oltrepassa le frontiere dello Stato

La forza critica dell'Amazzonia sta nel mostrare che la vita non si organizza secondo la geometria politica degli Stati. La foresta attraversa paesi, fiumi, bacini idrografici, ecosistemi, popoli e reti di circolazione che non coincidono con le frontiere nazionali. Questa constatazione, apparentemente semplice, sposta profondamente il linguaggio della sovranità. Se la sovranità moderna è stata costruita sulla delimitazione dello spazio, l'Amazzonia rivela una realtà che resiste alla pretesa di essere pienamente delimitata.

I fiumi amazzonici non si interrompono al tratto della frontiera. La biodiversità non riconosce confini nazionali. I regimi delle piogge, le dinamiche climatiche, gli spostamenti delle specie e i modi di vita dei popoli della regione attraversano i limiti politici disegnati sulle mappe. La foresta, in questo senso, precede ed eccede lo Stato. Anche i popoli originari precedono la forma statale moderna. L'Amazzonia esisteva prima delle frontiere che oggi cercano di ordinarla e continuerà a sfidare qualsiasi lettura che la riduca a una porzione di terra sotto dominio amministrativo.

Qui si riscontra una tensione fondamentale tra due razionalità. La razionalità territoriale della sovranità moderna opera per divisione, fissazione, autorità e controllo. La razionalità ecologica, invece, opera per interdipendenza, continuità e relazione. La prima si domanda chi comanda in un determinato spazio. La seconda rivela che la vita si sostiene attraverso connessioni che sfuggono a qualsiasi centro unico di decisione. Nel confrontare queste due razionalità, l'Amazzonia mostra che il diritto statale è necessario, ma insufficiente (Maldonado, 2018).

Per questo, difendere l'Amazzonia non può significare soltanto rafforzare le barriere territoriali. La protezione della foresta esige cooperazione tra i paesi amazzonici, riconoscimento dei popoli che la abitano, rafforzamento delle istituzioni di garanzia e meccanismi capaci di impedire tanto l'appropriazione esterna quanto la devastazione interna. La domanda giuridica cessa di essere soltanto "chi esercita potere sul territorio?" e passa a includere un'altra dimensione: "chi garantisce le condizioni di continuità della vita?".

Questo cambiamento avvicina il dibattito amazzonico alle discussioni sui beni comuni e sulla governance socioecologica. Il contributo di Ostrom è rilevante, perché sposta la gestione delle risorse comuni dall'opposizione semplicistica tra Stato e mercato, evidenziando l'importanza di assetti collettivi, regole costruite localmente e istituzioni adattate ai contesti sociali (Ostrom, 1990). Nel caso amazzonico, que-

sta prospettiva rafforza il fatto che la protezione della foresta dipende dall'articolazione tra scale: locale, nazionale, regionale e planetaria.

Questa caratteristica modifica anche la scala stessa delle politiche pubbliche. Problemi come deforestazione, contaminazione di fiumi, perdita di biodiversità e cambiamenti climatici producono effetti simultaneamente locali, nazionali, regionali e planetari. L'azione pubblica deve, pertanto, articolare diversi livelli di responsabilità senza trasformare il coordinamento istituzionale in una nuova forma di centralizzazione.

Autoritarismo, ridemocratizzazione e politiche pubbliche

La relazione tra sovranità e Amazzonia non può essere compresa soltanto a partire dall'attuale crisi ecologica. Nella storia politica latinoamericana, soprattutto durante la Guerra Fredda, sovranità, sicurezza e territorio sono stati articolati attorno alla Dottrina di Sicurezza Nazionale. In Brasile, il regime instaurato nel 1964 ha approfondito la concezione unitaria dello Stato fondato sulla centralizzazione delle decisioni politiche, nonché, sotto questa prospettiva, ha rafforzato una concezione di territorio associata alla sicurezza, allo sviluppo e all'integrazione nazionale.

In Amazzonia, l'articolazione tra sicurezza, sviluppo e sovranità ha assunto una dimensione spaziale particolarmente intensa. La regione è stata frequentemente rappresentata come frontiera da integrare, territorio da occupare e riserva strategica da incorporare al progetto nazionale. Questa rappresentazione, già discussa da Becker (2005), non era neutra: nel produrre l'immagine di uno spazio vuoto o insufficientemente integrato, subordinava le territorialità preesistenti alla razionalità statale di occupazione e convertiva popoli e modi di vita in elementi secondari di un progetto definito a partire dal centro politico.

L'esperienza autoritaria evidenzia che la sovranità si materializza non solo nella centralità normativa statale, ma anche in politiche territoriali, infrastrutture, priorità economiche, forme di occupazione e criteri di riconoscimento dei soggetti. La rappresentazione dell'Amazzonia come proprietà strategica ha permesso di subordinare le territorialità preesistenti a progetti definiti a partire dal centro politico (Becker, 2005; Quijano, 2000). La ridemocratizzazione brasiliana ha introdotto una rilevante svolta in questa architettura. La Costituzione Federale del 1988 ha ampliato i diritti fondamentali e sociali, ha ristabilito le libertà politiche e ha rafforzato i meccanismi di partecipazione e controllo sociale. In questo contesto, la democrazia non può essere ridotta

alla competizione elettorale (Schumpeter, 1942): presuppone istituzioni capaci di convertire diritti costituzionalmente riconosciuti in garanzie effettive, ossia, una concezione sostanziale di democrazia (Sousa, Avritzer, 2002). Le politiche pubbliche costituiscono una dimensione concreta di questa trasformazione. Attraverso di esse, principi come uguaglianza, dignità, partecipazione e protezione vengono tradotti in doveri istituzionali. Ciò permette di analizzare il passaggio dall'autoritarismo alla democrazia anche come tensione tra due forme di azione statale: una prevalentemente verticale, orientata dal controllo del territorio, e un'altra che, almeno normativamente, esige pubblicità, partecipazione, controllo sociale e riconoscimento dei diritti. Questo cambiamento, tuttavia, non elimina automaticamente le eredità autoritarie. Istituzioni democratiche possono coesistere con decisioni centralizzate, politiche sviluppiste che mettono a tacere le popolazioni territoriali e forme di pianificazione che continuano a trattare la natura come risorsa disponibile. L'Amazzonia diventa, così, uno spazio privilegiato per osservare la distanza tra democratizzazione istituzionale e democratizzazione effettiva della relazione tra Stato, società e territorio.

Nel campo socio-ambientale, questa svolta appare nella creazione e nel rafforzamento di strumenti pubblici volti alla protezione ambientale, al cambiamento climatico e alla gestione dei rischi. Più importante che enumerare questi strumenti è osservare la concezione sostanziale di democrazia che ne orienta l'implementazione: una politica socio-ambientale non diventa democratica soltanto per la sua esistenza formale, ma per la capacità di riconoscere disuguaglianze territoriali, incorporare i gruppi colpiti, assicurare la circolazione dell'informazione e permettere il controllo sociale.

"L'Amazzonia è nostra": tra possesso e responsabilità

L'ambiguità della frase "L'Amazzonia è nostra" permette di identificare due grammatiche di sovranità. Nella prima, il "nostro" indica impegno e corresponsabilità: la preservazione della foresta coinvolge i suoi popoli, gli Stati amazzonici, le generazioni future e la continuità stessa della vita. Nella seconda, il "nostro" assume carattere possessivo e converte l'Amazzonia in patrimonio nazionale, risorsa strategica o territorio disponibile alla decisione statale.

La tensione tra questi due sensi non può essere ridotta alla scelta tra sovranità nazionale e responsabilità globale. È necessario proteggere l'Amazzonia contro forme esterne di appropriazione, incluse quelle rivestite di linguaggio ambientale, senza permettere che la sovranità nazionale funzioni come scudo per lo sfruttamento, la defore-

stazione, la violenza territoriale o la negazione dei diritti dei popoli della foresta.

Per questo, la distinzione decisiva non è tra sovranità e assenza di sovranità, ma tra sovranità proprietaria e sovranità democratica. La prima si organizza attorno al potere di disporre del territorio. La seconda deve essere compresa come dovere di protezione, garanzia di diritti, riconoscimento di pluralità normative e preservazione delle condizioni ecologiche della vita. A questo punto, la sovranità cessa di essere licenza per sfruttare e passa a essere responsabilità istituzionalmente esigibile (Ferrajoli, 2022).

Il paragone tra "Il petrolio è nostro" e "L'Amazzonia è nostra" aiuta a esplicitare questa differenza. La campagna attorno al petrolio ha mobilitato l'idea che una risorsa strategica dovesse rimanere sotto controllo nazionale. L'Amazzonia, sebbene attraversata anch'essa da discorsi di sovranità, non può essere pensata come il petrolio: il petrolio è una risorsa estraibile; la foresta è condizione di vita. Essa sostiene relazioni ecologiche, culturali e spirituali che non rientrano nella logica di un attivo strategico.

Quando la foresta viene trattata soltanto come risorsa, la sua complessità viene ridotta. Scompaiono i popoli che vivono con essa, i saperi che la preservano, i legami spirituali che la costituiscono e le relazioni ecologiche che sostengono la vita. L'Amazzonia non è soltanto riserva di legname, biodiversità, carbonio o acqua; essa è territorio vissuto, memoria collettiva, rete di interdipendenze e comunità di vita (Fearnside, 2008; De La Cadena, 2015; Escobar, 2018).

Questa differenza produce conseguenze per la stessa concezione di politica pubblica. Una politica orientata dall'appropriazione amministra disponibilità, produttività e accesso alle risorse; una politica ambientale democratica deve affrontare limiti ecologici, conflitti distributivi, diritti territoriali e doveri di protezione. Lo spostamento dalla sovranità economica a una sovranità democratica ed ecologica implica, pertanto, trasformare anche la finalità dell'azione pubblica: dal controllo e sfruttamento del territorio alla garanzia delle condizioni di continuità della vita.

Governance, fraternità e sovranità democratica

La governance dei beni comuni offre elementi importanti per pensare questa articolazione. Ostrom ha mostrato che le comunità possono costruire regole efficaci per gestire risorse comuni quando dispongono di riconoscimento, partecipazione e capacità di adattamento istituzionale (Ostrom, 1990). Questo contributo sposta il di-

battito dalla semplicistica opposizione tra Stato e mercato verso assetti plurali, sebbene, nel caso amazzonico, tali assetti debbano affrontare asimmetrie di potere, pressioni economiche e conflitti territoriali che non possono essere risolti soltanto attraverso consensi locali.

Lo spostamento dal possesso alla responsabilità esige anche un altro linguaggio giuridico. In Eligio Resta, la fraternità non è mero valore sentimentale, ma critica al modo in cui il diritto moderno organizza le appartenenze attraverso separazioni tra nazionali e stranieri, amici e nemici, inclusi ed esclusi. Applicata all'Amazzonia, questa prospettiva permette di mettere in discussione il "nostro" chiuso della sovranità proprietaria e di sostituirlo con un "nostro" orientato dalla corresponsabilità (Resta, 2003).

La proposta di Ferrajoli di una Costituzione della Terra amplia questa discussione indicando che certi beni fondamentali non possono restare subordinati esclusivamente alla volontà sovrana degli Stati. La crisi climatica, la distruzione ambientale, la disuguaglianza globale e la minaccia alle condizioni materiali della vita esigono istituzioni di garanzia capaci di operare al di là delle frontiere nazionali. Nel caso dell'Amazzonia, questa prospettiva permette di comprendere la sovranità come dovere di protezione e non come autorizzazione a disporre del territorio (Ferrajoli, 2020, 2022).

Ciò non significa difendere un'internazionalizzazione coloniale della foresta. Una lettura fraterna e garantista deve distinguere la protezione globale dall'appropriazione esterna. L'Amazzonia non può essere ridotta a patrimonio astratto dell'umanità, perché ciò cancellerebbe i popoli che la abitano e le normatività che la costituiscono; ma non può neppure essere trattata come proprietà assoluta di uno Stato, perché la sua distruzione colpisce beni, vite e generazioni che oltrepassano qualsiasi frontiera.

L'articolazione tra queste prospettive permette di parlare di sovranità democratica non come indebolimento dello Stato, ma come trasformazione della sua legittimità. Lo Stato rimane indispensabile, tuttavia la sua autorità passa a essere valutata anche per la sua capacità di garantire diritti, riconoscere pluralità normative, assicurare partecipazione e proteggere beni ecologici fondamentali. Le politiche pubbliche costituiscono uno dei meccanismi attraverso i quali tale responsabilità può acquisire efficacia istituzionale.

La Terra non è un oggetto: Pachamama, diritti della natura e casa comune

Il dibattito sull'Amazzonia esige anche di spostare la comprensione moderna della natura come oggetto. La foresta non è soltanto sce-

nario, risorsa o servizio ambientale. Persino espressioni benintenzionate, come "polmone del mondo", possono ridurre la complessità amazzonica a una funzione biologica prestata al pianeta. L'Amazzonia è più di questo: è territorio di culture, spiritualità, memorie, saperi, economie proprie e relazioni ecologiche che sostengono modi diversi di esistenza.

Il riferimento alla Pachamama contribuisce a questo cambiamento di prospettiva perché rompe con la separazione rigida tra umanità e natura. Pensare la Terra come realtà viva non significa abbandonare il diritto, ma ampliare la sua immaginazione normativa. Significa riconoscere che umani, animali, fiumi, foreste ed ecosistemi non esistono come unità isolate, bensì come parte di una comunità di interdipendenza (De La Cadena, 2015).

I diritti della natura rafforzano questo spostamento mettendo in discussione la centralità esclusiva del soggetto umano e della proprietà. Esperienze giuridiche contemporanee hanno riconosciuto che fiumi, foreste ed ecosistemi possono essere protetti non solo come beni di interesse umano, ma come entità dotate di valore proprio. Boyd (2017), Burdon (2011) e Pelizzon (2025) situano questa trasformazione in un orizzonte di giurisprudenza ecologica che esige di riconsiderare i fondamenti antropocentrici del diritto e di comprendere diritti, doveri e responsabilità come relazioni di interdipendenza.

Applicata all'Amazzonia, questa prospettiva permette di comprendere la foresta come comunità di vita. Non si tratta di romanticizzare la natura né di trasformare la foresta in un soggetto astratto disconnesso dai suoi popoli. Al contrario, la protezione dei fiumi coinvolge la protezione delle comunità; la protezione della biodiversità coinvolge i modi di conoscenza; e la protezione della foresta coinvolge le condizioni materiali, simboliche e spirituali di esistenza.

Le pratiche di convivenza, reciprocità e cura sviluppate da popoli indigeni, rivieraschi, quilombolas e comunità tradizionali evidenziano forme contemporanee di immaginare il diritto, la politica e la vita oltre l'appropriazione (Maldonado, 2013). In esse, la foresta non è esteriore al soggetto: essa è parte della stessa comunità di appartenenza.

Considerazioni finali

L'analisi sviluppata dimostra che l'espressione "L'Amazzonia è nostra" non costituisce un'affermazione neutra di appartenenza. Essa condensa dispute su autorità, riconoscimento, territorio e responsabilità. Il "nostro" può operare come grammatica proprietaria, naziona-

lista ed escludente, ma può anche esprimere impegno, cura e corresponsabilità di fronte a una regione segnata da pluralità normativa e interdipendenza ecologica.

L'incorporazione della traiettoria della ridemocratizzazione permette di comprendere che questa disputa si materializza anche nelle forme di azione statale. La Costituzione del 1988 ha ampliato diritti, partecipazione e meccanismi di controllo sociale, ma la democratizzazione istituzionale non ha soppresso automaticamente razionalità di centralizzazione, occupazione e sfruttamento territoriale. L'Amazzonia evidenzia, così, che la transizione da una sovranità proprietaria a una sovranità democratica rimane incompleta e permanentemente disputata. In questo processo, le politiche pubbliche costituiscono un campo decisivo. La loro funzione non può restringersi all'amministrazione economica del territorio o alla gestione delle risorse naturali. Una politica pubblica orientata da una sovranità democratica deve convertire i diritti in garanzie, riconoscere i soggetti territoriali come partecipanti alle decisioni, articolare diverse scale di governance e proteggere le condizioni ecologiche necessarie alla continuità della vita.

In questo modo, il passaggio dal possesso all'appartenenza rappresenta una trasformazione delle forme di legittimazione del diritto di fronte alla crisi ecologica. La proposta di garanzie giuridiche al di là della volontà isolata degli Stati, sommata ai diritti della natura e all'idea di casa comune, permette di comprendere l'Amazzonia come comunità di vita e rete di interdipendenze. Più che chiedersi di chi sia l'Amazzonia, diventa necessario chiedersi quali comunità giuridiche, politiche ed ecologiche siano capaci di assumere responsabilità comuni su un territorio che appartiene a molti popoli e, allo stesso tempo, non può essere appropriato da nessuno di essi. L'Amazzonia non è nostra come proprietà; è nostra come responsabilità. Forse è necessario riconoscere, in modo ancora più radicale, che l'Amazzonia non ci appartiene: siamo noi ad appartenere ad essa.

Riferimenti bibliografici

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.

BECKER, Bertha K. A Amazônia: geopolítica na virada do III milênio. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BOYD, David R. The rights of nature: a legal revolution that could save the world. Toronto: ECW Press, 2017.

BRONDÍZIO, Eduardo S.; OSTROM, Elinor; YOUNG, Oran R. Connectivity and

the governance of multilevel social-ecological systems: the role of social capital. Annual Review of Environment and Resources, v. 34, p. 253-278, 2009.

Burdon, Peter. Wild law: the philosophy of Earth jurisprudence. Alternative Law Journal, v. 35, n. 2, p. 62-65, 2010.

Burdon, Peter. Exploring wild law: the philosophy of Earth jurisprudence. Adelaide: Wakefield Press, 2011.

De La Cadena, Marisol. Earth beings: ecologies of practice across Andean worlds. Durham: Duke University Press, 2015.

Escobar, Arturo. Designs for the pluriverse: radical interdependence, autonomy, and the making of worlds. Durham: Duke University Press, 2018.

Fearnside, Philip M. Amazon forest maintenance as a source of environmental services. Anais da Academia Brasileira de Ciências, v. 80, n. 1, p. 101-114, 2008.

Ferrajoli, Luigi. Per una Costituzione della Terra. Teoria Politica, 2020.

Ferrajoli, Luigi. Per una Costituzione della Terra: l'umanità al bivio. Milano: Feltrinelli, 2022.

Griffiths, John. What is legal pluralism? The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, n. 24, p. 1-55, 1986.

Maldonado, Fernando Goya. Poderá o pluralismo jurídico ser emancipatório? A complexidade do teste de litmus e da emancipação social em processos de reforma urbana democrática? *Revista Direito e Práxis*, v. 6, p. 667-703, 2015.

Maldonado, Fernando Goya. Um pouco mais ao Sul: extrativismo, neoextrativismo e pós-extrativismo sob duas experiências sul-americanas. In: Ibarra Rojas, Lucero; Rojas Castro, Ovidia (org.). *A privatización de lo público: el manejo y la ampliación de los recursos del Estado*. 1. ed. México: UMSNH; Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe; Colectivo Emancipaciones, 2013. v. 1, p. 157-170.

Maldonado, Fernando Goya; Oliveira, Camila. Belinaso. Uma outra racionalidade jurídica para um outro futuro: da razão antropocêntrica à hipótese de Gaia. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 27., 2018, Porto Alegre. *Anais […]*. Porto Alegre: CONPEDI, 2018. p. 82-97.Merry, Sally Engle. Legal pluralism. Law & Society Review, v. 22, n. 5, p. 869-896, 1988.

Ostrom, Elinor. Governing the commons: the evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Pelizzon, A. Rights of Nature. In: Ecological Jurisprudence. Contemporary Environmental Law and Policy. Springer, Singapore. p. 199-263, 2025

Quijano, Aníbal. Coloniality of power, eurocentrism, and Latin America. Nepantla: Views from South, v. 1, n. 3, p. 533-580, 2000.

Resta, Eligio. Il diritto fraterno. Roma-Bari: Laterza, 2003.

Santos, Boaventura de Sousa. Law: a map of misreading. Journal of Law and Society, v. 14, n. 3, p. 279-302, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introduction: opening up the canon of democracy. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizing democracy: beyond the liberal democratic canon*. London: Verso, 2005. v. 1, p. XXXIV-LXXIV.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Taylor & Francis, 1942.TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. Sydney Law Review, v. 30, n. 3, p. 375-411, 2008.

Sandra Regina Martini[1], Débora Cristina da Silva[2], Cássio Lanz[3]

"Liberazione", "ordine e progresso": il pendolo del subcontinente, tra l'ecocidio e il futuro ancestrale[4]
Rivoluzioni, reazioni e soggetti vulnerabili

Abstracts

Vi è una tensione strutturale che attraversa l'America Latina, intesa come un pendolo storico. I recenti progressi giuridici nel Sud Globale cercano il consolidamento del diritto a un ambiente sano da parte della Corte IDH e nuovi quadri internazionali di protezione delle conoscenze tradizionali, evidenziando l'emersione di paradigmi che riconoscono la natura come soggetto di diritti. Il concetto di ecocidio presentato come categoria giuridica ed etica capace di nominare la devastazione ambientale sistemica, articolando distruzione ecologica, epistemicidio e vulnerabilità intergenerazionale. L'ar-

[1] Ricercatrice Produttività, Ricercatrice Gaúcha. Professoressa del Programma di Post-laurea in Giurisprudenza dell'Università LASALLE/Rio Grande do Sul e Coordinatrice del Progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. Professoressa dell'UNICURITIBA/Paraná. Professoressa dell'UNIFACVEST /Santa Catarina. Possiede un Post-dottorato in Diritto (Roma Tre) e un Post-dottorato in Politiche Pubbliche (Università di Salerno). ORCID: orcid.org/0000-0002-5437-648X. E-mail: sandra.martini@unilasalle.edu.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4080439371637715.

[2] Master in Diversità Culturale nell'Inclusione Sociale, Gestrice Ambientale, Laureanda in Medicina Veterinaria. Attualmente borsista PDTI III del Progetto -CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. ORCID: orcid.org/0009-0000-8363-8883. E-mail: deboradakini@gmail.com. Curriculum Lattes: http://lattes.cnpq.br/8115341732138270.

[3] Laureando in Giurisprudenza, tecnico forestale. Attualmente borsista PDTI 5 del Progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. E-mail: cassiorenancorrealanz@gmail.com. Curriculum Lattes: http://lattes.cnpq.br/8636460365377721.

[4] La traduzione di questo articolo è stata realizzata con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, mediante lo strumento Gemini Pro e, successivamente, sottoposta a revisione umana dall'autore(i), al fine di assicurare l'adeguatezza terminologica, la chiarezza testuale e la fedeltà al contenuto originale.

ticolo evidenzia che "la de-caratterizzazione dei biomi brasiliani rafforza il fatto che l'ecocidio è in pieno svolgimento", appoggiandosi a dati di MapBiomas che registrano oltre 148 milioni di ettari deforestati dal 1985. In dialogo con le cosmologie indigene e afrodiasporiche, si sviluppa la nozione di futuro ancestrale, che sposta l'idea di progresso lineare verso un'etica della continuità, nella quale proteggere la terra è proteggere memoria, corpo e avvenire. La Teoria della Fraternità emerge come fondamento politico capace di articolare cura, reciprocità e corresponsabilità planetaria. Il testo introduce inoltre il concetto di Forest City (Città-Foresta), che dimostra come biomi quali l'Amazzonia siano prodotti di millenni di ingegneria ecologica indigena, offrendo un paradigma alternativo per pensare l'urbanistica, la sostenibilità e le politiche pubbliche. Nella parte empirica, l'articolo incrocia dati sulla deforestazione e sulla riforma agraria, rivelando che il Brasile concentra i propri insediamenti proprio negli stati che guidano la deforestazione storica. Sebbene l'Amazonas sia lo stato con la maggior area destinata alla riforma agraria, è anche uno di quelli che ha deforestato meno in proporzione, indicando che gli insediamenti non sono vettori automatici di distruzione, ma sono frequentemente impiantati in aree di frontiera ecologica a causa della permanenza del latifondo nelle regioni più produttive. La riforma agraria, quando realizzata senza pianificazione ambientale, assistenza tecnica e infrastruttura, diventa vulnerabile alle dinamiche dell'ecocidio. La sfida è trasformarla in politica di cura, capace di produrre territori di rigenerazione e di rafforzare un orizzonte di futuro ancestrale. In sintesi, l'ecocidio segna il limite; il futuro ancestrale indica l'orizzonte; la Teoria della Fraternità offre il fondamento per attraversare questo percorso con responsabilità.

Parole chiave: Ecocidio; Futuro Ancestrale; Teoria della Fraternità; Decolonialità; Riforma agraria; Deforestazione; Città-Foresta (*Forest City*)

Il Pendolo Latino-Americano

L'America Latina è formata da venti paesi che, a detrimento delle loro comunità tradizionali preesistenti, sono stati colonizzati da nazioni europee, i cui idiomi ufficialmente adottati derivano dal latino. Dell'America del Nord, il Messico. Dell'America Centrale: Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama e Repubblica Dominicana. E dell'America del Sud: Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perù, Uruguay e Venezuela. Ad eccezione del Brasile, che ha adottato la lingua portoghese, e di Haiti, che ha adottato la lingua francese, tutti gli altri sono paesi il cui idioma ufficiale è lo spagnolo.

Frequentemente, il conflitto tra l'imposizione strutturale di "Ordine e Progresso" e i movimenti di "Liberazione" caratterizza l'Ame-

rica Latina. Un pendolo che si materializza in autoritarismo *versus* lotte sociali e movimenti decoloniali. Nell'epicentro di reazioni e rivoluzioni, gruppi più vulnerabili come: popolazioni marginalizzate, popoli indigeni, donne e comunità tradizionali.

La decostruzione dell'universalità eurocentrica e la critica alla colonialità del potere, proposte nella prospettiva decoloniale di Bragato (2014), trovano profonda risonanza nella recente evoluzione dei trattati e della giurisprudenza nell'ambito del Sud globale. Allontanandosi dal modello individualista classico, il Diritto Internazionale inizia a incorporare nuovi paradigmi di protezione. Una tappa fondamentale di questa transizione è l'Accordo di Escazú, il primo trattato ambientale dell'America Latina e dei Caraibi e il pioniere a livello globale nello stabilire disposizioni vincolanti e specifiche per la protezione dei difensori dei diritti umani in materia ambientale. Questo strumento materializza la critica decoloniale riconoscendo i diritti di accesso – informazione, partecipazione pubblica e giustizia – sotto un'ottica regionale, dando priorità alla salvaguardia delle popolazioni indigene e delle comunità tradizionali contro lo sfruttamento asimmetrico. Parallelamente, la Corte Interamericana dei Diritti Umani (Corte IDH) rafforza il consolidamento del diritto a un ambiente sano come diritto autonomo, sancito nell'Opinione Consultiva OC-23/17, riaffermando il diritto alla proprietà comunitaria.

Attualmente, il contrasto alla cancellazione epistemologica e alla biopirateria ha generato progressi giuridici incisivi nel sistema della proprietà intellettuale. Esempi sono: il Trattato sulla Proprietà Intellettuale, le Risorse Genetiche e le Conoscenze Tradizionali Associate, approvato dall'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI) nel 2024; e il Quadro Globale per la Biodiversità di *Kunming-Montreal* (Conferenza delle Parti - COP15), firmato nell'ambito della Convenzione sulla Diversità Biologica. Complementari, essi richiedono che i richiedenti di brevetti divulghino l'origine e la fonte delle risorse genetiche e dei saperi tradizionali associati, oltre alla creazione di meccanismi di controllo volti a frenare l'appropriazione della biodiversità senza la dovuta compensazione alle comunità detentrici della conoscenza empirica.

Nella pratica giuridica contemporanea, il Movimento dei Diritti della Natura, o Giurisprudenza della Terra, materializza il riconoscimento degli ecosistemi come soggetti di diritto, dotati di personalità giuridica propria.

L'attuale ondata di contenzioso climatico ha dato impulso a decisioni storiche come quella del *Supremo Tribunal Federal* nell'ADPF 708 *(Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)*, sulla tesi

secondo cui la protezione della natura trascende la mera gestione economica, configurandosi come imperativo massimo per il mantenimento della vita. Infine, la crescente pressione di giuristi e attivisti per includere la distruzione massiccia degli ecosistemi nello Statuto di Roma, della Corte Penale Internazionale, equiparandola ai crimini contro l'umanità, riflette l'urgenza di proteggere la rete vitale che sostiene l'esistenza, punendo severamente la sua violazione.

"L'idea che la Terra sia una cosa, che la natura sia una cosa, che i fiumi, le foreste, gli oceani siano risorse che possono essere sfruttate, è la stessa logica che trasforma la salute in merce, la vita in un affare." (KRENAK, 2020. p. 9-11). La metafora del pendolo indica che l'America del Sud vive una tensione permanente che dipende dalle scelte politiche, economiche, giuridiche e culturali compiute dagli Stati, dalle imprese e dalle società.

Ecocidio

In un'analisi circa il modello di sviluppo occidentale estrattivista, la fisica e filosofa indiana, Vandana Shiva (1993), evidenzia la riduzione della natura e della biodiversità allo status di merci. Un esempio che può ritrarre ciò in Brasile, è la gestione delle acque. La legislazione e le politiche pubbliche dell'area ambientale mirano alla 'protezione'. Di contro, la legislazione e le politiche pubbliche che considerano l'acqua come risorsa idrica, cercano di regolarne gli 'usi'. E occorre ancora considerare, nel caso delle acque, aspetti come: i modi di fare tradizionali, l'acqua come elemento fondamentale per la vita, l'ispirazione originata nel paesaggio dei corsi d'acqua, la connessione sottile attraverso la via del sacro. Sono segni e significati che sottolineano la rilevanza dell'acqua nell'ambito delle sensibilità. Tuttavia, nonostante l'ampio ombrello che ricopre la natura (ambientale, esplorativo, sottile), il *modus operandi* socioeconomico che prevale tratta le sue perdite come "risorsa morta" (Shiva, 1993).

Quanto esposto converge verso l'impiego del termine "ecocidio" (derivato dal greco *oikos*, casa/habitat, e dal latino *caedere*, uccidere/distruggere), coniato nel 1970 dal biologo e botanico statunitense, Arthur Galston (1972), per descrivere la devastazione ambientale sistemica.

La creazione del concetto fu una risposta diretta e drammatica alla Guerra del Vietnam. Galston, nelle sue ricerche accademiche, aveva sviluppato sostanze che acceleravano la crescita delle piante. I militari statunitensi adattarono la sua scoperta per creare l'"Agente Arancio", un erbicida e defoliante altamente tossico. Gli Stati Uniti irrorarono

milioni di litri di questa sostanza sulle foreste del Vietnam per distruggere i nascondigli vietcong e le piantagioni che li alimentavano.

Galston (1972) argomentò che, così come il mondo civilizzato aveva criminalizzato lo sterminio di esseri umani ai sensi della Convenzione sul Genocidio (1948), era imperativo creare un nuovo accordo internazionale per bandire la distruzione deliberata della natura. Il primo leader politico globale ad avallare il termine fu Olof Palme, allora Primo Ministro della Svezia, alla Conferenza di Stoccolma dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), nel 1972.

La premessa era che distruggere l'habitat di un popolo fosse, indirettamente, condannare tale popolo all'eradicazione fisica e culturale. L'ecocidio, pertanto, fu inizialmente concepito nell'ambito del Diritto Internazionale dei Conflitti Armati (crimini di guerra). Si è evoluto da una critica morale antimilitarista a un movimento giuridico strutturato di responsabilizzazione civile e d'impresa in tempi di pace.

Per redigere una definizione legale con il rigore necessario per il Diritto Internazionale Penale, l'ecocidio è stato formalmente definito come: "atto illecito o arbitrario commesso con la consapevolezza che vi è una probabilità sostanziale di danni gravi e diffusi o a lungo termine all'ambiente causati da tale atto".

In paesi come il Belgio (dal 2022), la Francia (dal 2021), il Cile (dal 2023), l'Ucraina (dal 2001), la Russia (dal 1996), il Vietnam (dal 2015), il Messico (dal 2023), l'Ecuador, l'Argentina, il Brasile, la Scozia e la Spagna, leggi nazionali che puniscono l'ecocidio sono già state promulgate o sono in fase di discussione (Globo, 2023).

Attualmente, l'obiettivo è inserire l'Ecocidio come 5° crimine giudicato dal Tribunale Penale Internazionale (TPI) dell'Aia, accanto al Genocidio, ai Crimini contro l'Umanità, ai Crimini di Guerra e al Crimine di Aggressione.

Dialogando con Vandana Shiva e Fernanda Bragato, l'ecocidio non è mai puramente botanico o zoologico; esso è simultaneamente un "epistemicidio" (la morte di sistemi di conoscenza). Quando una foresta viene distrutta, si distrugge la "biblioteca viva" delle comunità che vi abitano. L'eradicazione del bioma annienta l'ontologia (forma di essere) dei soggetti vulnerabili che non separano "natura" da "umanità". L'ecocidio contemporaneo esige il superamento dell'idea che l'umanità distrugga il pianeta. L'ecocidio è la conseguenza materiale di un sistema fondato sull'idea di infinità e di rigenerazione spontanea.

Il danno diffuso e a lungo termine dell'ecocidio rivela una nuova dimensione di vulnerabilità per le generazioni future. L'ecocidio è un furto temporale. Esso sottrae alle generazioni che non sono ancora

nate il diritto fondamentale all'abitabilità del pianeta, esaurendo le risorse del futuro.

Ispirato a cosmologie indigene e afrodiasporiche, il futuro ancestrale afferma che non vi è futuro possibile senza l'ascolto dei saperi che hanno sostenuto la vita per millenni (Krenak, 2019). Esso sposta la narrazione del progresso lineare verso un'etica della continuità, nella quale proteggere la terra è proteggere la memoria, il corpo e l'avvenire. Se l'ecocidio nomina il limite etico della devastazione, il futuro ancestrale propone l'orizzonte che si desidera costruire a partire da tale limite.

In questo movimento, la Teoria della Fraternità (Ferrajoli, 2021) emerge come fondamento politico e filosofico capace di articolare queste dimensioni, nel proporre la fraternità come principio strutturante delle relazioni umane e non umane. Non si tratta solo di evitare il danno, ma di coltivare vincoli di cura, reciprocità e corresponsabilità planetaria (Morin, 2020). La fraternità sposta il dibattito giuridico dell'ecocidio verso un'etica relazionale, nella quale la vita è riconosciuta come interdipendente.

> *"O desafio atual é entender a terra como bem comum da humanidade, como direito humano necessário à vida, por isso, essa reflexão inicia-se com a proclamação da fonte original de toda a vida, do chão onde vivemos e crescemos"* (Martini, Gonçalvez, Simões, 2018).

La de-caratterizzazione dei biomi brasiliani rafforza il fatto che l'ecocidio è in pieno svolgimento. Di seguito, la Figura 1 e la Figura 2 presentano i dati del Monitor da *Fiscalização do Desmatamento*, progetto del *MapBiomas*, che mette a disposizione informazioni primarie incrociate con diverse banche dati di ispezione, come verbali di infrazione e provvedimenti di interdizione.

Si nota che la serie raccoglie dati sulla deforestazione a partire dall'anno 1985, essendo aggiornata fino all'anno 2024. In totale, sono già 148.259.667,48 gli ettari deforestati nel paese. La Figura 1 mostra la mappa del Brasile divisa in 26 stati e nel Distretto Federale. Le Unità della Federazione sono evidenziate da varie tonalità di colore blu. Le tonalità più scure indicano gli stati con le maggiori aree già deforestate, dal 1985 fino al 2024. Il Mato Grosso ha 27.874.422 ettari deforestati, il che equivale a 39 milioni di campi da calcio. Segue il Pará, con 24.300.762 ettari deforestati, e Bahia, con 12.209.125 ettari deforestati. All'opposto, il Distretto Federale concentra la minore area deforestata, con 106.211 ettari o 148 mila campi da calcio. Dopodiché vi è l'Amapá, con 188.147 ettari deforestati, e Rio de Janeiro, con 203.451 ettari deforestati.

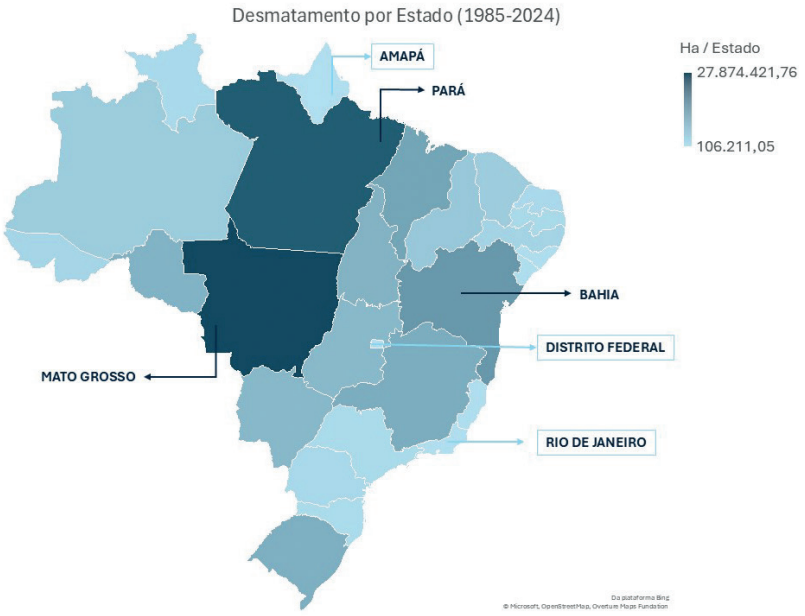


Fig. 1. Territorio del Brasile. Scala delle aree deforestate per Stato (in ettari), tra il 1985 e il 2024 (Elaborato dagli autori a partire da *MapBiomas*, 2026).

Quando si valuta la proporzione tra il territorio di ciascuna Unità della Federazione e la rispettiva area deforestata, si nota che vi è un'alterazione negli stati che spiccano maggiormente (Figura 2). *Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Maranhão e Rondônia* hanno più del 30% del proprio territorio deforestato. Gli stati meno impattati, con la compromissione del loro territorio al di sotto del 3%, sono: *Distrito Federal, Amapá e Amazonas.*

Il cammino che si apre va dal crimine che nomina la distruzione, al futuro che rivendica la memoria, sostenuto da una teoria che convoca la cura come politica. L'ecocidio segna il limite; il futuro ancestrale indica l'orizzonte; la Teoria della Fraternità offre il fondamento per attraversare questo percorso con responsabilità.

Forest City *(Città-Foresta)*

Il concetto di *Forest City* (Città-Foresta) è stato coniato e consolidato da un'alleanza tra l'archeologia contemporanea e l'architettura decoloniale, in cui spiccano l'antropologo/archeologo Michael

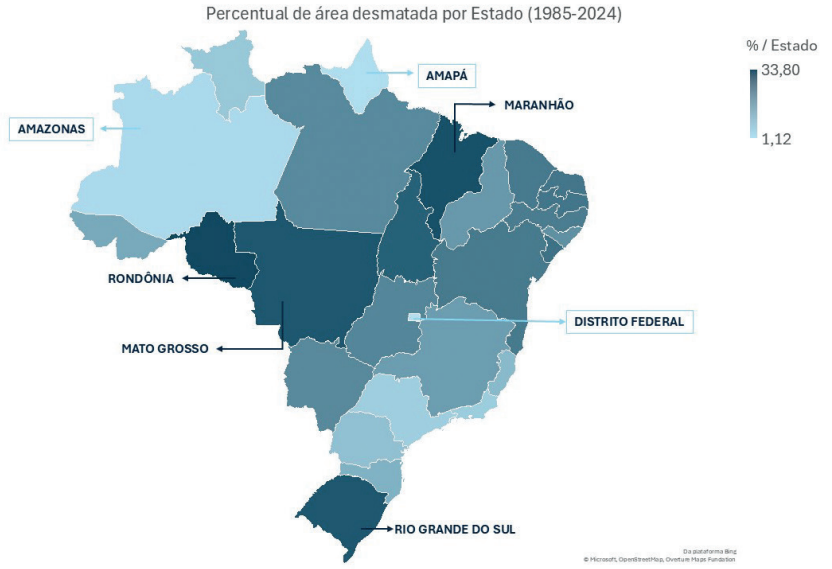


Fig. 2. Territorio del Brasile. Scala percentuale dell'area deforestata per Stato, tra il 1985 e il 2024 (Elaborato dagli autori a partire da *MapBiomas*, 2026).

Heckenberger (che ha mappato le reti urbane precolombiane nello Xingu a partire dagli anni '90) e l'architetto e ricercatore brasiliano Paulo Tavares (che ha politicizzato e teorizzato il termine nell'ultimo decennio). Il termine è stato elaborato per provare scientificamente che l'Amazzonia e altri biomi non sono mai stati "selvaggi"; essi sono il risultato di millenni di ingegneria, gestione e costruzione da parte dei popoli originari. I movimenti colonizzatori hanno giustificato la presa della foresta, affermando che si trattava di uno spazio selvaggio senza civiltà. Il mito del "vuoto demografico" o della "natura vergine".

Secondo questa linea, l'assenza di infrastrutture non pone la foresta in opposizione alla città, ma rivela soltanto una forma distinta di urbanistica. In questo paradigma, gli alberi da frutto millenari, i fiumi gestiti, le rotte di connessione e la creazione di suolo altamente fertile mediante l'azione umana ancestrale, sono tecnologie urbane. La foresta è, pertanto, un ambiente costruito su macroscala che sostiene la biodiversità invece di sostituirla con il cemento.

Oggi, la Città-Foresta ha smesso di essere solo un dato archeologico ed è diventata un argomento giuridico e politico fondamentale. Il concetto è stato utilizzato per ripensare le città latino-americane con-

temporanee. Invece di imporre una griglia di asfalto sui biomi, gli urbanisti decoloniali propongono che le città debbano imparare dalla tecnologia ancestrale di coesistenza interspecifica.

Così, metropoli inquinate mantengono l'alienazione della natura senza alterare la struttura di produzione. Secondo Ailton Krenak (2022), non si tratta di mettere il verde nella città dell'uomo, ma dell'uomo che si riconosce come parte integrante della metropoli naturale, dissolvendo l'antropocentrismo.

A differenza delle città occidentali, la cui logica si basa sull'estrazione e sullo sfruttamento delle risorse naturali, l'infrastruttura della Città-Foresta ancestrale è interamente basata su tecnologie a base biologica. Essa opera sotto un metabolismo circolare perfetto, concettualmente ispirata a complessi urbani precolombiani, considera la presenza di migliaia di persone senza esaurire il suolo, arricchendolo. Ovvero, la *Forest City* sarebbe in grado di sostenere grandi densità demografiche senza, necessariamente, sfociare in un ecocidio.

L'applicazione del concetto di Città-Foresta, come una rete della vita, in cui l'organizzazione sociopolitica ed economica include tutte le forme di esistenza, valorizzando l'importanza del mantenimento dei saperi tradizionali (Shiva, 1993). L'esigenza di riconoscimento giuridico formale delle epistemologie indigene e della garanzia non negoziabile dei diritti territoriali dei soggetti vulnerabili, elevando i loro saperi allo status di normatività valida (Borgato, 2014).

La fraternità è una dimensione importante per comprendere l'ambito dell'idea di futuro ancestrale, che si riferisce alla relazione con la natura e alla necessità di, secondo Ferrajoli (2021), creare istituzioni di garanzia orientate a modelli di sostenibilità del pianeta. Si può considerare la fraternità come rivelatrice del paradosso futuro ancestrale.

> *"A construção da ideia de terra como um bem comum da humanidade, passa pela cooperação entre o local e o global. Na relação local/global, o Direito Fraterno aponta para a reflexão de que o local não pode nunca estar só. Esse pressuposto se acentua ainda mais quando se fala dos bens comuns da humanidade, onde os confins são ilimitados"* (Martini, Gonçalvez, Simões, 2018).

In questa direzione, il ricorso alla riforma agraria si presenta come un modello che mira a soddisfare i principi di giustizia sociale, sviluppo rurale sostenibile e aumento della produzione, "attraverso misure per promuovere la migliore distribuzione della terra, mediante modifiche nel regime di possesso e uso" (RIO GRANDE DO SUL, 2024).

Secondo *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária* (INCRA), "l'insediamento rurale è un insieme di unità agricole indipen-

denti tra loro, installate dall'INCRA (apud RIO GRANDE DO SUL, 2024) dove originariamente esisteva un immobile rurale che apparteneva a un unico proprietario", in cui ciascuna unità (parcella, lotto o appezzamento) viene consegnata a una famiglia.

Esplorando nuovamente i dati del *MapBiomas* (2026), si nota che il Brasile ha l'11,03% del proprio territorio destinato a insediamenti della riforma agraria. Al primo posto si trova lo stato dell'Amazonas, che concentra 28.608.319 ha (Figura 3); seguito dal *Pará*, con 26.187.344 ha. Entrambi gli stati sommano il 57,78% di tutta l'area destinata alla riforma agraria nel paese. *Espírito Santo* (70.922 ha) e *Santa Catarina* (114.577 ha) sono gli stati con meno aree di insediamenti, comprendendo appena lo 0,20% di tutto il territorio dedicato a tale finalità.

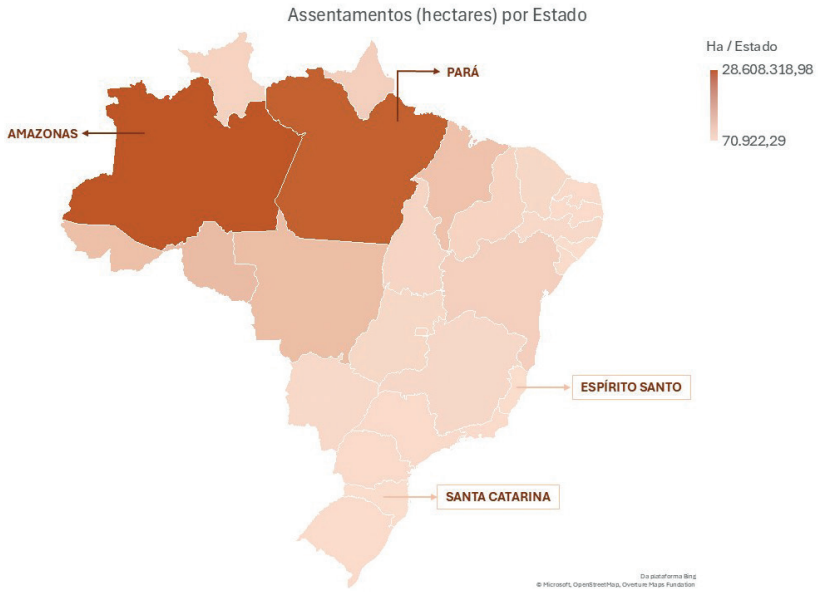


Fig. 3. Territorio del Brasile. Scala delle aree destinate agli insediamenti per Stato (in ettari). Elaborato dagli autori a partire da *MapBiomas*, 2026.

Proporzionalmente, si hanno *Acre* e *Rondônia* con il 33,89% e il 26,03%, rispettivamente, delle aree di ciascuno stato destinate agli insediamenti. Con minore proporzione, vi sono *Rio Grande do Sul* (1,07%) e *Santa Catarina* (1,20%).

La dimensione delle unità destinate a ciascuna famiglia è definita dalle caratteristiche geografiche locali e dalla produttività della terra.

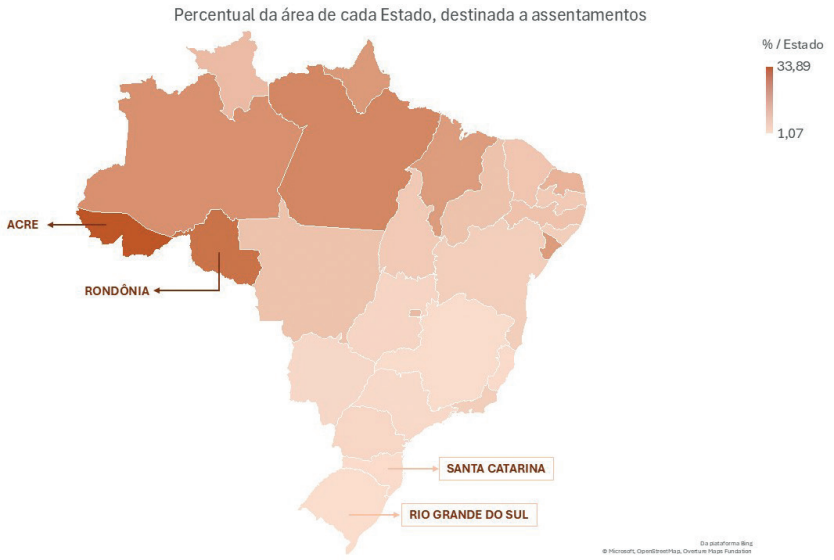


Fig. 4. Territorio del Brasile. Scala percentuale delle aree destinate agli insediamenti per Stato. Elaborato dagli autori a partire da *MapBiomas*, 2026.

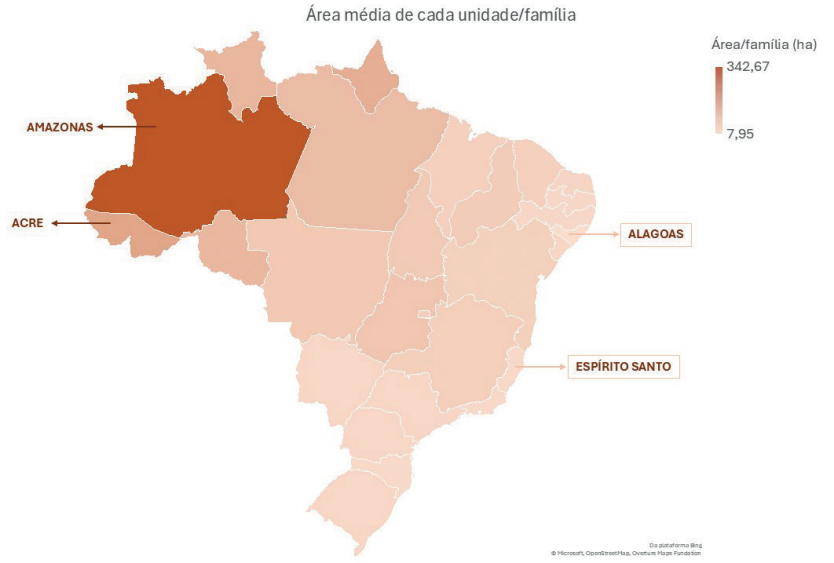


Fig. 5. Territorio del Brasile. Dimensione media delle unità destinate a ciascuna famiglia, per Stato. Elaborato dagli autori a partire da *MapBiomas*, 2026.

Nello stato dell'Amazonas, sono 342,67 ha/famiglia, essendo questa la media più alta del paese, in opposizione allo stato dell'Alagoas, con 7,95 ha/famiglia (Figura 5).

Discussione

L'America Latina riunisce venti paesi che condividono il fatto di essere stati colonizzati da potenze europee. La regione è segnata da un pendolo storico tra progetti di "Ordine e Progresso" e movimenti di "Liberazione", mettendo in tensione autoritarismo e lotte sociali, specialmente tra gruppi vulnerabili come popoli indigeni, donne, comunità tradizionali e popolazioni emarginate.

La prospettiva decoloniale ha influenzato nuovi quadri giuridici che riconoscono l'ambiente sano come diritto autonomo e rafforzano la protezione comunitaria. Recenti progressi combattono anche la cancellazione epistemologica e la biopirateria, esigendo trasparenza sull'origine delle risorse genetiche e dei saperi tradizionali.

La metafora del pendolo esprime la tensione permanente che attraversa l'America Latina, dipendente dalle scelte politiche, economiche e culturali di Stati, imprese e società.

Sotto la premessa che distruggere l'habitat di un popolo è, indirettamente, condannare tale popolo all'eradicazione fisica e culturale, sorge il concetto di ecocidio.

Analizzando la situazione degli insediamenti di riforma agraria in Brasile, la loro maggiore concentrazione si trova, per l'appunto, negli stati che guidano anche la deforestazione storica. Questa sovrapposizione rivela un modello di occupazione territoriale che, allo stesso tempo in cui cerca di correggere le disuguaglianze fondiarie, riproduce logiche di espansione su frontiere ecologiche fragili.

Questa distribuzione rivela che la riforma agraria brasiliana non si è verificata dove la concentrazione fondiaria è storicamente più intensa (Centro-Sud), assegnando lotti di terra inferiori a 10 ha/famiglia. La riforma agraria avviene dove vi era "terra disponibile", ossia, foresta pubblica, terras devolutas e aree di frontiera agricola. La politica finisce per essere spostata in regioni in cui il conflitto non è con i grandi proprietari, ma con la foresta (lotti superiori a 340 ha/famiglia). Lotti giganteschi in aree a bassa produttività e alta fragilità ecologica creano le condizioni per: maggiore pressione per l'apertura di aree; difficoltà di gestione sostenibile; dipendenza da pratiche estensive.

L'Amazonas è lo stato con la maggiore area di riforma agraria, ma uno di quelli che ha deforestato meno in proporzione. Ciò indica che

gli insediamenti non sono, automaticamente, vettori di deforestazione. Il problema è il modello di occupazione. La riforma agraria finisce per mettere in tensione la frontiera ecologica, poiché la maggior parte degli insediamenti si trova in aree di foresta, non perché ciò sia auspicabile, ma perché il latifondo rimane intatto nelle regioni più produttive. Lo Stato, storicamente, spinge le popolazioni povere verso zone di espansione agricola e la terra "disponibile" è, in realtà, ecosistema.

Si ha così una politica paradossale, poiché la riforma agraria combatte l'ingiustizia sociale, ma viene realizzata su territori che dovrebbero essere protetti.

Con quasi il 20% del territorio nazionale deforestato (148 milioni di ettari), il Brasile deve superare il modello in cui la riforma agraria viene attuata senza pianificazione ambientale, essa diventa vulnerabile all'essere cooptata da dinamiche di ecocidio – non come causa, ma come conseguenza di abbandono statale.

Senza assistenza tecnica, senza pianificazione ambientale, senza infrastrutture, la riforma agraria diventa parte di un ciclo di distruzione che non è iniziato con essa, ma che la attraversa. La sfida è trasformare gli insediamenti in territori di rigenerazione, nuclei di agricoltura a basso impatto, custodi di biomi, spazi di futuro ancestrale.

La riforma agraria può essere alleata della foresta, ma solo se lo Stato smette di trattarla come politica di frontiera e passa a trattarla come politica di cura.

Riferimenti

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA). Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil – 2025. Disponível em: https://conjuntura-2025.webflow.io/creditos. Acesso em: 22 jun. 2026.

Borgato, F. F.; Nadalin, V. G. A proteção dos direitos humanos a partir da América Latina: uma leitura decolonial. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 15, n. 2, 2014.

Escobar, A. Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World. Princeton: Princeton University Press, 1995 (Reedição ampliada em 2011).

Ferajjoli, L. Por uma Constituição da Terra. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

Galston, A. W. Science and Social Responsibility: A Case History. Annals of the New York Academy of Sciences, vol. 196, 1972, pp. 223-235.

Globo. Cada vez mais países consideram tornar o ecocídio um crime. Um Só Planeta, 28 ago. 2023. Disponível em: https://umsoplaneta.globo.com/sociedade/noticia/2023/08/28/cada-vez-mais-paises-consideram-tornar-o-ecocidio-um-crime.ghtml. Acesso em: 30 jun. 2026.

GUDYNAS, E. Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza. Cochabamba: CEDIB, 2015.

HECKENBERGER, M. J.; KUIKURO, A.; KUIKURO, U. T.; RUSSELL, J. C.; SCHMIDT, M.; FAUSTO, P.; FRANCHETTO, B. Amazonia 1492: Pristine Forest or Cultural Parkland? Science, vol. 301, n. 5640, 2003, pp. 1710-1714. Disponível em: https://www.science.org/doi/10.1126/science.1086112. Acesso em: 30 jun. 2026.

HIGGINS, P. Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of Our Planet. Londres: Shepheard-Walwyn, 2015. Disponível em: https://archive.org/details/eradicatingecoci0002higg. Acesso em: 30 jun. 2026.

INDEPENDENT EXPERT PANEL FOR THE LEGAL DEFINITION OF ECOCIDE. Commentary and Core Text. Stop Ecocide Foundation, junho de 2021.

KRENAK, A. Futuro ancestral. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

KRENAK, A. Ideias para adiar o fim do mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MAPBIOMAS. Plataforma MapBiomas Alerta - Mapa de alertas de desmatamento. Disponível em: <https://plataforma.alerta.mapbiomas.org/mapa>. Acesso em: 22 jun. 2026.

MOORE, J. W. Capitalism in the Web of Life: Ecology and the Accumulation of Capital. Londres: Verso, 2015.

MORIN, E. Fraternidade: um princípio universal. Lisboa: Edições 70, 2020.

NEVES, E. G. Sob os tempos do equinócio: Oito mil anos de história na Amazônia central. São Paulo: Edusp, 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. Atlas Socioeconômico do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 8ª ed., 2024. Disponível em: https://atlassocioeconomico.rs.gov.br/inicial. Acesso em: 10 ago. 2026.

SANTOS, B. S. Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010.

SHIVA, V. Earth Democracy: Justice, Sustainability, and Peace. Cambridge: South End Press, 2005.

SHIVA, V. Monocultures of the Mind: Perspectives on Biodiversity and Biotechnology. Londres: Zed Books, 1993.

SVAMPA, M. As fronteiras do neoextrativismo na América Latina: conflitos socioambientais, giro ecoterritorial e novas dependências. São Paulo: Elefante, 2019.

TAVARES, P. Des-Habitat: A Arquitetura da Floresta. São Paulo: Kodesh, 2019.

TAVARES, P. Memória da Terra. Catálogo de exposição e ensaio. Milão/São Paulo, 2020.

ZIERLER, D. The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists Who Changed the Way We Think About the Environment. Athens: University of Georgia Press, 2011.

Sandra Martini[1], Lilian Sander Hoffmann[2],
Bruna Melgarejo Rosa[3], Arthur Perius Haeberlin[4]

Mercosul: il sogno bolivariano attraverso il mercato? Potenzialità, limiti e la transizione ecologica come vettore di integrazione regionale[5]

Abstract

L'articolo analizza i limiti e le potenzialità del *Mercado Comum do Sul* (MERCOSUL) alla luce dell'ideale di integrazione latino-americana di Simón

[1] Ricercatrice Produttività, Ricercatrice Gaúcha. Professoressa del Programma di Post-laurea in Giurisprudenza dell'Università LASALLE/Rio Grande do Sul e Coordinatrice del Progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. Professoressa dell'UNICURITIBA/Paraná. Professoressa dell'UNIFACVEST /Santa Catarina. Possiede un Post-dottorato in Diritto (Roma Tre) e un Post-dottorato in Politiche Pubbliche (Università di Salerno). ORCID: orcid.org/0000-0002-5437-648X. E-mail: sandra.martini@unilasalle.edu.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4080439371637715.

[2] Post-Dottoressa in Oceanografia presso la Universidade Federal do Espírito Santo, Post-Dottoressa in Genetica e Biologia Molecolare presso la Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRGS, Dottoressa di ricerca e Dottoressa Magistrale in Biologia Animale/UFRGS, Laureata in Scienze Biologiche presso la UFRGS, Attualmente borsista PDTI I del progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. E-mail: liliansander@gmail.com;L ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1317-9607.

[3] Dottoranda in Diritto e Società presso l'Unilasalle e Ricercatrice PDTI 3 del Progetto V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024. È Dottoressa Magistrale in Diritti Umani presso l'Uniritter, Specialista in Scienze Penali presso la PUCRS e laureata in Giurisprudenza presso l'Uniritter. E-mail: brunamelgarejo@outlook.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0061-5665.

[4] Laureando in Relazioni Internazionali presso l'Universidade La Salle. È borsista del progetto di ricerca V-CLIMA - Vulnerabilidades e Capacidades de Lidar com Inundações e Mitigação de Ameaças no Rio Grande do Sul (Brasil) Emília Romagna (Itália) e Valência (Espanha) aprovado no Edital FAPERGS 06/2024.

[5] La traduzione di questo articolo è stata realizzata con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, mediante lo strumento Gemini Pro e, successivamente, sottoposta a revisione umana dall'autore(i), al fine di assicurare l'adeguatezza terminologica, la chiarezza testuale e la fedeltà al contenuto originale.

Bolívar. Indaghiamo in che misura un blocco fondato su basi commerciali risponda alle aspirazioni di sovranità e cooperazione. Si confrontano i dati della CEPAL e il pensiero di Raúl Prebisch e Celso Furtado con il Diritto Fraterno di Eligio Resta, la Costituzione della Terra di Luigi Ferrajoli e la Giustizia di Transizione Ecologica. Si sostiene che la crisi climatica e la transizione ecologica emergano come nuovo vettore normativo e produttivo per rifondare la cooperazione regionale.

This article analyzes the limitations and potentials of MERCOSUR in light of Simón Bolívar's historical ideal of Latin American integration. We investigate to what extent a commercial bloc responds to aspirations for sovereignty and cooperation. ECLAC economic data and the structuralist thought of Raúl Prebisch and Celso Furtado are confronted with Eligio Resta's Fraternal Law, Luigi Ferrajoli's Constitution of the Earth, and Ecological Transition Justice. We argue that the climate crisis and ecological transition emerge as a new normative and productive vector to refound regional cooperation.

Parole chiave: MERCOSUL; Integrazione Latino-Americana; Diritto Fraterno; Costituzione della Terra; Transizione Ecologica.
Keywords: MERCOSUR; Latin American Integration; Fraternal Law; Constitution of the Earth; Ecological Transition.

Introduzione: la dialettica dell'integrazione latino-americana

La ricerca di un modello sostenibile e autonomo di integrazione regionale in America Latina costituisce uno dei dibattiti politici, economici e giuridici più longevi, costitutivi e complessi dell'emisfero occidentale. Dall'insorgere dei processi di emancipazione politica all'inizio del XIX secolo, il subcontinente oscilla dialetticamente tra l'imperativo dell'unione sovrana e le forze centrifughe dell'isolamento nazionalista, della frammentazione territoriale e della sottomissione geostrategica ed economica alle potenze centrali del sistema-mondo capitalista. Il punto di riferimento originario di questa aspirazione unitaria risale al pensiero politico di Simón Bolívar, leader militare e statista i cui sforzi diplomatici e riflessioni teoriche culminarono nello storico Congresso di Panama nel 1826. Bolívar difendeva un'unione politica, giuridica e difensiva delle neo-indipendenti repubbliche ispano-americane come l'unico meccanismo istituzionale capace di salvaguardare l'autonomia regionale di fronte alle crescenti ambizioni imperiali degli Stati europei e nordamericano.

La premessa centrale del progetto bolivariano si basava sulla luci-

da comprensione geopolitica che un'America Latina articolata federativamente avrebbe accumulato la scala, la densità istituzionale e l'autorità morale necessarie per esercitare un'influenza autonoma nello scenario internazionale, garantendo simultaneamente la stabilità politica interna e lo sviluppo socioeconomico dei suoi popoli. Tuttavia, lo svolgimento storico nel corso del XIX secolo e della prima metà del XX secolo ha consacrato la vittoria delle oligarchie locali legate al commercio estero, l'atomizzazione territoriale e il consolidamento di Stati-nazione isolati, le cui strutture produttive si sono rivolte primariamente all'esportazione di materie prime e generi alimentari indirizzata alle necessità del centro capitalista globale, a scapito della creazione di flussi commerciali e legami culturali interregionali.

La genesi del *Mercado Comum do Sul* (MERCOSUL) nel 1991, suggellata con la firma del Trattato di Asunción da parte di Brasile, Argentina, Paraguay e Uruguay, ha rappresentato un riavvicinamento storico senza precedenti. Tuttavia, l'architettura giuridica ed economica adottata ha concretizzato una profonda svolta metodologica rispetto all'ideale bolivariano: si è cercato di rendere operativa l'integrazione non per mezzo della federazione politica o della creazione di organi sovranazionali dotati di sovranità condivisa, bensì mediante una pragmatica agenda di liberalizzazione commerciale, deregolamentazione doganale e stipulazione di una Tariffa Esterna Comune (TEC). Questo modello, tributario dell'egemonia neoliberale del post-Guerra Fredda, partiva dal presupposto normativo che l'incremento dello scambio mercantile di beni e capitali avrebbe generato un automatico riversamento (*spillover*) verso le dimensioni sociali, istituzionali, ecologiche e politiche della regione.

Di fronte al quadro contemporaneo di successive crisi economiche, instabilità geopolitica globale, deindustrializzazione precoce e contrazione delle correnti di commercio intraregionale, si impone l'interrogativo centrale che orienta questa ricerca: in che misura il MERCOSUL, strutturato su basi strettamente mercantili, possa essere considerato la materializzazione possibile dell'ideale bolivariano o, inversamente, in che misura la sua inclinazione mercantilista e intergovernativa ostacoli l'emersione di una vera comunità di destino in America Latina? Per rispondere a questo problema, questo studio adotta un approccio metodologico interdisciplinare e critico-analitico, confrontando i dati macroeconomici e sociali prodotti dalla *Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe* (CEPAL) e le formulazioni della Teoria Strutturalista della Dipendenza – con enfasi sul pensiero di Raúl Prebisch e Celso Furtado – con i riferimenti teorici e filosofici del Diritto Fraterno, formulato da Eligio Resta, e del Costi-

tuzionalismo Globale e della Costituzione della Terra, sviluppati da Luigi Ferrajoli.

L'articolo si struttura in sei sezioni analitiche concatenate. Inizialmente, si ricostruisce la traiettoria storica delle ondate di integrazione post-dittatoriali che sono culminate nella creazione del blocco. A seguire, si dimensionano le potenzialità geopolitiche, demografiche, agricole ed energetiche della regione a partire dal patrimonio empirico della CEPAL. La terza sezione esamina criticamente le vulnerabilità strutturali del blocco, con enfasi sulla volatilità ideologica, sulla primarizzazione delle esportazioni e sulle asimmetrie intra-blocco, arricchita dagli apporti della critica strutturalista al sottosviluppo. La quarta sezione stabilisce i contorni normativi e concettuali del Diritto Fraterno e del costituzionalismo di garanzia come alternative al riduzionismo di mercato. La quinta sezione affronta gli strumenti di governance ambientale e i meccanismi giuridici e finanziari comunitari necessari per il consolidamento di una transizione ecologica regionale. Infine, la sesta sezione sintetizza le considerazioni finali, sostenendo che la crisi climatica e la transizione ecologica giusta rappresentano il vettore etico, giuridico e produttivo indispensabile per la ripattuazione comunitaria dell'America Latina nel XXI secolo.

Ondate di integrazione post-dittatoriali e la genesi del MERCOSUL

La genealogia dei tentativi contemporanei di unificazione e armonizzazione giuridica in America Latina si trova intrinsecamente articolata ai processi di ridemocratizzazione che hanno riconfigurato la mappa politica del Cono Sud alla fine degli anni '80. Conformemente a quanto ampiamente registrato dalla storiografia politica e dal diritto internazionale regionale, il superamento di contenziosi strategici secolari – segnatamente la rivalità geopolitica e militare tra Brasile e Argentina per quanto riguarda lo sfruttamento delle risorse idriche del Bacia da Prata e le corse tecnologiche nel settore nucleare – è divenuto fattibile solo a partire dalla destituzione dei regimi dittatoriali e dal ripristino di governi civili costituzionalmente eletti.

La conclusione di questi cicli autoritari ha creato un ambiente inedito di fiducia reciproca e cooperazione intergovernativa. Le nuove leadership democratiche hanno individuato nell'integrazione regionale un duplice meccanismo di salvaguardia strategica: da un lato, una blindatura istituzionale contro eventuali arretramenti autoritari interni; dall'altro, una strategia pragmatica di inserimento internazionale atta ad affrontare il consolidamento dei grandi blocchi economici glo-

bali (come l'Unione Europea e il *North American Free Trade Agreement - NAFTA*). Questo movimento ha avuto il suo embrione nello storico incontro tra i presidenti Raúl Alfonsín (Argentina) e José Sarney (Brasile), materializzatosi nella Dichiarazione di Foz do Iguaçu nel 1985 e consolidatosi nel *Programa de Integração e Cooperação Econômica* (PICE) del 1986.

Il PICE si è caratterizzato per un approccio settoriale, graduale e flessibile, dando priorità ad accordi bilaterali diretti alla complementarietà industriale e al rafforzamento di specifiche catene produttive nei settori dei beni di capitale, automobilistico e alimentare. Tuttavia, all'inizio degli anni '90, sotto l'influenza dell'egemonia del Pensiero Unico e delle direttive deregolamentatrici del Consenso di Washington, questa logica gradualista e selettiva è stata bruscamente sostituita da un'accelerazione del cronoprogramma di apertura commerciale generalizzata. La firma del Trattato di Asunción il 26 marzo 1991, incorporando Uruguay e Paraguay al processo, ha segnato la transizione verso un modello di integrazione basato su obiettivi di sgravio tariffario automatici e lineari, mirando al consolidamento di una zona di libero scambio e di un'unione doganale a breve termine.

L'architettura istituzionale formalizzata dal Protocollo di *Ouro Preto* (1994) ha dotato il blocco di personalità giuridica internazionale propria, ma ha consacrato un modello strettamente intergovernativo e presidenzialista. Si è respinta esplicitamente la creazione di organi sovranazionali dotati di autonomia normativa e di bilancio, come quelli esistenti nell'Unione Europea (ad esempio la Commissione Europea o il Parlamento Europeo dotato di capacità legislativa vincolante). Il potere decisionale si è concentrato nel Consiglio del Mercato Comune (CMC), nel Gruppo Mercato Comune (GMC) e nella Commissione del Commercio del MERCOSUL (CCM), istanze composte esclusivamente da ministri, diplomatici e burocrati indicati dai Poteri Esecutivi nazionali. In questo modo, le deliberazioni del MERCOSUL dipendono costitutivamente dal consenso assoluto tra gli Stati membri e dalla successiva e lenta internalizzazione delle norme negli ordinamenti giuridici interni di ciascun paese.

Sebbene il Protocollo di Ushuaia sull'Impegno Democratico (1998) e la successiva creazione del Parlamento del MERCOSUL (PARLASUL) nel 2005 e del Tribunale Permanente di Revisione (TPR) nel 2004 abbiano cercato di conferire maggiore densità politica, rappresentativa e giuridica al blocco, l'orientamento intergovernativo e commercialista è rimasto egemonico. L'integrazione ha continuato a essere estremamente vulnerabile alle fluttuazioni delle politiche estere nazionali, priva di una burocrazia comunitaria indipendente capace di

salvaguardare gli obiettivi strategici del blocco in momenti di turbolenza politica interna, svolte elettorali o recessione economica globale.

Potenziali strategici e potenzialità economiche dell'America Latina

A dispetto degli stalli istituzionali e regolatori che incidono sulla struttura del MERCOSUL, il substrato materiale, demografico, agricolo ed ecologico della regione latino-americana rivela una dotazione di fattori produttivi assolutamente singolare nello scenario globale contemporaneo. La diagnosi sistematica elaborata dalle ricerche e dai rapporti della *Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe* (CEPAL) dimostra che il subcontinente detiene risorse critiche essenziali per affrontare le trasformazioni geostrategiche, produttive ed energetiche del XXI secolo.

Sotto il prisma demografico e della scala di consumo, la regione ospita una popolazione stimata in oltre 650 milioni di abitanti. Questo dato rappresenta non solo un mercato consumatore interno di dimensioni continentali con un immenso potenziale di assorbimento di beni e servizi industriali regionali, ma anche una forza lavoro giovane e significativa che, se qualificata per mezzo di reti regionali integrate di istruzione, scienza, tecnologia e innovazione, possiede la capacità di reindustrializzare il blocco su basi di alta produttività e valore aggiunto. La concentrazione demografica nel Cono Sud offre una scala produttiva capace di rivaleggiare con i principali centri industriali e tecnologici dell'Asia, dell'Europa e dell'America del Nord.

Per quanto attiene alla sicurezza alimentare, energetica e alle risorse idriche, l'America Latina ospita la maggiore riserva di acqua dolce superficiale e sotterranea disponibile del pianeta e detiene una delle frontiere agricole più diversificate, tecnificate e produttive del globo. La regione è responsabile di una quota maggioritaria delle esportazioni mondiali di cereali (con particolare rilievo per la soia e il mais), proteine animali, caffè, zucchero e bioenergia. Inoltre, il sottosuolo del subcontinente racchiude riserve minerali ed energetiche di incommensurabile valore geopolitico: il pre-sal brasiliano e i giacimenti non convenzionali dell'Argentina costituiscono asset energetici di transizione di alta rilevanza, mentre i giacimenti minerari di ferro, rame e, specialmente, il cosiddetto "Triangolo del Litio" (formato dalle maggiori riserve globali localizzate in Argentina, Bolivia e Chile) posizionano la regione come elemento chiave nell'approvvigionamento di materie prime critiche indispensabili per l'elettrificazione e per la fabbricazione di tecnologie di stoccaggio di energia pulita.

L'articolazione coordinata e sovrana di questi fattori attraverso un mercato regionale veramente integrato e pianificato genererebbe guadagni sistemici su larga scala, conformemente a quanto sintetizzato nell'analisi strutturale riportata nella Tabella 1:

Tabella 1: Impatti Strutturali e Benefici Sistemici dell'Integrazione di Mercato

Dimensione di impatto	Meccanismo economico/operativo	Effetto atteso a lungo termine
Scala del Mercato di Consumo	Eliminazione sistematica delle barriere tariffarie e non tariffarie per 650 milioni di persone.	Attrazione di investimenti produttivi diretti e consolidamento di imprese multinazionali regionali.
Catene Produttive Regionali	Complementarietà industriale, agricola e tecnologica tra i parchi produttivi del blocco.	Superamento della reprimarizzazione delle esportazioni e densificazione tecnologica del PIL regionale.
Infrastruttura e Logistica	Armonizzazione regolatoria doganale e investimenti prioritari in corridoi bioceanici.	Riduzione drastica dei costi di trasporto interno e aumento della competitività sistemica.
Potere Negoziale Geopolitico	Azione unificata e coordinata nelle negoziazioni multilaterali (OMC, accordi biregionali con l'UE).	Difesa sovrana di interessi strategici e mitigazione delle asimmetrie nel commercio globale.
Sostenibilità ed Energia	Integrazione di matrici elettriche pulite e governance condivisa di biomi strategici.	Leadership globale nella transizione ecologica giusta e nella creazione di un mercato verde comunitario.

Fonte: Elaborazione propria sulla base di linee guida di analisi macroeconomica e rapporti della CEPAL (2023).

L'effettiva conversione di queste potenzialità materiali in sviluppo socioeconomico sostenibile esige, tuttavia, il superamento della storica condizione dell'America Latina come mera fornitrice di beni primari grezzi per i centri industriali globali. Come dimostrato dalle analisi della CEPAL, l'isolamento dei mercati nazionali frammenta il potenziale di investimento e impedisce l'emergere di economie di scala e

di scopo indispensabili per l'innovazione tecnologica e per la sovranità produttiva della regione.

Limiti e vulnerabilità strutturali: la critica strutturalista al modello mercantile

A dispetto della diagnosi promettente quanto al potenziale materiale del subcontinente, la valutazione storica della traiettoria del *MERCOSUL* espone un profondo iato tra il discorso diplomatico e la realtà fattuale delle relazioni transfrontaliere. Il consolidamento del blocco affronta limiti strutturali di natura politica, economica e istituzionale che fragilizzano il processo integrativo, generando cicli ricorrenti di stagnazione, contenziosi commerciali e paralisi decisionale. Per comprendere la radice di queste vulnerabilità, diviene imperativo articolare i dati congiunturali contemporanei con il quadro concettuale della Teoria Strutturalista dello Sviluppo, elaborata originariamente da economisti come Raúl Prebisch e Celso Furtado nell'ambito della *CEPAL*.

Raúl Prebisch, nei suoi studi formulativi sul funzionamento del sistema economico internazionale, ha dimostrato l'esistenza di una divisione internazionale del lavoro asimmetrica tra un *"centro"* industrializzato e altamente produttivo e una *"periferia"* specializzata nella produzione ed esportazione di beni primari. Prebisch ha formulato la tesi del deterioramento delle ragioni di scambio, evidenziando che, mentre i prodotti manufatti provenienti dal centro incorporano progresso tecnico e trattengono guadagni di produttività sotto forma di salari e profitti elevati, le materie prime esportate dalla periferia subiscono una tendenza storica alla svalutazione relativa. Celso Furtado ha approfondito questa riflessione diagnosticando che il sottosviluppo non è una tappa preliminare verso lo sviluppo, bensì una condizione strutturale prodotta dalla perpetuazione della dipendenza culturale, finanziaria e tecnologica e dalla concentrazione del reddito nelle mani di oligarchie locali associate agli interessi esterni.

Quando si analizza il *MERCOSUL* alla luce di questo riferimento strutturalista, si evince che l'opzione per il modello esclusivamente commercialista e deregolamentatore adottato a partire dal 1991 ha finito per riprodurre, nell'ambito intraregionale, la stessa logica del sottosviluppo. I limiti del blocco si manifestano in tre macrocategorie interdipendenti:

1. *Volatilità politico-ideologica e ipertrofia del "presidenzialismo diplomatico*": In assenza di istanze comunitarie sovranazionali dotate di

autorità tecnica e normativa propria, le decisioni strategiche del *MERCOSUL* si vincolano direttamente alle affinità ideologiche e personali congiunturali dei capi di Stato. L'alternanza dei governi nelle capitali del blocco si traduce frequentemente in rotture nella politica estera, portando alla paralisi di progetti strategici a lungo termine, al blocco del dialogo istituzionale e alla contaminazione delle agende regolatorie. L'integrazione diventa, così, ostaggio delle dispute elettorali interne, generando insicurezza giuridica e imprevedibilità per la società civile e per il settore produttivo regionale.

2. *Basso commercio intraregionale e reprimarizzazione delle esportazioni:* Mentre nell'Unione Europea il commercio interno tra gli Stati membri supera storicamente la barriera del 60% del totale esportato, nel *MERCOSUL* e nell'insieme dell'America Latina tale indice permane a livelli irrilevanti, fluttuando tra il 12% e il 18%. L'ascesa vertiginosa della Cina come principale partner commerciale delle nazioni sudamericane nel XXI secolo ha accentuato la tendenza alla reprimarizzazione del paniere delle esportazioni del blocco. L'immensa domanda asiatica di soia, minerale di ferro, carne e petrolio ha attratto gli investimenti produttivi verso il settore primario a basso valore aggiunto, mentre l'importazione massiccia di manufatti cinesi ha disarticolato le catene industriali locali che erano state costruite nei primi anni del MERCOSUL. L'infrastruttura di trasporto regionale, non riformata, continua a riprodurre il modello coloniale agroesportatore: ferrovie e strade collegano le zone produttrici dell'entroterra direttamente ai porti di sbocco transatlantico, mentre l'infrastruttura logistica transfrontaliera tra le nazioni vicine rimane obsoleta e insufficiente.

3. *Asimmetrie strutturali e disuguaglianze di scala intrablocco*: Il *MERCOSUL* è segnato da una gigantesca asimmetria di scala demografica ed economica tra i suoi membri. Il Brasile concentra la maggior quota del PIB, della popolazione e della capacità industriale del blocco, seguito dall'Argentina, mentre Paraguay e Uruguay costituiscono economie di scala minore, dotate di mercati interni ridotti. I paesi minori sostengono, a ragione, che le regole dell'unione doganale e la Tariffa Esterna Comune ingessano le loro politiche commerciali sovrane, impedendo loro di stipulare accordi bilaterali di libero scambio con mercati terzi senza che il *MERCOSUL* offra loro compensazioni industriali effettive o fondi di coesione strutturale in volume sufficiente per sanare i loro deficit di infrastruttura.

Il *Fundo para a Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do MERCOSUL (FOCEM),* sebbene rappresenti un progresso concettuale nel destinare risorse finanziarie ai paesi a minor sviluppo relativo, soffre di apporti di bilancio cronicamente scarsi. Senza una

pianificazione industriale coordinata e senza meccanismi distributivi di grande portata – come sostenevano Prebisch e Furtado –, la semplice libertà di commercio tende a concentrare i guadagni economici nei poli industriali più sviluppati, approfondendo il risentimento politico delle nazioni periferiche e mettendo a nudo l'esaurimento del modello mercantile del blocco.

Fondamenti teorici dell'integrazione: il Diritto Fraterno e la Costituzione della Terra

Il superamento dei limiti strutturali del modello di integrazione puramente commercialista esige l'incorporazione di riferimenti teorici e normativi innovativi nel campo della filosofia del diritto e delle relazioni internazionali. Non si tratta di negare l'importanza dei flussi economici, ma di comprendere che gli scambi mercantili e l'efficienza produttiva devono essere subordinati a principi etici e giuridici superiori, a pena di trasformare i processi di integrazione in arene di egemonia asimmetrica e predazione economica. Due formulazioni concettuali elaborate nell'ambito della filosofia giuridica europea contemporanea acquisiscono straordinaria fecondità analitica quando proiettate sulla realtà socio-giuridica dell'America Latina: la metateoria del Diritto Fraterno, di Eligio Resta, e il Costituzionalismo Globale e la Costituzione della Terra, di Luigi Ferrajoli.

Il concetto di Diritto Fraterno, sviluppato dal giurista italiano Eligio Resta, propone una rottura epistemologica con la tradizione giuridica liberale che storicamente ha fondato il diritto moderno in modo esclusivo sulle categorie della libertà individuale e dell'uguaglianza formale. Resta argomenta che il trittico rivoluzionario illuminista – libertà, uguaglianza e fraternità – ha subito una mutilazione storica: la fraternità è stata bandita dal campo normativo e rimessa alla sfera privata, morale o religiosa, mentre la libertà e l'uguaglianza sono state positivizzate per regolamentare la proprietà, il contratto e la concorrenza di mercato.

Resta sostiene che la libertà e l'uguaglianza, quando operate sotto una logica strettamente individualista e statale, definiscono sfere di separazione, concorrenza e delimitazione di frontiere ("dove termina la mia libertà e comincia quella dell'altro"). La fraternità, al contrario, introduce nella teoria del diritto la dimensione della comunità, del vincolo relazionale e del riconoscimento dell'altro come un uguale incondizionato con il quale si condivide un destino comune. Trasposto nel diritto internazionale e nell'integrazione regionale, il Diritto Fra-

terno esige il superamento della logica dello Stato-nazione sovrano focalizzato unicamente sul proprio interesse nazionale egoistico. Un'integrazione fondata sul Diritto Fraterno stabilisce che la solidarietà interregionale costituisce il fondamento normativo stesso del blocco. Sotto quest'ottica, gli Stati economicamente più forti assumono una responsabilità giuridica ed etica in relazione allo sviluppo e alla stabilità delle economie di minore scala, sostituendo la competizione deregolamentata con la cooperazione distributiva e con la pattuizione comunitaria di obiettivi di benessere sociale.

In modo complementare, la teoria del Costituzionalismo Globale e il progetto normativo della Costituzione della Terra, formulati da Luigi Ferrajoli, forniscono il disegno istituzionale e garantista indispensabile per rendere operativo questo mutamento paradigmatico. Ferrajoli parte dalla constatazione empirica irrefutabile che le minacce più gravi e drammatiche che mettono a rischio la continuità della vita umana nel XXI secolo – quali il riscaldamento globale, la devastazione dei biomi, la contaminazione delle acque continentali e degli oceani, le pandemie e la crescita delle disuguaglianze socioeconomiche estreme – sono fenomeni globali e transfrontalieri. Si tratta di emergenze che travalicano interamente la capacità regolatoria, normativa e coercitiva di qualsiasi Stato-nazione individuale, per quanto potente economicamente o militarmente esso sia.

Di fronte alla manifesta insufficienza della sovranità statale assoluta, Ferrajoli propone l'espansione del paradigma costituzionalista alla sfera internazionale attraverso l'approvazione di una Costituzione della Terra. Questo assetto normativo prevede la creazione di istituzioni sovranazionali di garanzia incaricate di due compiti fondamentali:

> "La protezione condivisa e universale dei diritti fondamentali della persona umana, indipendentemente dalla sua cittadinanza o nazionalità, e la rigorosa salvaguardia dei beni comuni dell'umanità – come l'aria, l'acqua, le grandi foreste e il clima planetario – sottraendoli alle dinamiche predatorie del libero mercato e alla sovranità geopolitica egoistica."

L'applicazione delle tesi di Ferrajoli alla realtà del *MERCOSUL* espone la falla strutturale d'origine del blocco: si è privilegiata la creazione di un mercato per capitali e merci, mentre si è omessa la costruzione di istituzioni comunitarie di garanzia capaci di assicurare diritti sociali omogenei, proteggere i lavoratori contro il *dumping* sociale e salvaguardare gli ecosistemi strategici dell'America del Sud. La riconfigurazione del *MERCOSUL* sotto le premesse del Diritto Fraterno e della Costituzione della Terra esige, pertanto, che le norme commer-

ciali siano esplicitamente subordinate alle clausole inderogabili dei Diritti Umani e agli imperativi socioambientali della regione.

Governance socioambientale, strumenti giuridici e la giustizia di transizione ecologica regionale

La convergenza tra la necessità di riformulazione del MERCOSUL, la critica strutturalista al sottosviluppo e gli apporti del Diritto Fraterno e della Costituzione della Terra trova il suo campo di applicazione più urgente, pratico e fertile nella costruzione di una governance socioambientale e nell'attuazione di una Giustizia di Transizione Ecologica nell'America del Sud. L'emergenza climatica dell'antropocene non può essere intesa dalle economie latino-americane come un mero ostacolo regolatorio o un'imposizione commerciale delle potenze centrali, bensì come il nuovo vettore normativo, etico e produttivo capace di riorientare l'integrazione del XXI secolo.

L'America del Sud occupa una posizione di centralità strategica indiscutibile nell'equilibrio ecologico del pianeta. Il *MERCOSUL* e i suoi paesi associati gestiscono biomi cruciali per la regolazione del clima e della biodiversità mondiale, come l'Amazzonia, il Pantanal, il Cerrado, il Gran Chaco e la Mata Atlântica, oltre a ospitare il sistema acquifero Guaraní e il Bacino del Plata. La preservazione di queste riserve socioambientali e il contrasto alla deforestazione non costituiscono politiche settoriali secondarie, bensì obblighi giuridici di natura *erga omnes*, la cui attuazione richiede una governance sovranazionale comunitaria dotata di potere normativo e capacità di vigilanza.

Per rendere operativa la transizione ecologica nel *MERCOSUL*, si rende necessario superare le dichiarazioni d'intenti diplomatiche e istituire meccanismi giuridici e finanziari vincolanti nell'ambito del blocco. Si evidenziano quattro strumenti strutturanti per questa ripattuazione comunitaria:

1. *Armonizzazione normativa e ratifica integrale dell'Accordo di Escazú:* L'Accordo Regionale sull'Accesso all'Informazione, la Partecipazione Pubblica e l'Accesso alla Giustizia in Materia Ambientale in America Latina e nei Caraibi (Accordo di Escazú) rappresenta lo strumento giuridico più avanzato della regione in materia di democrazia ambientale. L'adesione e ratifica integrale da parte di tutti gli Stati membri del *MERCOSUL* costituisce il pilastro normativo per assicurare la trasparenza nelle decisioni sui grandi progetti produttivi e per garantire la protezione effettiva dei difensori dei diritti umani e ambientali nella regione.

2. *Creazione della Banca Sudamericana di Sviluppo Socioambientale e del Fondo Clima Comunitario:* La transizione verso un'economia decarbonizzata esige massicci volumi di finanziamento pubblico e privato. Si propone la ristrutturazione e l'espansione dei fondi esistenti (come il FOCEM) e la creazione di una Banca di Sviluppo regionale volta prioritariamente al finanziamento di infrastrutture sostenibili: reti di trasporto ferroviario elettrificato che colleghino il continente, parchi di generazione di energia eolica, solare e da biomassa, e progetti di risanamento igienico-sanitario di base e di ripristino forestale comunitario.

3. *Standardizzazione dei criteri per gli acquisti pubblici verdi e vigilanza della tracciabilità:* Il potere d'acquisto degli Stati membri del *MERCOSUL* deve essere utilizzato come leva di politica industriale ecologica. La fissazione di direttive comunitarie per gli acquisti pubblici sostenibili e la creazione di un sistema regionale unificato di tracciabilità per l'agropecuaria e per l'estrazione mineraria permetteranno al blocco di rispondere attivamente alle esigenze ambientali internazionali – sull'esempio del Regolamento sulla Deforestazione dell'Unione Europea (EUDR) –, evitando sanzioni commerciali e promuovendo l'aggregazione di valore locale.

4. *Costruzione del Tribunale Socioambientale del MERCOSUL:* Il superamento del deficit istituzionale del blocco richiede l'ampliamento della giurisdizione del Tribunale Permanente di Revisione (TPR) o la creazione di una Sezione Socioambientale comunitaria con competenza per giudicare controversie transfrontaliere relative a danni ambientali gravi che colpiscano biomi condivisi o risorse idriche internazionali, garantendo la riparazione integrale dei danni e l'attuazione della giustizia ambientale intergenerazionale.

La transizione ecologica così concepita unifica le dimensioni economica, sociale e giuridica dell'integrazione. Articolando la transizione energetica con la reindustrializzazione sostenibile e la protezione dei Diritti Umani, il *MERCOSUL* cessa di essere una mera unione doganale per convertirsi in una vera comunità fraterna di destino socioambientale.

Considerazioni finali: oltre il mercato, la costruzione della comunità

Il percorso analitico sviluppato nel corso di questa ricerca dimostra che la traiettoria storica del MERCOSUL sintetizza sia la rilevanza imperativa sia i limiti cronici delle strategie di integrazione regionale adottate in America Latina. Il confronto dialettico tra l'ideale origi-

nario di Simón Bolívar – che intravedeva un'unione politica, sovrana e difensiva capace di conferire autonomia strategica alla regione – e l'ingegneria giuridica commercialista implementata dal Trattato di Asunción nel 1991 attesta che il tentativo di edificare una comunità regionale ancorandola prevalentemente al libero commercio e alla deregolamentazione tariffaria risulta interamente esaurito.

La volatilità politico-ideologica, la stagnazione del commercio intraregionale, la reprimarizzazione dei panieri di esportazione sotto l'attrazione asiatica e le profonde asimmetrie strutturali evidenziate dalla Teoria Strutturalista della Dipendenza dimostrano che la logica del mercato, da sola, è incapace di promuovere la coesione sociale, l'addensamento tecnologico e la solidarietà distributiva. Il superamento di questa impasse esige uno spostamento paradigmatico sul piano teorico, normativo e operativo. I riferimenti teorici del Diritto Fraterno, formulati da Eligio Resta, del Costituzionalismo Globale e della Costituzione della Terra, sviluppati da Luigi Ferrajoli, e della Giustizia di Transizione Ecologica forniscono la bussola concettuale indispensabile per questa rifondazione istituzionale.

Nel dimostrare che la durabilità di qualsiasi progetto di integrazione dipende dalla subordinazione delle dinamiche commerciali al primato dei Diritti Umani e alla governance comunitaria dei beni comuni dell'umanità, la presente riflessione indica che l'emergenza climatica non rappresenta solo una sfida, ma la maggiore opportunità storica per rifondare il patto sudamericano. Solamente valicando le frontiere del mercantilismo e assumendo la responsabilità di costruire una comunità politica e giuridica fraterna, dotata di istituzioni di garanzia e impegnata per la giustizia ambientale, l'America Latina potrà convertire l'antico sogno bolivariano in una realtà concreta, autonoma e sovrana dinanzi allo scenario globale del XXI secolo.

Riferimenti bibliografici

Bolívar, Simón. *Escritos políticos*. Tradução de Baldur Schubert. Brasília: Editora UnB, 1982.

CEPAL. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Perspectivas do Comércio Internacional da América Latina e do Caribe*: as assimetrias estruturais e o desafio da sustentabilidade. Santiago do Chile: Nações Unidas, 2023.

Ferrajoli, Luigi. *Por uma Constituição da Terra*: a humanidade numa encruzilhada. Tradução de Telma de Souza Birchal. São Paulo: Boitempo, 2022.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

MERCOSUL. *Tratado de Assunção* para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Assunção: MERCOSUL, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe (Acordo de Escazú)*. Escazú: ONU, 2018.

PREBISCH, Raúl. *O desenvolvimento econômico da América Latina e seus principais problemas*. Revista Brasileira de Economia, v. 3, n. 3, p. 47-111, 1949.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

Sandra Regina Martini[1], Ari Ricardo Avila Schuller[2], Marina da Silva Pereira[3]

[1] Ha conseguito la Laurea in Scienze Sociali presso l'Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983); la Specializzazione in Salute Pubblica presso l'Escola Nacional da Saúde Pública - FIOCRUZ (1985); la Specializzazione in Programmazione e Gestione dei Servizi Sanitari presso l'Escola Nacional da Saúde Pública - FIOCRUZ (1987); la Laurea Magistrale (*Mestrado*) in Educazione presso la Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997); il Dottorato di Ricerca in *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* presso l'Università degli Studi di Lecce (2001); il Post-dottorato in Diritto (Università degli Studi Roma Tre, 2006) e il Post-dottorato in Politiche Pubbliche (Università degli Studi di Salerno, 2010). È Professoressa del Programma di Post-laurea *Stricto Sensu* del Centro Universitário Unicuritiba; Professoressa del Programma di Post-laurea dell'UNILASALLE Canoas/RS; Professoressa del Programma di Post-laurea e Direttrice della Post-laurea *Stricto Sensu* dell'UNIFACVEST; *Visiting Professor* presso l'Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti-Pescara (2022); Collaboratrice nel Programma di Post-laurea in Diritto, in qualità di membro del Centro di Studi Europei e Tedeschi, presso l'Università Federale del Rio Grande do Sul (UFRGS).

[2] Dottorando di Ricerca in Giurisprudenza presso l'Università Federale del Rio Grande do Sul (UFRGS). *Visiting Researcher* presso la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (Bonn Center for Dependency and Slavery Studies), in Germania. Ha conseguito la Laurea Magistrale (*Mestrado*) in Criminologia presso l'Universidade Fernando Pessoa (Portogallo). Ricercatore negli ambiti della Metateoria del Diritto Fraterno, del Diritto Antidiscriminatorio, dell'Epistemologia Nera, della Schiavitù, delle Relazioni Razziali e delle Azioni Affermative. Componente della Commissione della Verità sulla Schiavitù Nera dell'OAB/RS (Ordine degli Avvocati del Brasile - Sezione Rio Grande do Sul). Membro del Gruppo di Ricerca sull'Antirazzismo (*Núcleo de Pesquisa Antirracismo*) della Facoltà di Giurisprudenza dell'UFRGS. Membro dell'Associazione Brasiliana dei Ricercatori e delle Ricercatrici Neri/Nere (ABPN). E-mail: ari.schuller@ufrgs.br e ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6097-6190

[3] Iscritta al Programma di Laurea Magistrale (*Mestrado*) del Centro di Studi Tedeschi ed Europei (CDEA), con sede presso la Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e l'Università Federale del Rio Grande do Sul (UFRGS). *Visiting Researcher* presso la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (Bonn Center for Dependency and Slavery Studies), in Germania. Ha conseguito la Laurea in Giurisprudenza presso l'Universidade Federal de Pelotas. Ricercatrice negli ambiti del femminismo giuridico, del femminismo nero e delle relazioni razziali nella prospettiva della sociologia del diritto, nonché autrice di ricerche e indagini empiriche che connettono diritto, arte, razza e genere. Membro del Gruppo di Ricerca sull'Antirazzismo (*Núcleo de Pesquisa Antirracismo*) della Facoltà di Giurisprudenza dell'UFRGS. E-mail: pereira.marina87@gmail.com e ORCID: https://orcid.org/0009-0003-2829-7942

"Nego drama" e una criminologia critica razziale, empirica e controegemonica, alla luce della metateoria del diritto fraterno [4] [5]

Introduzione

"Storie, registri e scritti / Non è racconto né favola, leggenda o mito"

La criminologia in America Latina, nel corso degli ultimi decenni, si è dedicata allo studio di un filone critico volto a denunciare la selettività penale, l'incarcerazione di massa e il carattere strutturalmente disuguale del sistema punitivo. Questo movimento teorico ha rappresentato una rottura significativa rispetto al positivismo criminologico classico, spostando il fulcro della spiegazione del crimine dall'individuo verso le strutture sociali, economiche e politiche che condizionano i processi di criminalizzazione. Tuttavia, nonostante la sua dichiarata vocazione controegemonica, parte della criminologia istituzionalizzata in America Latina rimane attraversata da limiti epistemici che riguardano la produzione, la legittimazione e la circolazione del sapere penale nello spazio accademico.

In tale prospettiva, la critica criminologica in America Latina può essere compresa anche alla luce della metateoria del Diritto Fraterno, sviluppata da Eligio Resta. Nel proporre una rilettura del diritto fondata non sulla logica della sovranità e dell'esclusione, ma sulla fraternità intesa come patto tra eguali, l'autore italiano offre un'importante base ermeneutica per interpretare i processi di criminalizzazione selettiva che storicamente ricadono sui corpi neri e periferici. Per Resta, "il Diritto Fraterno è convenzionale, e non violento" (Resta, 2020, p. 8), motivo per cui la sua proposta rompe con i modelli giuridici basati sulla logica amico-nemico e sull'amministrazione permanente dell'ostilità.

La politica criminale brasiliana rivela l'opposto del paradigma fraterno: strutture punitive fondate sulla produzione sociale del nemico, soprattutto del giovane nero periferico. Come sostiene Resta, "non

[4] Questo articolo è frutto del lavoro svolto nell'ambito dell'insegnamento di "Diritto Penale - Politica Criminale in America Latina: l'influenza del pensiero criminologico occidentale", afferente al Programma di Post-laurea in Giurisprudenza dell'Università Federale del Rio Grande do Sul (UFRGS), sotto il coordinamento della professoressa Vanessa Chiari Gonçalves.

[5] La traduzione di questo articolo è stata realizzata con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, mediante lo strumento *Gemini Pro* e, successivamente, sottoposta a *revisione umana* dall'autore(i), al fine di assicurare l'adeguatezza terminologica, la chiarezza testuale e la fedeltà al contenuto originale.

basta essere umani per avere umanità" (Resta, 2020, p. 7), essendo pertanto necessario che l'umanità formale operi accompagnata dall'effettivo riconoscimento dell'alterità.

Tra questi limiti, spicca il silenziamento sistematico delle esperienze nere della punizione. Sebbene la popolazione nera costituisca ricorrentemente il bersaglio principale delle pratiche penali, sia nell'incarcerazione sia nella letalità della polizia, le sue narrazioni, i suoi saperi e le sue specifiche forme di interpretazione della violenza statale raramente occupano un posto di rilievo nella produzione accademica del sapere criminologico. Tale cancellazione non avviene in modo casuale, bensì è legata a meccanismi di potere che definiscono chi possa produrre conoscenza legittima, quali esperienz e siano considerate scientificamente rilevanti e quali, invece, restino relegate alla condizione di oggetto, e non di fonte del sapere.

È in questo contesto che il brano *Nego Drama*, del gruppo Racionais MC's, emerge come un potente dispositivo critico per l'analisi del sapere penale. Lungi dall'essere intesa come mero oggetto culturale o espressione artistica illustrativa, la canzone viene mobilitata in questo lavoro come testo sociale ed epistemico, capace di condensare profonde diagnosi sulla politica criminale, sulla selettività penale e sulla naturalizzazione della morte, del carcere e della marginalizzazione dei corpi neri in Brasile. I versi che strutturano tale brano esprimono una forma di sapere situato, prodotto a partire dall'esperienza concreta della punizione, che mette in tensione i limiti del discorso accademico tradizionale.

Il brano *Nego Drama* può essere inteso come una narrazione che denuncia la rottura del diritto fraterno nella società brasiliana. I versi dei Racionais MC's rivelano una realtà evidenziata dalla naturalizzazione dell'esclusione razziale. Ciò fa emergere quello che Resta identifica come il fallimento contemporaneo della fraternità intesa quale categoria politica. Per l'autore, la fraternità "ritorna oggi con il suo significato originario di condividere, di pattuire tra eguali, di identità comune, di mediazione" (Resta, 2020, p. 7), in quanto critica della violenza istituzionale.

In tal senso, i versi di *Nego Drama* vengono utilizzati nel corso del presente articolo come chiavi ermeneutiche, e non quale mero espediente letterario o ornamentale. Essi operano come categorie interpretative che orientano la lettura critica della criminologia istituzionalizzata in America Latina e della produzione accademica egemonica del sapere penale, consentendo, in tal modo, di evidenziare i silenzi, le assenze e le gerarchie epistemiche che attraversano questo campo del sapere. Si tratta, pertanto, di una scelta metodologica consapevole,

ancorata alla criminologia critica e alle epistemologie che riconoscono la centralità della narrazione e dell'esperienza nella costruzione del sapere sociale.

A partire da tale prospettiva, il presente articolo si propone di analizzare, alla luce del brano *Nego Drama*, in che modo la criminologia istituzionalizzata in America Latina riproduca silenziamenti epistemici sull'esperienza nera della punizione, mentre l'opera musicale si configura quale contronarrazione criminologica in grado di svelare dimensioni della politica criminale non colte dai discorsi accademici tradizionali. Problematizzando chi scrive, chi registra e chi sia autorizzato a produrre conoscenza sul crimine e sulla pena, il lavoro mira a contribuire all'ampliamento delle fonti legittime del sapere penale e al rafforzamento di una criminologia epistemicamente plurale e fortemente ancorata alla realtà vissuta della punizione.

A tal fine, il presente articolo si articola, in primo luogo, nell'analisi dei fondamenti e dei limiti epistemici della criminologia istituzionalizzata in America Latina, prestando peculiare attenzione al modo in cui la razza e l'esperienza nera vengono affrontate o silenziate in tale ambito. Successivamente, si prende in esame il ruolo della narrazione e della produzione accademica del sapere penale, mettendo in luce i meccanismi di razzismo epistemico che operano nell'esclusione dei saperi periferici. A seguire, il brano *Nego Drama* viene analizzato quale contronarrazione criminologica e controegemonica della politica criminale brasiliana. Infine, vengono discusse le implicazioni di tale critica per l'insegnamento del diritto e per le traiettorie della criminologia contemporanea in America Latina.

Alla luce di tale quadro, si rende necessario esaminare in modo più approfondito i fondamenti teorici della criminologia in America Latina e gli impegni critici che ne hanno orientato la formazione. Soltanto a partire dall'analisi dei suoi presupposti, delle sue categorie centrali e dei suoi limiti epistemici è possibile comprendere in che modo determinati silenziamenti, in particolare quelli legati all'esperienza nera della punizione, siano stati storicamente prodotti e naturalizzati all'interno della produzione accademica del sapere penale.

Il fondamento teorico-metodologico del presente articolo è direttamente correlato alla Metateoria del Diritto Fraterno.

(…) dove ognuno è sovrano non c'è bisogno di sovranità[6]

Eligio Resta

Nel presente articolo, il Diritto Fraterno non viene trattato esclusivamente come un'idea di solidarietà. Si spinge oltre. La fraternità è

[6] Laddove tutti sono sovrani, non vi è necessità di sovranità (traduzione nostra).

concepita come uno strumento per problematizzare le esclusioni prodotte dal sistema penale. Per Eligio Resta, il Diritto Fraterno supera i confini chiusi della cittadinanza e si accosta all'universalità dei diritti umani. Pertanto, discutere la selettività penale razziale richiede altresì il riconoscimento della comune umanità di tutti gli individui.

Le discussioni inerenti al diritto appaiono, in termini generali, fondate sulla figura e/o sulla simbologia del "sovrano"; sembra che l'unica possibilità per il diritto di essere diritto consista nell'essere avallato da un qualche tipo di sovrano, rappresentato, in epoca contemporanea, dagli Stati-Nazione. Il Diritto Fraterno, dal canto suo, propone un ulteriore concetto fondante – la fraternità – che non risulta compatibile con alcun tipo di sovrano, dal momento che essa muove dal patto tra eguali e, pertanto, è *frater* e non *pater*. Si può affermare che il Diritto Fraterno costituisca una metateoria[7], poiché ci si trova dinanzi a una teoria delle teorie, la quale propone una nuova forma di analisi del diritto attuale. Il suo principale teorico è Eligio Resta, professore presso l'Università degli Studi Roma Tre.

Il Diritto Fraterno, in quanto metateoria, si avvale altresì (al pari di altri fondamenti) della tecnica, nell'accezione ambivalente sempre implicita nel contesto del suo impiego. Pertanto, risulta fondamentale tenere presente il concetto di *pharmakon*, termine greco che può significare, simultaneamente, rimedio e veleno, a seconda del modo in cui la tecnica stessa viene utilizzata.

In tal senso, il Diritto Fraterno privilegia l'analisi transdisciplinare dei fenomeni sociali. La transdisciplinarità significa, in primo luogo, trasgredire e, al contempo, integrare. È in tale prospettiva che Resta ricerca, in molteplici ambiti del sapere, i fondamenti, le fragilità e la scommessa per il Diritto Fraterno.

Il Diritto Fraterno, secondo Eligio Resta, vive della mancanza di fondamenti, si anima di fragilità, di scommesse. Tali aspetti possono essere individuati attraverso il pensiero di molteplici autori. Nel XIX secolo vi sono stati importanti giuristi che hanno scommesso sulle fragilità, come Puchta (1881, p. 4), al fine di dimostrare la paradossalità

[7] In merito alla metateoria, assumono rilevanza le definizioni presentate nel Dizionario enciclopedico di teoria e di sociologia del diritto: "1. La metateoria è un tipo di attività di ricerca (la ricerca metateorica), i risultati di tale attività (la 'metateoria') 2. Ricerca che ha per oggetto specifico le teorie scientifiche (anch'esse considerate sotto il profilo dell'attività e del relativo prodotto) e che ha, quale risultato, la produzione di una 'teoria delle teorie scientifiche' (distinzione operata, in relazione all'interpretazione giuridica – Tarello –, tra metateoria quale attività e metateoria quale prodotto)" (Arnaud, 2000, p. 493).

del diritto; la scommessa dell'autore si realizza nel diritto o per il diritto attraverso l'idea di libertà. Per Puchta, il principio del diritto è la libertà e non la ragione (rammentando che la ragione è la necessità che esclude ciò che nega, mentre la libertà è la negazione della necessità). Egli afferma, inoltre, che è libero soltanto chi può volere, desiderare e, ancor di più, chi è riconosciuto come libero, ossia chi ha la possibilità di essere soggetto di diritto non perché il suo comportamento sia delimitato, previsto o prescritto, bensì perché la sua libertà esiste ed è vincolata alla possibilità di compiere una scelta, di volere qualcosa. Al pari di Puchta, anche Resta porrà nuove sfide per l'analisi del diritto attuale. Il presente articolo evidenzia la profonda relazione tra diritto e vita, nonché il diritto nella vita.

1. *Criminologia in America Latina e produzione accademica del sapere penale*

"Sin dal principio per oro e argento / Guarda chi muore, allora vedi tu chi uccide"

La criminologia in America Latina si configura quale campo teorico caratterizzato dal tentativo di rottura con il paradigma positivista classico e con la criminologia eziologica che ha dominato il pensiero penale europeo e nordamericano nei secoli XIX e XX. La sua formazione è strettamente connessa alla critica delle strutture sociali di disuguaglianza proprie delle società periferiche e dipendenti, all'interno delle quali il sistema penale opera storicamente come strumento di contenimento e neutralizzazione di popolazioni considerate eccedenti o pericolose. In tal senso, la criminologia critica emerge quale progetto intellettuale impegnato nella denuncia della selettività penale, della violenza istituzionale e della funzione politica del diritto penale (Baratta, 2002).

Nella prospettiva del Diritto Fraterno, i sistemi penali latinoamericani sono stati edificati su pratiche di esclusione. Sin dall'epoca coloniale, le istituzioni giuridiche hanno iniziato a operare una distinzione tra vite meritevoli di tutela e vite trattate come sacrificabili, con particolare riferimento alle popolazioni nere e povere. In tal senso, Eligio Resta critica la logica "amico-nemico" insita nel diritto moderno e propugna un diritto fondato sul riconoscimento e sulla convivenza tra gli individui (Resta, 2020).

Ecco la traduzione del paragrafo, elaborata con il massimo rigore epistemologico. Essendo Alessandro Baratta uno dei padri fondatori

della criminologia critica italiana, la traduzione assume un valore particolare: i concetti ritornano alla loro matrice linguistica e teorica originale, propria della dogmatica penale e sociologica italiana.

Alessandro Baratta svolge un ruolo fondamentale nel consolidamento di tale campo, proponendo una lettura sociologica del diritto penale che sposta il fulcro dell'analisi dal delitto, inteso quale fatto individuale, ai processi sociali di criminalizzazione. Per l'autore, il sistema penale non opera in modo neutrale, bensì seleziona in via preferenziale soggetti provenienti dalle classi subalterne, tramutando la pena in un meccanismo di riproduzione delle disuguaglianze sociali. In una sua classica formulazione, Baratta afferma che "gli istituti di detenzione producono effetti contrari alla rieducazione e al reinserimento del condannato, e favorevoli alla sua stabile inserzione nella popolazione criminale" (Baratta, 2002, p. 183). Tale diagnosi fonda la critica al carcere in quanto istituzione incapace di assolvere alle proprie funzioni dichiarate, svelandone il carattere essenzialmente repressivo[8].

Nel contesto latinoamericano, tale critica viene approfondita da Zaffaroni, la cui opera evidenzia il carattere strutturalmente violento e letale dei sistemi penali periferici. Nell'analizzare la storia delle pene e delle pratiche punitive nella regione, Zaffaroni sostiene che il diritto penale latinoamericano funge da meccanismo di amministrazione della morte, soprattutto nei confronti della popolazione povera e razzializzata. Nel volume *In cerca delle pene perdute*, l'autore afferma che il sistema penale produce maggiore violenza rispetto ai conflitti che risolve (Zaffaroni, 2001). Si tratta di una critica che mette in luce lo scollamento tra il discorso giuridico legittimante e la prassi concreta della punizione.

La criminologia della liberazione, formulata da Lola Aniyar de Castro, si colloca in tale medesimo orizzonte critico, proponendo una criminologia impegnata rispetto ai processi storici di dominazione coloniale e alla necessità di costruire saperi situati nel Sud Globale. Secondo l'autrice, la criminologia non può limitarsi alla critica formale

[8] Baratta – Nell'analisi del capitalismo contemporaneo, Baratta evidenzia il carattere nodale del rapporto carcere-marginalizzazione sociale: il carcere rappresenterebbe il momento culminante dei meccanismi di criminalizzazione, del tutto inidoneo alla rieducazione del condannato – poiché l'educazione deve promuovere la libertà e il rispetto di sé, mentre il carcere produce degradazione e repressione, sin dall'iniziale cerimonia di spersonalizzazione; pertanto, se la pena non è in grado di trasformare uomini violenti in individui socievoli, gli istituti penali non possono costituire istituti di educazione.

delle istituzioni penali, dovendo assumere un impegno politico volto alla trasformazione delle strutture che producono violenza ed esclusione. Aniyar de Castro sostiene che la criminologia della liberazione debba muovere dalle realtà concrete di oppressione, problematizzando i fondamenti epistemologici del sapere penale importato e adattato alle realtà latinoamericane (ANIYAR DE CASTRO, 2005).

Pur con la sua innegabile portata critica, la criminologia istituzionalizzata in America Latina presenta rilevanti limiti epistemici, in particolar modo per quanto concerne la centralità della razza quale categoria analitica. La maggior parte delle formulazioni classiche di tale ambito privilegia la critica di classe, concependo, in tal modo, il sistema penale quale strumento di controllo dei poveri, senza approfondire l'analisi sulla dimensione razziale della punizione. Come evidenzia Vera Malaguti Batista, la selettività penale in Brasile opera a partire da un'associazione tra la criminalizzazione della povertà e la popolazione nera (Batista, 2011), svelando che classe e razza costituiscono categorie indissociabili per la comprensione del sistema penale brasiliano.

La critica incentrata esclusivamente sulla classe sociale non spiega in modo esaustivo il sistema penale. L'assenza delle esperienze nere in criminologia evidenzia che sussistono tuttora forme di esclusione all'interno della produzione stessa del sapere. Per Eligio Resta, la fraternità richiede il riconoscimento dell'altro quale eguale (Resta, 2020, p. 7). Pertanto, una criminologia autenticamente critica deve collocare la questione razziale al centro dell'analisi della punizione.

Giunti a questo snodo, la critica epistemica diviene ineludibile. Sebbene la popolazione nera figuri quale principale bersaglio dell'incarcerazione di massa e della letalità poliziesca, le sue esperienze e narrazioni permangono marginalizzate nella produzione accademica del sapere penale.

Tale critica dialoga con la nozione di razzismo strutturale elaborata da Sílvio Almeida, in base alla quale il razzismo non si manifesta esclusivamente in pratiche discriminatorie individuali, bensì risulta inscritto nelle istituzioni e nei saperi che strutturano la vita sociale (Almeida, 2019). In ambito penale, ciò implica riconoscere che la produzione accademica del sapere criminologico concorre alla costruzione di gerarchie razziali, definendo quali esperienze siano meritevoli di analisi scientifica e quali, di contro, vengano relegate al silenzio o alla stigmatizzazione.

La centralità della critica di classe, pertanto, non risulta sufficiente per comprendere appieno il funzionamento del sistema penale latinoamericano. Come dimostra Achille Mbembe, la gestione contemporanea della punizione è profondamente connessa alla produzione di

zone di morte, all'interno delle quali determinati corpi vengono considerati sacrificabili. Secondo l'autore, la necropolitica definisce *"chi può vivere e chi deve morire"* (Mbembe, 2018, p. 123), una logica che si manifesta in modo inequivocabile nelle pratiche penali rivolte alla popolazione nera nelle periferie urbane.

La necropolitica descritta da Achille Mbembe evidenzia la rottura della fraternità nelle società contemporanee. Nel momento in cui lo Stato stabilisce quali vite debbano essere tutelate e quali possano essere esposte alla morte, viene negata l'umanità dell'altro. Il Diritto Fraterno, di contro, propugna il riconoscimento della comune umanità (Resta, 2020, p. 13).

L'assenza di un solido approccio razziale nella criminologia critica tradizionale concorre alla naturalizzazione di tale violenza. Omettendo di integrare in modo centrale le esperienze nere della punizione, il sapere penale accademico finisce per consolidare la medesima logica che si prefigge di criticare, riproducendo silenzi e invisibilizzazioni. Come osserva Stuart Hall, i processi di criminalizzazione risultano inscindibili dalla costruzione razziale del nemico, dal momento che il crimine costituisce una categoria permeata da rappresentazioni razziali che legittimano la repressione statale (Hall et al., 1978).

È in tale scenario che si palesa la necessità di una critica epistemica della criminologia in America Latina e nella produzione accademica del sapere penale. Tale critica non mira a disconoscere i fondamentali contributi di questo ambito disciplinare, bensì a svelarne i limiti e a sottoporne a tensione i presupposti, dischiudendo nuovi spazi per altre forme di conoscenza.

Il brano *Nego Drama*, nel narrare l'esperienza concreta della violenza penale razzializzata, anticipa ed esplicita ciò che il discorso accademico sovente passa sotto silenzio: il nesso storico tra oro, argento, sfruttamento coloniale e la morte sistematica di corpi neri. Come recita il testo stesso, si tratta di "storie, registri e scritti" che non vanno confusi con il mito o la finzione, bensì esprimono una memoria viva della punizione.

Pertanto, comprendere la criminologia in America Latina impone di riconoscere che la produzione del sapere penale non è neutrale, bensì permeata da rapporti di potere che definiscono chi scrive, chi viene letto e chi permane oggetto della conoscenza (e non soggetto). Tale constatazione pone le basi per l'analisi, nelle sezioni successive, della musica quale controNarrazione criminologica e quale chiave ermeneutica in grado di dislocare i confini del sapere penale accademico.

Pertanto, la constatazione di tali limiti non può essere intesa esclusivamente quale insufficienza teorica circoscritta, bensì quale espres-

sione di una più ampia struttura di produzione del sapere. Al fine di sviluppare ulteriormente tale critica, si rende necessario analizzare i meccanismi epistemici che strutturano il campo del sapere penale, indagando in che modo la neutralità scientifica, la forma narrativa dominante e i regimi di verità accademici operino il sistematico silenziamento delle esperienze nere della punizione.

2. *Razzismo epistemico, narrazione e silenziamento*

"Non si è sempre detto che per i neri non c'è spazio?"

La critica al razzismo epistemico impone di comprendere che il campo del sapere penale e criminologico non si configura quale spazio neutrale di produzione del sapere, bensì quale arena permeata da storici rapporti di potere, di esclusione e di gerarchizzazione razziale. La moderna promessa di neutralità scientifica, ereditata dall'Illuminismo europeo, ha operato quale tecnologia di invisibilizzazione delle esperienze coloniali e delle voci subalterne, in particolar modo di quelle nere. Come dimostra Aníbal Quijano (2000), la colonialità del potere non si circoscrive all'economia o alla politica, bensì struttura altresì i regimi di verità e i criteri di legittimità della conoscenza, producendo una gerarchia epistemica che associa razionalità, scienza e universalità all'esperienza europea bianca.

La disputa per il diritto di narrare la punizione costituisce, pertanto, una disputa politica ed epistemica.

Il razzismo epistemico può parimenti essere inteso quale forma di negazione del riconoscimento dell'altro. Ciò in quanto i modelli tradizionali di produzione del sapere stabiliscono chi possa prendere parola e quale forma di conoscenza venga reputata legittima. Secondo Eligio Resta, le società fondate sulla logica dell'inimicizia finiscono per generare forme di conoscenza escludenti, le quali non riconoscono la diversità delle esperienze umane (Resta, 2020).

Gayatri Chakravorty Spivak, nel chiedersi se "il subalterno possa parlare", afferma che il problema centrale non risiede nell'assenza di parola, bensì nella mancanza di condizioni strutturali affinché tale parola venga riconosciuta quale portatrice di senso e di autorità (Spivak, 1988). Come rileva l'autrice: "il subalterno non può parlare" non in quanto sia muto, ma poiché la sua voce viene costantemente intercettata, tradotta o delegittimata dai dispositivi egemonici di produzione del sapere. Tale constatazione risulta cruciale per comprendere la posizione marginale occupata dalle narrazioni nere all'interno della criminologia e del diritto penale.

L'esclusione non si realizza esclusivamente sul piano della vita materiale, bensì si manifesta altresì nelle modalità con cui le voci di determinati gruppi sociali vengono ignorate. Secondo Eligio Resta, la fraternità contribuisce a inquadrare i conflitti in un'ottica più aperta e inclusiva, superando i limiti insiti nelle forme tradizionali di produzione del sapere (Resta, 2020).

Walter Benjamin offre una chiave di lettura complementare, evidenziando come la storia ufficiale sia, immancabilmente, la storia dei vincitori. Nelle sue *Tesi sul concetto di storia*, l'autore afferma che *"non vi è documento di cultura che non sia, al contempo, un documento di barbarie"* (Benjamin, 2012, p. 245). Applicato all'ambito penale, tale monito consente di interpretare i registri giuridici, dottrinali e scientifici quali narrazioni selettive che naturalizzano la violenza contro determinati corpi, silenziando al contempo le esperienze di sofferenza, resistenza e sopravvivenza delle popolazioni nere nelle periferie urbane e negli spazi di punizione.

Michel-Rolph Trouillot approfondisce tale critica dimostrando come il silenziamento non si realizzi esclusivamente nel momento della scrittura della storia, bensì lungo l'intero processo di produzione del fatto storico: nella creazione delle fonti, nella loro conservazione, nella costruzione degli archivi e nell'elaborazione delle narrazioni finali. Nel volume "*Silenziare il passato"*, l'autore afferma che "il potere entra nella storia esattamente nel momento della sua produzione" (Trouillot, 1995, p. 29). In ambito penale, ciò implica riconoscere che l'assenza di soggetti neri in qualità di produttori di teoria non risulta accidentale, bensì rappresenta l'esito di meccanismi istituzionali che governano chi possa fare ricerca, scrivere e insegnare il diritto.

I contributi del femminismo nero risultano fondamentali per problematizzare tali silenzi. Patricia Hill Collins sostiene che il sapere prodotto a partire dalle esperienze nere costituisca un "punto di vista situato" in grado di disvelare dimensioni del potere invisibili agli approcci universalistici (Collins, 2019). Parimenti, Sueli Carneiro dimostra come il razzismo operi quale dispositivo di produzione del non-essere, negando alle popolazioni nere non esclusivamente diritti materiali, bensì altresì il riconoscimento epistemico (Carneiro, 2005). Tale negazione si riflette direttamente nell'assenza di autori neri nei curricula giuridici e nella marginalizzazione delle tematiche razziali all'interno della criminologia.

Valorizzare le esperienze nere quale forma legittima di conoscenza risulta intimamente connesso all'idea di fraternità e di riconoscimento dell'altro. La fraternità riconosce i soggetti a partire dalle loro storie e

dalle loro differenze (RESTA, 2020, p. 15). Pertanto, il riconoscimento delle epistemologie nere implica altresì la costruzione di relazioni maggiormente inclusive.

Infine, Bell Hooks ribadisce come la rottura con il razzismo epistemico imponga una pedagogia impegnata nella trasgressione dei confini disciplinari e nella valorizzazione dell'esperienza quale fonte legittima di sapere. Nell'opera "*Insegnare a trasgredire*", l'autrice afferma che "l'educazione quale pratica della libertà è quella che consente ai soggetti di interrogare criticamente le strutture di dominio che plasmano le loro esistenze" (HOOKS, 2013, p. 29).

Pertanto, nel riconoscere le narrazioni nere quali produttrici di teoria, e non quali meri oggetti di analisi, la presente sezione sostiene che il contrasto al razzismo all'interno del sistema penale passi, necessariamente, attraverso la contestazione di quei regimi di verità che hanno storicamente stabilito chi abbia, o meno, "spazio" nella produzione del sapere criminologico.

Se il razzismo epistemico si manifesta, in larga misura, attraverso il controllo delle narrazioni legittime sul crimine e sulla punizione, si rende fondamentale dislocare lo sguardo verso forme alternative di produzione del sapere. È in tale snodo che l'analisi del brano *Nego Drama* acquisisce centralità, non quale mera illustrazione culturale, bensì quale contronarrazione criminologica in grado di sottoporre a tensione i regimi accademici di verità e di reinscrivere l'esperienza nera della punizione nel campo del sapere.f

3. *Nego Drama quale contronarrazione criminologica*

"Preferisco narrare una storia reale"

La criminologia critica latinoamericana, sebbene si sia costituita quale campo di resistenza al positivismo penale e al punitivismo liberale, è rimasta saldamente ancorata a forme tradizionali di produzione del sapere, incentrate sull'università, sulla scrittura accademica e sulla mediazione intellettuale autorizzata. In tale cornice, il brano *Nego Drama*, del gruppo Racionais MC's, può essere inteso quale contronarrazione criminologica, ovverosia una forma di produzione di conoscenza sulla punizione, sul controllo penale e sulla violenza statale che emerge al di fuori dei circuiti istituzionali del sapere giuridico. Tale dislocamento dialoga direttamente con la critica foucaultiana all'esclusività dei regimi scientifici di verità, in base alla quale anche i discorsi non accademici producono effetti di sapere e di potere (FOUCALT, 2008).

Sotto il profilo metodologico, trattare la musica quale testo sociale implica riconoscerla quale pratica discorsiva situata, permeata da storici rapporti di potere, di razzializzazione e di esclusione. La criminologia culturale, in particolar modo negli studi di Jeff Ferrell, Keith Hayward e Jock Young, sostiene che espressioni culturali quali la musica, l'arte e la *performance* non riflettano esclusivamente il crimine, bensì costituiscano forme legittime di interpretazione critica dell'esperienza penale (Ferrell; Hayward; Young, 2008). In tale chiave di lettura, *Nego Drama* non rappresenta una mera illustrazione empirica di una teoria pregressa, bensì un dispositivo narrativo autonomo, in grado di formulare diagnosi peculiari in merito alla selettività penale, all'incarceramento e alla violenza poliziesca.

Il brano opera, altresì, quale contro-archivio della politica criminale, nell'accezione proposta da Jacques Derrida, per il quale ogni archivio è permeato da rapporti di potere, di esclusione e di oblio (*mal d'archive*) (Derrida, 2001). Mentre gli archivi ufficiali della criminologia e del diritto penale tendono a registrare dati, statistiche e categorie astratte, *Nego Drama* archivia esperienze corporee, affettive e storiche che permangono assenti dai registri istituzionali. Michel-Rolph Trouillot dimostra come il silenziamento non si realizzi esclusivamente a causa dell'assenza di documenti, bensì per via della gerarchizzazione delle narrazioni reputate degne di registrazione storica (Trouillot, 1995), il che consente di interpretare la musica quale forma di iscrizione Insorgente Della Memoria penale nera.

In tale senso, il brano dialoga con la tradizione della diaspora nera atlantica analizzata da Paul Gilroy, per il quale la musica costituisce uno spazio privilegiato di produzione del pensiero politico e sociale al di fuori delle forme classiche della filosofia occidentale (Gilroy, 2003). Nel momento in cui Mano Brown afferma "preferisco narrare una storia reale", egli rivendica il diritto di narrare la punizione a partire dal vissuto concreto della *favela*, sottoponendo a tensione il monopolio accademico dell'interpretazione del crimine. Si tratta di un esplicito rifiuto delle narrazioni astratte le quali, con il pretesto della neutralità, depoliticizzano la violenza razzializzata del sistema penale.

Il brano evidenzia come la politica criminale brasiliana tratti tuttora il giovane nero di periferia quale nemico e minaccia sociale, dinamica che finisce per legittimare la reclusione, la sorveglianza e la violenza. Secondo Eligio Resta, il Diritto Fraterno si propone di rompere con tale logica dicotomica di "amico e nemico" (Resta, 2020).

Inoltre, la struttura narrativa di *Nego Drama* evidenzia ciò che Stuart Hall identifica quale contesa per la rappresentazione e per l'identità culturale, nell'ambito della quale i soggetti subalternizzati pro-

ducono significati contro-egemonici su se stessi e sull'ordine sociale (HALL, 2006). Il brano articola memoria, denuncia e identità, tramutando l'esperienza della criminalizzazione in linguaggio critico. Pertanto, tale processo si accosta a ciò che Walter Benjamin definisce "spazzolare la storia contropelo", ovverosia narrare a partire dai vinti e non dai vincitori (BENJAMIN, 2012).

Infine, riconoscere *Nego Drama* quale produzione di sapere implica dislocare i confini della stessa criminologia critica, aprendola a forme non accademiche di elaborazione teorica. Il brano rivela come il sapere penale non si esaurisca nei libri, negli articoli o nei tribunali, bensì venga continuamente prodotto nelle periferie, nei corpi segnati dalla punizione e nelle narrazioni che resistono al silenziamento. Pertanto, la musica non si configura quale strumento estetico ausiliario, bensì quale contronarrazione criminologica a pieno titolo, in grado di sottoporre a tensione, integrare e sfidare la produzione accademica del sapere penale latinoamericano.

Riconoscere la musica quale fonte legittima di sapere criminologico implica, necessariamente, problematizzare i criteri istituzionali che stabiliscono ciò che possa o meno essere insegnato, indagato e legittimato all'interno delle facoltà di giurisprudenza. Pertanto, la riflessione attorno a *Nego Drama* conduce direttamente al dibattito concernente la formazione giuridica, il *curriculum* penale e i limiti della criminologia critica quale pratica pedagogica istituzionalizzata.

4. *Formazione giuridica, curriculum e limiti della Criminologia Critica*

"Forse starai pensando / Cosa c'entri tu con tutto ciò?"

L'insegnamento giuridico brasiliano, specialmente nella formazione penale, si struttura storicamente come uno spazio di riproduzione di saperi eurocentrici e razzialmente gerarchizzati. La promessa di neutralità tecnica e scientifica del curriculum giuridico opera come un meccanismo di occultamento delle relazioni di potere che attraversano la produzione della conoscenza, naturalizzando l'assenza di autori, esperienze ed epistemologie nere. Come dimostra Sueli Carneiro, il razzismo non agisce solo sul piano materiale, ma anche come epistemicidio, ossia come negazione sistematica della capacità cognitiva dei soggetti neri, producendoli come "altro" e come "non-essere" nel campo del sapere (CARNEIRO, 2005).

Questa dinamica si manifesta in modo particolarmente intenso nell'insegnamento del diritto penale e della criminologia, dove la selezione del canone teorico privilegia autori europei e latinoamericani

bianchi, anche quando si tratta di orientamenti critici. Ciò che si osserva è il consolidamento di un curriculum che denuncia il punitivismo e la selettività penale, ma raramente mette in discussione i propri presupposti razziali. In tal senso, ciò che Criminologia Critica e Patto Narcisistico definisce "patto narcisistico della bianchezza" aiuta a comprendere come la critica penale possa coesistere con il silenziamento delle esperienze nere, preservando intatto il luogo di enunciazione bianco come misura dell'universale.

I limiti della criminologia critica latinoamericana risultano ancora più evidenti quando analizzati a partire dalla teoria dei sistemi sociali. A partire da Niklas Luhmann, è possibile comprendere l'insegnamento giuridico come un subsistema autopoietico, che seleziona comunicazioni compatibili con i propri codici e respinge irritazioni esterne che ne minaccino la stabilità. Pertanto, anche quando la criminologia critica incorpora discorsi sulla razza, tende a farlo in maniera marginale, senza alterare significativamente le proprie strutture curricolari, i propri metodi di valutazione o i propri riferimenti centrali (LUHMANN, 1993).

Tale autoreferenzialità del sistema giuridico-educativo contribuisce a far sì che l'università si converta, paradossalmente, in uno spazio di produzione di disuguaglianza simbolica. Studi sulla diversità etnico-razziale nell'istruzione superiore dimostrano che l'inclusione di studenti neri non è accompagnata, nella stessa proporzione, dall'inclusione di epistemologie nere, dando luogo a un processo di integrazione asimmetrica. La scuola e l'università, come evidenzia il rapporto *Escola: lugar do desrespeito, intolerância e discriminação*, divengono spazi di riproduzione quotidiana del razzismo, anche attraverso il silenzio curricolare e l'assenza di riconoscimento istituzionale.

La critica al colonialismo giuridico, sviluppata in testi come *Para Além do Colonialismo Jurídico*, evidenzia che il diritto insegnato nelle facoltà continua a operare a partire da una matrice coloniale che definisce quali esperienze siano giuridicamente rilevanti. In tale modello, i vissuti neri con il sistema penale appaiono, al massimo, come oggetto empirico di analisi, e non come fonte legittima di elaborazione teorica o normativa. Tale logica rafforza la separazione tra chi "subisce" il diritto penale e chi è autorizzato a spiegarlo, insegnarlo e sistematizzarlo.

I contributi della teoria critica razziale nordamericana aiutano a illuminare questo processo. Kimberlé Crenshaw, nel formulare il concetto di intersezionalità, dimostra che strutture giuridiche apparentemente neutre producono esclusioni specifiche quando ignorano l'articolazione tra razza, classe e genere (CRENSHAW, 1989). In un testo classico, l'autrice afferma che "le esperienze delle donne nere non posso-

no essere comprese a partire da un unico asse di analisi", avvertenza che può essere estesa all'insegnamento giuridico, la cui astrazione universalistica tende a cancellare i soggetti concreti.

Il superamento di tali limiti esige una profonda svolta pedagogica. Paulo Freire sostiene che "non vi è un insegnamento neutrale" e che ogni pratica educativa implica una presa di posizione etica e politica (Freire, 1996). Allo stesso modo, Nilma Lino Gomes dimostra che il Movimento Nero agisce come educatore collettivo, producendo saperi che sottopongono a tensione il curriculum ufficiale ed esigono la revisione dei contenuti, dei metodi e degli obiettivi della formazione giuridica. Pluralizzare epistemologicamente l'insegnamento penale non significa solamente aggiungere nuovi autori, bensì riconoscere altri luoghi di produzione della conoscenza.

In tal senso, la domanda provocatoria della canzone "che cosa hai a che fare con questo?" si rivolge direttamente alle istituzioni formatrici del diritto e alla criminologia critica che in esse viene insegnata. Riconoscere Nego Drama quale contronarrazione criminologica implica ammettere che l'insegnamento giuridico partecipi attivamente alla produzione dei silenzi che strutturano il sistema penale. La pluralizzazione epistemologica, pertanto, non è un gesto opzionale o identitario, bensì una condizione affinché la criminologia latinoamericana possa, effettivamente, mantenere la propria promessa critica e affrontare il razzismo strutturale che attraversa il diritto penale sin dalla sua formazione.

Le implicazioni di tale critica oltrepassano il piano teorico e raggiungono il futuro stesso della criminologia latinoamericana. Nell'articolare sapere accademico, narrazione ed esperienza vissuta della punizione, l'articolo indica la necessità di ripensare i fondamenti epistemici del campo, compito che sarà ripreso in forma integrata nelle considerazioni finali.

Considerazioni finali

"Io non ho letto, non ho guardato / Io vivo il negro drama"

La traiettoria argomentativa sviluppata nel corso di questo articolo è partita dall'analisi della formazione della criminologia latinoamericana e dei suoi impegni critici originari, passando per l'identificazione dei suoi limiti epistemici, specialmente per quanto attiene alla cancellazione razziale e al silenziamento delle esperienze nere della punizione. Si è dimostrato che, sebbene la criminologia critica abbia svolto un ruolo fondamentale nella denuncia della selettività penale, della violenza istituzionale e dell'incarcerazione di massa, la sua istituziona-

lizzazione accademica ha finito per riprodurre un canone teorico ristretto, segnato da un universalismo astratto e da un'eccessiva centralità della critica di classe, a scapito dell'analisi strutturale del razzismo che organizza il sistema penale nelle società latinoamericane.

In tale contesto, la critica al razzismo epistemico si è rivelata l'asse trasversale del lavoro. Si è evidenziato che il sapere penale accademico non solo descrive la realtà punitiva, ma partecipa attivamente alla produzione di silenzi, definendo chi possa narrare la punizione, quali esperienze siano considerate cognitivamente rilevanti e quali permangano relegate alla condizione di oggetto empirico o di rumore teorico. L'analisi dell'insegnamento giuridico e del curriculum penale ha dimostrato che la formazione accademica in diritto contribuisce alla riproduzione di tali gerarchie epistemiche, privilegiando determinati autori, linguaggi e metodi, mentre al contempo marginalizza epistemologie nere, saperi prodotti al di fuori dell'università e narrazioni radicate nell'esperienza vissuta della criminalizzazione.

È in questo punto che il brano *Nego Drama* si afferma quale chiave ermeneutica centrale dell'articolo. Al contrario di una lettura meramente illustrativa o culturalista, la musica è stata trattata quale contro-narrazione criminologica e contro-archivio della politica criminale, in grado di produrre sapere su punizione, controllo penale e violenza razzializzata a partire da un luogo di enunciazione storicamente escluso dal campo accademico. Quando afferma "Io non ho letto, non ho guardato / Io vivo il *negro drama*", il brano sottopone direttamente a tensione il monopolio universitario della produzione del sapere, rivelando che la comprensione della punizione non si esaurisce nei libri, nei rapporti o nelle statistiche, bensì viene continuamente elaborata nei corpi, nei territori e nelle traiettorie segnati dall'esperienza concreta del sistema penale.

La Metateoria del Diritto Fraterno aiuta ad approfondire tale discussione mettendo in discussione i modelli giuridici basati sull'esclusione e sulla divisione tra "inclusi" ed "esclusi". Secondo Eligio Resta, il diritto deve riconoscere l'altro quale soggetto di dignità, e non soltanto quale oggetto di controllo. In tal senso, il razzismo epistemico non è meramente una falla accademica, bensì una forma di negazione del riconoscimento alle esperienze nere. Il silenzio su tali esperienze mostra chi possa o meno essere riconosciuto quale soggetto legittimo nella produzione della conoscenza. Per tale motivo, introdurre narrazioni come *Nego Drama* nella criminologia non significa soltanto ampliare le fonti di ricerca. È altresì riconoscere quali legittimi i saperi prodotti a partire dall'esperienza reale dell'esclusione e della violenza.

In tale contesto, la metateoria del Diritto Fraterno aiuta a ripensa-

re la criminologia a partire dalla fraternità e dal riconoscimento dell'altro, rompendo con la logica di "amico e nemico" presente nel sistema penale. La musica *Nego Drama* mostra proprio la mancanza di tale fraternità in Brasile. La canzone rivela una realtà segnata dall'esclusione, dalla violenza razziale e dalla naturalizzazione della morte di giovani neri di periferia. Nel trasformare tale esperienza in narrazione, la musica diviene altresì una forma di resistenza e di produzione di conoscenza.

Il principale contributo teorico di questo articolo risiede, pertanto, nell'articolazione tra criminologia critica, critica epistemica, produzione culturale nera e Metateoria del Diritto Fraterno, dimostrando che la musica può operare come fonte legittima di conoscenza criminologica. Nel far ciò, il lavoro propone un ampliamento delle frontiere del campo, senza abdicare al rigore teorico, ma mettendo in discussione i criteri tradizionali di legittimità del sapere penale. La pluralizzazione delle fonti di conoscenza criminologica non implica relativismo o abbandono della critica strutturale, ma, al contrario, il suo approfondimento, incorporando esperienze storicamente silenziate come parte costitutiva dell'analisi.

Infine, si indicano alcuni percorsi per una criminologia antirazzista e plurale. Tra questi, spiccano: (i) la revisione critica del canone criminologico insegnato nelle facoltà di giurisprudenza; (ii) l'incorporazione sistematica di epistemologie nere, femministe e decoloniali nella formazione penale; (iii) il riconoscimento di produzioni culturali, artistiche e narrazioni periferiche quali forme legittime di elaborazione teorica; (iv) l'impegno istituzionale del campo criminologico nei confronti della realtà vissuta della punizione, specialmente da parte di coloro che storicamente ne sono stati i principali bersagli; e (v) il riorientamento del sapere giuridico a partire dall'alterità, come propone il Diritto Fraterno, in modo da trasformare non soltanto i contenuti della conoscenza, ma le stesse condizioni della sua produzione.

Soltanto a partire da tale inflessione epistemica sarà possibile che la criminologia latinoamericana mantenga, in modo più consistente, la propria promessa critica e si ponga all'altezza delle sfide imposte dal razzismo strutturale che attraversa il sistema penale contemporaneo.

Riferimenti bibliografici

Almeida, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

Aniyar De Castro, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ARNAUD, André-Jean; BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 8. ed. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2012. (Obras escolhidas, v. 1).

CARNEIRO, Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, USP.

COLLINS, Patricia Hill. *Intersectionality as critical social theory*. Durham: Duke University Press, 2019.

CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, v. 1989, n. 1, p. 139-167, 1989.

DERRIDA, Jacques. *Mal de arquivo: uma impressão freudiana*. Tradução de Cláudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

FERRELL, JEFF; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. *Cultural criminology: an invitation*. London: Sage, 2008.

FOUCALT, Michel. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

GILROY, Paul. *O Atlântico negro: modernidade e dupla consciência*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Editora 34, 2003.

GÓES, Luciano. *Despacho de cargas criminológicas: racismo estrutural e seletividade penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2021.

HALL, Stuart et al. *Policing the crisis: mugging, the state, and law and order*. London: Macmillan, 1978.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HOOKS, bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 15, n. 42, p. 117-142, 2000.

PUCHTA, Gerog. *Cursus der Institutionen.* Breitkopf und Hartel, Leipzig, 1881, vol. I.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno.* 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo*, 2020.*

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Can the subaltern speak? In: NELSON, Cary; GROSSBERG, Lawrence (org.). *Marxism and the interpretation of culture*. Urbana: University of Illinois Press, 1988. p. 271-313.

TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silencing the past: power and the production of history*. Boston: Beacon Press, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

SAGGI

Federica Barbieri

La responsabilità disciplinare del magistrato civile ai tempi dell'(uso distorto dell') intelligenza artificiale

Abstract

Il contributo si interroga sulla configurabilità della responsabilità disciplinare del magistrato che, nell'àmbito del processo civile, si avvalga in modo distorto di sistemi di intelligenza artificiale. Attraverso il prisma delle fattispecie tipizzate dal d.lgs. 109/2006, l'analisi mostra come, sebbene molte condotte siano astrattamente riconducibili al quadro normativo vigente, permangano zone d'ombra che impongono una riflessione sulla necessità di integrazioni regolamentari specifiche.

This article examines whether a judge who, in the context of civil proceedings, makes improper use of artificial intelligence systems can be held disciplinarily liable. Through the lens of the specific cases outlined in Legislative Decree 109/2006, the analysis shows that, although many types of conduct can in theory be classified under the current regulatory framework, gray areas remain that call for reflection on the need for specific regulatory amendments.

Parole chiave: magistrato, responsabilità disciplinare, illeciti disciplinari, processo civile, intelligenza artificiale
Key words: judge, disciplinary liability, disciplinary offenses, civil proceedings, artificial intelligence

Sommario: 1. Introduzione e piano dell'indagine. – 2. Il sistema della responsabilità disciplinare dei magistrati: dall'assenza di tipizzazione degli illeciti nel «primo» Ordinamento giudiziario del 1865… – 3. (*segue*) …alla tipizzazione «tendenzialmente rigida» ad opera del d.lgs. 109/2006. – 4. Uso improprio dell'intelligenza artificiale da parte del giudice: è un illecito disciplinare? – 5. Risultati raggiunti e rinvio. – 6. Considerazioni conclusive: dalla tipizzazione alla (necessità di) integrazione.

1. *Introduzione e piano dell'indagine*

Secondo una concezione che affonda le sue origini nella tradizione, la figura del giudice si presenta come fortemente personalizzata perché – diversamente dagli altri funzionari pubblici[1] – la sua funzio-

[1] Sull'assimilazione del giudice a un pubblico funzionario, la letteratura è ampia. V., tra gli altri, F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario,* Torino, 2024, 304.

ne si declina in una manifestazione di giudizio, il che impegna direttamente la sua capacità, la sua probità, la sua autorevolezza[2].

Non è un caso, infatti, che il magistrato, differentemente da ciò che accade con gli altri dipendenti dello Stato, allorquando non riesce a persuadere con le sue decisioni, ingenera immediate reazioni nella pubblica opinione, reazioni che sovente rivendicano la necessità che colui che esercita lo *ius dicere* risponda personalmente del suo (scorretto) operato[3].

Il problema della responsabilità del giudice si è andato, col tempo, accrescendo, man mano che si è acquisita la consapevolezza della trasformazione del ruolo del magistrato, passato da meccanico applicatore del diritto a compartecipe creatore della norma[4].

Senonché, proprio in tale contesto, si inseriscono le differenti forme di responsabilità giuridica, tutte accomunate dall'esigenza di operare un accurato bilanciamento con le garanzie costituzionali della magistratura, tra cui, più in particolare, quella di indipendenza[5]. Da un lato, dunque, si rinviene la responsabilità rivolta verso le parti del processo, che lamentano una lesione di una situazione giuridica soggettiva di fronte a un provvedimento illegittimo adottato dal magistrato; dall'altro, quelle rivolte verso lo Stato, e, quindi, verso l'interesse generale di cui lo stesso è portatore, nelle tre varianti della responsabilità penale, contabile e disciplinare[6].

Ed è di quest'ultima che la trattazione intende occuparsi, con una lente d'indagine che, come si dirà meglio di seguito, mette insieme i profili più tradizionali della materia con l'«innovazione» e, segnatamente, con l'opportunità di ripensare il sistema della responsabilità disciplinare del magistrato, delineato dal d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, alla luce dei più recenti interventi normativi in materia di intelli-

[2] Così, quasi testualmente, V. Caianiello, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati,* in *Foro it.,* 1984, V, 353.

[3] Id., *ivi,* 353.

[4] In argomento v. l'opera di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; N. Lipari, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto,* in *Riv. trim.*, 2009, 479; L. Salvato, *Due interrogativi sulla relazione tra etica, deontologia professionale e responsabilità disciplinare dei magistrati,* in *Giust. insieme,* 19 gennaio 2021.

[5] In argomento, v. Corte Cost., 11 marzo 1968, n. 2, in *www.cortecostituzionale.it.*

[6] F. Dal Canto, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista,* in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* 3 novembre 2007, 3.

genza artificiale, o quantomeno di crearne un «collegamento», che, *de iure condito,* sembrerebbe non esserci.

In via del tutto preliminare, e prima di lasciare spazio al cuore dell'analisi, pare utile intendersi proprio sull'obiettivo del sistema della responsabilità disciplinare, onde definire al meglio il piano dell'indagine che s'intende sviluppare.

Ebbene, il suddetto sistema, nel bilanciare le poc'anzi citate garanzie costituzionali della magistratura con l'esigenza di istituire un controllo sulla deontologia del giudice (*rectius,* sulla conformità dell'attività funzionale e extrafunzionale del magistrato allo *status* che questi acquista al momento della nomina[7]), risponde al bisogno ineludibile dello Stato di assicurare il prestigio e l'autorevolezza della funzione giurisdizionale[8], ovverosia alla necessità che le condotte dei soggetti che esercitano lo *ius dicere* siano immuni da inescusabili negligenze, scarso impegno, strumentalizzazione e, più in generale, carenza di professionalità[9].

[7] Id., *ivi,* 4.

[8] Il riferimento è, in particolare, al d. lgs. 109/2006, con cui, come si dirà più avanti, è stato rivisitato il sistema della responsabilità disciplinare dei magistrati, che, sino a quel momento, poggiava sulla Legge sulle guarentigie della magistratura del 1946.

Sulla strumentalità della responsabilità del magistrato rispetto all'esigenza di assicurare il corretto svolgimento della funzione giudiziaria, aspetto fondamentale dello stato di diritto, v. in particolare: G. Conso, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in *Quad. cost.*, 1981, 600 ss.; M. Ramat, *«Per amor di toga». Disciplina, costume e libertà del magistrato*, in *Dem. dir.*, 1981, 101; Giuliani A., Picardi N., *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, 183; e, più di recente: A. D'Aloia, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale* (Atti del XIX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004), Padova, 2008, 325.

[9] Così, quasi testualmente, G. Ciani, *Responsabilità civile e responsabilità disciplinare,* in *Foro it.,* 2015, V, 334.

Sulla responsabilità disciplinare dei magistrati la letteratura è molto vasta. V., *ex aliis,* S. Mallardo, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: una questione ancora aperta,* in *Federalismi.it*, 3 giugno 2026; F. Biondi, *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi,* in F. Grandi (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Atti del seminario attuale 23 ottobre 2020*, Napoli, 2021; L. Salvato, *Due interrogativi sulla relazione tra etica, deontologia professionale e responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari*, in *Giust. insieme,* 19 gennaio 2021; G. Campanelli, *Responsabilità disciplinare,* in A. Iacoboni, G. Grasso, M. Converso (a cura di), *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Piacenza, 2020, 1009; D. Cavallini, *La responsabilità disciplinare dei magistrati,* in G. Di Federico (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*, Bologna, 2019, 380; L. Longhi, *Studio sulla respon-*

In altre parole, la responsabilità disciplinare dei giudici rappresenta un requisito coessenziale all'indipendenza della magistratura, nella ricerca di un punto di equilibrio tra garanzia della funzione e garanzia del servizio reso[10]. Del resto, i confini con cui è stata costruita la responsabilità civile – confini pensati per evitare azioni intimorenti nei confronti dei magistrati[11] – conducono inevitabilmente a va-

sabilità disciplinare dei magistrati, Napoli, 2017; E. Ficociello, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, *in Iusinitinere.it*, 2017; M. Fresa, V. Tenore, *La responsabilità disciplinare,* in V. Tenore (a cura di), *Il magistrato e le sue quattro responsabilità,* Giuffrè, 2016, 348; S. Di Amato, *La responsabilità disciplinare dei magistrati,* Milano, 2013; P. Fimiani, M. Fresa, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013; F. Biondi *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato,* in N. Zanon, G. Di Renzo Villata, F. Biondi (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini*, Milano, 2012, 107; D. Cavallini, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011; G. Di Federico, Judicial Accountability and Conduct: an Overview, in A. Seibert-Fohr (ed.), Judicial Independence in Transition*,* Berlino, 2011; M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali,* Milano, 2010. Tra la dottrina più risalente, v. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati,* Milano, 1987; M. Devoto, *Giudizio disciplinare e indipendenza dei magistrati*, *in Giur. it.*, 1972, 16. Più in generale, sulla tematica della responsabilità del giudice, tra i contributi più risalenti, v. G. Giacobbe, *Indipendenza e responsabilità del giudice*, in *La magistratura*, 1972; A. M Sandulli, *Atti del giudice e responsabilità civile*, in *Dir. soc.*, 1974, 481 ss.; A. Di Giovine, *Il giudice fra indipendenza e responsabilità*, in *Quale giustizia*, 1977, 750 ss.; L. P. Comoglio, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, *in Riv. dir. proc.*, 1977, 14; L. Daga, *Responsabilità del giudice: prospettive di una riforma*, in *Dir. soc.*, 1978, 587; F. Lunari, *Appunti per uno studio sulla responsabilità del giudice per colpa*, in *Riv. trim.*, 1977, 1716; A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano*, in *Giur. it.*, 1979, 97 ss.; A. Catelani, *La responsabilità del pubblico ministero*, in *Giust. pen*., 1980, III, 534; E. Fassone, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, *in Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 3; F. Carpi, *Responsabilità del giudice e pubblicità processuale*, in *Riv. trim.,* 1980, 1484; G. Zagrebelesky, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, 780; M. Cappelletti, *Giudici irresponsabili?, Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, 1988, 86; Ma v. anche, tra le opere più recenti: A. Pace, *La responsabilità dei magistrati*, in *Riv. AIC*, 2012; N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.,* 2007, 283; F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale,* Milano, 2006.

[10] G. Ciani, *Responsabilità,* cit., 333; D. Cavallini, *Gli illeciti*, cit., 1 ss. Ma v. pure G. Di Federico, *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in *Quest. giust. online*, 22 settembre 2021, § 1.

[11] Sul tema da ultimo v. S. Mazzamuto, *La responsabilità civile dei magistrati,* in

lorizzare proprio il sistema della responsabilità disciplinare[12], la quale, «come tutte le forme di responsabilità riconducibili a un diritto sanzionatorio, non può non essere personale e diretta[13]».

L'impianto della responsabilità disciplinare del giudice è stato eretto con l'intento di «configurare l'illecito disciplinare dei magistrati come lesivo esclusivamente dell'interesse pubblico alla credibilità dell'ordine giudiziario[14]». Ed è proprio da tale assunto che muove la presente trattazione, che si propone, nel complesso, di verificare come la suddetta credibilità possa essere lesa da un impiego distorto delle nuove tecnologie da parte del magistrato, in un momento storico in cui l'utilizzo dell'intelligenza artificiale (d'ora in poi I.A.) rappresenta una trasformazione profonda sul piano tecnico, istituzionale e teorico[15], con particolare riguardo al rapporto tra i diversi poteri e i cittadini[16].

Detto in altri termini, la domanda che ha sollecitato il presente contributo è la seguente: la condotta di un magistrato che abbia utilizzato in modo improprio l'I.A. è sanzionabile sotto il profilo disciplinare?

Si tratta evidentemente di una questione, peraltro indagata da più parti negli ultimi tempi[17], che non rinviene una soluzione precipua

Europa dir. priv., 2025, 415; A. Lamorgese, *Responsabilità del magistrato,* voce dell'*Enc. dir.*, Milano, VII, 2024, 1219.

[12] C. Castelli, *Il sistema disciplinare dei magistrati: una cosa seria,* in *Costituzionalismo.it,* 2022.

[13] Così, testualmente, G. Ciani, *Responsabilità,* cit., 333.

[14] In tal senso, CSM, sez. disc., 13 luglio 2004, n. 67, in *www.csm.it.*

[15] Basti pensare che la Commissione europea ha definito, con il pacchetto *Digital Justice* 2030 la nuova strategia di formazione giudiziaria 2025-2030, indicando la digitalizzazione e l'adozione dell'intelligenza artificiale come condizioni indispensabili per un sistema giudiziario efficiente, accessibile e resiliente. V. sul tema D. Miele, *Digitalizzazione della giustizia, intelligenza artificiale e autogoverno. Il ruolo del Csm,* in *Quest. giust. online,* 22 maggio 2026.

[16] M Palmirani, *L'IA nella giustizia: un bilanciamento possibile fra innovazione e democrazia,* in *Quest. giust. online,* 20 maggio 2026, § 1.

[17] V. a tal proposito R. Sanlorenzo, *La responsabilità disciplinare del magistrato in caso di indebito ricorso all'intelligenza artificiale*, in *Quest. giust. online*, 21 maggio 2026. Si segnala pure l'interrogazione presentata in Parlamento il 28 ottobre 2025 con cui è stato richiesto al Ministro della Giustizia di sapere se intendesse avviare un'azione disciplinare avverso i magistrati che avevano fatto utilizzo dell'intelligenza artificiale e, dunque, si erano serviti di *software* generativi o di algoritmi predittivi (Chatbot, Copilot, Gemini, Perplexity) per scrivere le sentenze. L'interrogazione nasce da una vicenda ben precisa: la Cassazione aveva annullato con rinvio una pronuncia della Corte d'appello di Torino in un procedimento riguardante una donna accusata di evasione fiscale, dal momento che il collegio di merito aveva «fatto riferimento a prin-

neppure nell'ultimo intervento normativo in materia di I.A.[18], il quale, sebbene presenti il merito di aver fornito – seppure con i limiti che verranno illustrati più avanti – una disciplina a un fenomeno sinora «ingovernato»[19], non permette di comprendere appieno quali siano le conseguenze derivanti da un impiego improprio delle nuove tecnologie da parte dei magistrati.

Orbene, la soluzione dell'interrogativo impone l'esigenza di analizzare, premessa ogni altra considerazione, il sistema normativo che governa la responsabilità disciplinare dei magistrati, onde metterlo in relazione con il più recente intervento legislativo in materia di I.A.[20].

2. *Il sistema della responsabilità disciplinare dei magistrati: dall'assenza di tipizzazione degli illeciti nel «primo» Ordinamento giudiziario del 1865…*

Con la semplificazione qui imposta dalla sintesi, alcuni passaggi evolutivi meritano evidenza, al fine di definire il quesito da cui si è partiti.

Prendendo le mosse dall'ordinamento giudiziario del 1865, può osservarsi che, secondo il disposto dell'allora vigente art. 213[21], «il giudice che non osserva il segreto delle deliberazioni o compromette in qualunque modo la sua dignità e la considerazione dell'ordine a cui appartiene, ovvero altrimenti contravviene ai doveri del suo ufficio, è soggetto a provvedimenti disciplinari».

La previsione normativa, che tratteggiava in modo elastico e generico l'illecito disciplinare del giudice[22], riservava ai superiori gerarchi-

cipi di legittimità non affermati o a sentenze di questa Corte di cassazione inesatte nel numero riportato» (Cass. pen., 21 maggio 2025, n. 25455, *Foroplus*).

[18] Il riferimento è alla L. 23 settembre 2025, n. 132, su cui si tornerà *amplius* in seguito.

[19] Prima dell'intervento nazionale, si segnalano: la Carta Etica europea sull'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale nei sistemi giudiziari introdotta nel dicembre 2018 dalla CEPEJ e il successivo Regolamento UE del 12 luglio 2024, n. 1689 (cd. *AI act*).

[20] Nel contributo non verranno, dunque, attenzionati i profili procedimentali del sistema di responsabilità disciplinare dei magistrati, ma solo quelli sostanziali necessari alla definizione dell'interrogativo posto.

[21] Il riferimento è al primo testo legislativo italiano denominato «ordinamento giudiziario», adottato con r.d. 6 dicembre 1865, n. 2629.

[22] Secondo A. Giuliani, N. Picardi, *I modelli storici della responsabilità del giudice,* in *Foro it.*, 1978, V, 9 ss., la previsione di formulazioni elastiche era di stampo napoleonico.

ci (*i.e.* alla Corte di Cassazione e al Ministro Guardasigilli) il potere discrezionale di addebitare il provvedimento disciplinare al magistrato[23]; il tutto all'interno di una cornice procedimentale che forniva poche tutele al destinatario del suddetto provvedimento[24].

La disciplina subì, però, un'inversione di rotta – più apparente, che reale, a dire il vero – con il «pacchetto di leggi Orlando[25]», le quali, nel mitigare la concezione burocratica della magistratura, gettarono di fatto le basi per un rinnovamento del meccanismo disciplinare, e ciò, perlopiù, per le rivendicazioni di indipendenza che i giudici manifestarono.

Da qui, l'introduzione di un sistema fondato sulla tipizzazione degli illeciti, che, però, prevedendo una clausola di chiusura dai contorni assai generici[26], finiva per non apportare significative variazioni al modello normativo previgente.

Neppure l'ordinamento Grandi[27] fornì innovazioni rilevanti alla materia, che, al contrario, in linea di continuità col passato, si fondò sul rafforzamento dei poteri disciplinari del Ministro della giustizia nei confronti di tutti i magistrati, giudicanti e requirenti[28].

Il tema della responsabilità disciplinare venne poi ripreso dal legislatore con la L. sulle guarentigie della magistratura (r.d. lgs. 31 maggio 1946, n. 511), che, con la previsione contenuta nell'art. 18 (rimasta in vigore, seppure con i dovuti adattamenti alla Costituzione repubblicana, sino al 2006), individuò in termini, ancora molto vaghi, l'area dei comportamenti disciplinari rilevanti, continuando a basare la responsabilità disciplinare del giudice sulla c.d. atipicità dell'illecito[29].

Il sistema presentava diversi limiti strettamente connessi proprio alla genericità del dettato normativo[30], secondo cui «è soggetto a sanzione disciplinare il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in

[23] F. Dal Canto, *La responsabilità*, cit., 7.

[24] Basti pensare, infatti, che il procedimento era caratterizzato dal difetto di un'istruttoria preventiva, dalla non pubblicità delle udienze e dall'impossibilità dell'intervento di un difensore.

[25] Il riferimento è alla L. 14 luglio 1907, n. 511 e alla L. 24 luglio 1908, n. 438.

[26] «Il magistrato deve tenere, in ufficio e fuori, una condotta tale da non renderlo immeritevole della fiducia e considerazione di cui deve godere e da non compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario». La previsione era contenuta nell'art. 12 della L. 438/1908. Sul punto v. F. Dal Canto, *La responsabilità*, cit., 7.

[27] R.D. 30 gennaio 1941, n. 12.

[28] F. Dal Canto, *La responsabilità*, cit., 9.

[29] D. Cavallini, *Gli illeciti,* cit., 30.

[30] G. Ferri, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra «vecchio» e «nuovo» ordinamento giudiziario,* in *Riv. AIC*, 2017, 33.

ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario».

Da un punto di vista sostanziale, il meccanismo, invero, «conduceva a giudicare i comportamenti non tanto in sé e per sé, quanto per il clamore che, di fatto, avevano avuto nella opinione pubblica[31]»; con la conseguenza, certamente poco garantista, «che lo stesso comportamento poteva essere giudicato diversamente a seconda che fosse risultato conosciuto anche al di fuori dell'ordine giudiziario oppure fosse rimasto al suo interno[32]».

Sotto un profilo funzionale, poi, l'organo disciplinare – la sezione disciplinare del CSM – finiva per rivestire, allo stesso tempo, il duplice ruolo di legislatore e giudice[33].

Nonostante la previsione normativa contenuta nell'art. 18 fosse stata «salvata» anche dalla Consulta, che non ne ravvisò l'incostituzionalità[34], e sebbene neppure all'interno dei lavori dell'Assemblea costituente fosse stata dedicata una precipua attenzione alla tematica della responsabilità disciplinare[35], la necessità della tipicità dell'illecito disciplinare dei magistrati venne avanzata con sempre più vigore, visto che si rivelava consustanziale all'occorrenza che un giudice conoscesse (*ex ante*) quali fossero i confini esatti della sua attività[36].

In altre parole, si avvertì sempre più il bisogno di «codificare» gli illeciti disciplinari dei magistrati, al fine di aumentare la trasparenza e

[31] R. Romboli, *La responsabilità disciplinare del magistrato nel quadro dei principi e dei valori costituzionali*, in *www.scuolamagistratura.it.*

[32] Id., *ibidem.*

[33] In argomento v., *ex aliis*, G. Di Federico (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario,* Padova, 2004, 168; V. Mele, *La responsabilità*, cit., 55; G. Zagrebelesky, *La responsabilità,* cit., 439

[34] Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 100, in *Foro it.,* 1981, I, 2360, con nota di S. Cantisani, *Il «buon giudice» ed i suoi censori.* La Consulta, investita sulla compatibilità dell'art. 18 con il principio di legalità, sul presupposto che tale principio potesse essere attuato non solo con la rigorosa descrizione di una fattispecie, quanto pure con «l'uso di espressioni sufficienti a individuare il precetto e a giudicare se una determinata condotta l'abbia o meno violato», salvò la prescrizione normativa.

[35] F. Dal Canto, *La responsabilità,* cit., 10. Nella Cost. la responsabilità disciplinare non viene però del tutto ignorata: si consideri, infatti, che il concreto funzionamento del sistema della giustizia disciplinare è affidato al CSM (art. 105 Cost.) e al Ministero della giustizia è conferita la facoltà di promuovere l'azione disciplinare (art. 107, co. 2, Cost.).

[36] P. Casadei Monti, *La responsabilità dei giudici,* in *Giur. cost.*, 1970, 31; D. Cavallini, *Gli illeciti,* cit.,

la certezza del potere disciplinare, *in primis*, e di assicurare, così, di conseguenza, l'indipendenza della magistratura[37].

E, invero, la tipizzazione dell'illecito disciplinare fu alla base di quasi tutte le iniziative di riforma in materia di responsabilità disciplinare[38], iniziative poi acutizzate da un intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con provvedimento del 2 agosto del 2001, condannò l'Italia per una sentenza pronunciata dalla Sezione disciplinare ad un magistrato a causa della sua partecipazione ad una associazione di tipo massonico, pur non essendo previsto che la massoneria costituiva un illecito disciplinare[39]. Le sole divisioni che si registrarono in ordine alla riforma della materia riguardarono le modalità attraverso cui giungere alla tipizzazione[40]: a chi propendeva per una tipizzazione rigida[41], si contrappose la posizione di coloro che, invece, erano favorevoli a una tipizzazione media[42] (caratterizzata dalla individuazione di ampie categorie di illecito[43]), o a una tendenziale[44] (contraddistinta dalla codificazione di un sistema di doveri del magistrato, seguita da un elenco limitato di ipotesi tipiche di violazione[45]).

3. (*segue*) *…alla tipizzazione tendenziale ad opera del d.lgs. 109/2006*

Si inserisce in questo scenario la riforma attuata con il d.lgs. 109/2006, il quale, nel complesso, si propone l'obiettivo di superare il quadro di incertezze che la normativa sulla responsabilità disciplinare aveva cagionato[46].

[37] S. Erbani, *Gli illeciti disciplinari,* in D. Carcano, (a cura di) *Il nuovo ordinamento giudiziario,* Milano, 2006, 299.

[38] V. in tal senso D. Cavallini, *Gli illeciti,* cit., 43, che riporta due iniziative di riforma: il d.d.l. 29 gennaio 1988, n. 2268 (che, tra le altre cose, suggeriva di specificare le infrazioni disciplinari) e il d.d.l. 11 settembre 1996, n. 1247 (che codificava gli illeciti, eliminando qualsiasi clausola di chiusura che potesse attenuare lo scopo della tipizzazione).

[39] Corte Edu, 2 agosto 2001, in *G. dir.*, 2001, 114.

[40] F. Dal Canto, *La responsabilità,* cit., 14.

[41] V. S. Senese, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in F. Dal Canto e R. Romboli (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino 2004, 15.

[42] G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale italiano*, Torino, 1997, 212.

[43] F. Dal Canto, *La responsabilità*, cit., 12.

[44] N. Rossi, *Il potere disciplinare*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura*, Torino, 2001, 69.

[45] F. Dal Canto, *La responsabilità*, cit., 12.

[46] G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense,* Milano, 2007, 154; S. De Nardi, *Finalmente illeciti disciplinari codificati,* in *G. dir.*, 2005, 103.

La riforma porta avanti un'opera di tipizzazione tendenzialmente rigida degli illeciti[47]: all'enunciazione dei doveri cui ciascun magistrato deve attenersi, segue, invero, la previsione di un lungo elenco di condotte illecite tipiche, con la particolarità, però, che tali condotte vengono raggruppate non in ragione della loro attinenza a uno specifico dovere di riferimento, ma solo con riguardo all'àmbito in cui le stesse vengono realizzate[48].

In altre parole, in luogo dell'art. 18 della L. sulle guarentigie, viene introdotto un elenco dettagliato (che ha subìto qualche modifica con L. 24 ottobre 2006, n. 269) dei comportamenti punibili, che vengono sganciati dai vaghi concetti di «fiducia», «considerazione» e «prestigio della magistratura», i quali, invece, avevano contraddistinto, come si è visto, la legislazione previgente[49].

La norma di apertura precisa quali sono i principi o doveri deontologici del magistrato, stabilendo che questi «esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni».

Segue, immediatamente, una elencazione degli illeciti, i quali vengono distinti, come già accennato, in base al contesto in cui si verificano: «illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni» (art. 2); «illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni» (art. 3); «illeciti disciplinari conseguenti a reato» (art. 4).

I profili sostanziali della disciplina si completano, poi, con l'indicazione delle sanzioni, che risultano elencate in ordine ascendente di gravità, dalla meno grave – l'ammonimento[50] – alla più grave – la rimozione[51].

Non è questa la sede per svolgere un'indagine analitica dei singoli illeciti, ma, coerentemente con l'oggetto della trattazione, si vuole piuttosto verificare se il catalogo di illeciti fornito dal legislatore sia esaustivo, o se esso si presti comunque ad una «integrazione», perlo-

[47] F. Dal Canto, *La responsabilità*, cit., 15.

[48] Id., *ibidem.*

[49] D. Cavallini, *Gli illeciti,* cit., 49.

[50] L'ammonimento, ai sensi dell'art. 6, d.lgs. 109/2006, è un «richiamo espresso nel dispositivo della decisione disciplinare, all'osservanza, da parte del magistrato, dei suoi doveri, in rapporto all'illecito commesso».

[51] La rimozione, ai sensi dell'art. 11, d.lgs. 109/2006, «determina la cessazione del rapporto di servizio e viene attuata mediante decreto del Presidente della Repubblica».

più dovuta al possibile rilievo disciplinare di condotte giudiziarie che rinvengono la linfa vitale nella «cronaca dei nostri giorni»[52].

Evidentemente, l'*intentio legis* del poc'anzi citato d.lgs. era proprio quella di predisporre un elenco per quanto possibile completo[53], tant'è vero che si ritiene, tra l'altro, che non sussistano ragioni per escludere che la normativa si estenda a tutti i magistrati, sia giudicanti che requirenti[54]. Tuttavia, non può omettersi di rilevare che l'esigenza di tipizzazione – ovverosia della sussunzione in una norma di legge di un comportamento astrattamente ipotizzato – può dirsi soddisfatta solo al cospetto di una previsione normativa che individui in modo chiaro e stringente il comportamento da considerare illecito, dal momento che la fattispecie incriminatrice, anche in sede disciplinare, dovrebbe rispondere ai requisiti di sufficiente chiarezza e precisione[55]. Tenendo conto di tale ultima osservazione, non si può evitare di evidenziare come, in concreto, e considerando proprio il tenore letterale (sovente generico o comunque ampio) delle formulazioni normative adottate dalla riforma del 2006[56], non ci troviamo di fronte a un sistema di illeciti interamente «chiuso»: il principio di tassatività in materia di illeciti disciplinari non impedisce, invero, l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica di norme diverse da quelle incriminatrici[57].

Con ciò – si badi – non s'intende sostenere che l'impianto costruito dalla novella del 2006 e tuttora vigente lasci spazio per ipotizzare condotte illecite «atipiche»[58]; ma si vuole, piuttosto, rilevare che la genericità del dettato normativo è mitigata dalla previsione contenuta nell'art. 1 sopra richiamato[59] e, dunque, dalla necessità che le condot-

[52] Il riferimento è, come preannunciato in partenza, ai possibili risvolti disciplinari della condotta di un magistrato che abusi dell'I.A. nel processo civile.

[53] F. Dal Canto, *La responsabilità,* cit., 16.

[54] Id., *ivi,* 288.

[55] Quasi testualmente L. D'Ancona, *Nuove ipotesi di illecito disciplinare,* in *Quest. giust. online,* 27 luglio 2020, § 1.

[56] Tra le altre, basti considerare le seguenti formulazioni contenute nell'art. 2: lett. d) «i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori; lett. e) «l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato»; lett. o) «l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti»;

[57] S. Vitello, *Il quadro degli illeciti disciplinari tra tipizzazione e assenza di clausole di chiusura*, in *www.scuolamagistratura.it*.

[58] V. L. D'Ancona, *Nuove,* cit., § 2.

[59] S. Vitello, *Il quadro*, cit.

te contestate abbiano violato uno dei doveri elencati da tale norma (*i.e.* imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio, e rispetto della dignità della persona nell'esercizio delle funzioni). Detto in altre parole, se si verifica una condotta che viola i doveri deontologici di cui all'art. 1, la condotta non è punibile se non è espressamente prevista come illecito[60].

Del resto, l'art. 3-*bis* del citato d. lgs., là dove esclude la configurabilità dell'illecito quando «il fatto è di scarsa rilevanza», va inteso nel senso che la valutazione sulla scarsa rilevanza del fatto – onde non violare il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari e renderlo compatibile con la valutazione circa la compromissione dell'immagine del magistrato quale bene tutelato dall'art. 3-*bis* – deve avvenire su due piani[61]. Si deve, cioè, dapprima verificare che la lesione al bene giuridico tutelato direttamente dalla norma sull'illecito disciplinare venuto in rilievo (ove tale bene sia diverso dalla immagine del magistrato) sia grave; solo se tale verifica abbia dato esito negativo (ovvero se la lesione non è grave), si deve poi passare a valutare se la condotta abbia compromesso l'immagine della magistratura (*i.e.* il prestigio dell'ordine giudiziario)[62].

[60] L. D'Ancona, *Nuove,* cit., § 2; D. Potetti, *La figura normativa del magistrato scorretto,* in *Giur. mer.,* 2011, 892. La conferma di tale impostazione si rinviene nella prassi, la quale, di volta in volta, lega il singolo illecito sottoposto alla sua attenzione alla violazione di uno specifico dovere. A titolo esemplificativo e certamente non esaustivo, v., tra le pronunce della sezione disciplinare del CSM concernenti gli illeciti *ex art.* 2, d.lgs. 109/2006: la n. 33 del 2026, ove all'illecito «Consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione» viene associato il mancato rispetto del dovere di imparzialità; la n. 5 del 2026, ove all'illecito «Comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori» viene associato il mancato rispetto del dovere di correttezza; la n. 6 del 2026 dove l'illecito «adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza» viene legato al mancato rispetto del dovere di diligenza; la n. 12/2026, ove l'illecito «pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui» viene associato alla violazione del dovere di riserbo. V. le massime in *www.csm.it*

[61] S. Vitello, *Il quadro*, cit. In giurisprudenza v. Cass., s. u., 10 giugno 2025, n. 22095, in *Foroplus.*

[62] Cass., s. u., n. 22095/2025, cit.

4. *Uso improprio dell'intelligenza artificiale da parte del giudice: è un illecito disciplinare?*

Una volta tracciati i confini della «tipicità» della responsabilità disciplinare, per definire il quesito da cui si è partiti, bisogna considerare i «paletti» che il legislatore ha introdotto, con la L. del 23 settembre 2025, n. 132, per governare l'impiego dell'I.A. nel contesto giudiziario.

Si tratta, a dire il vero e come si dirà meglio a breve, di «paletti» più apparenti che reali, che hanno, nell'immediato, richiesto un intervento «chiarificatore» di normazione secondaria ad opera del CSM, e che abbisognano comunque di un decreto legislativo attuativo, che ne esplichi la portata[63].

Volendo semplificare al massimo gli esiti di un lungo iter normativo – ispirato perlopiù all'esigenza di conformare il sistema nazionale a quello euro-unionale e, dunque, all'opportunità di garantire un equo contemperamento tra innovazione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali[64] – le condizioni per l'uso dell'intelligenza artificiale nel contesto giudiziario vengono imposte dall'art. 15 della L. 132/2025, il quale, al co. 1, prevede testualmente che «nei casi di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti».

La formulazione normativa, dunque, se da un lato lascia trasparire *l'intentio legis* di evitare che l'intelligenza artificiale sia impiegata in sostituzione dell'attività tipica dello *ius dicere*[65] – per l'esercizio della quale è rivendicato l'intervento in via esclusiva dell'uomo (*i.e.*, del magistrato) –, dall'altro, sembrerebbe legittimare un utilizzo di «strumentazioni intelligenti» in altre attività per così dire secondarie, propedeutiche alla funzione giurisdizionale.

A favore di un impiego circoscritto dell'intelligenza artificiale, nell'àmbito dell'esercizio dello *ius dicere*, parrebbe deporre, invero, il successivo co. 2 del medesimo art. 15, il quale conferisce al Ministero

[63] All'art. 16 della L. 132/2025 viene previsto che il Governo, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, adotti dei decreti legislativi per definire una disciplina organica in materia di I.A.

[64] Il Reg. 1689/2024 include l'amministrazione della giustizia tra i settori di utilizzo dei sistemi di I.A. ad alto rischio ed individua i relativi casi d'uso ad alto rischio.

[65] In tal senso v. M. Morgia, *L'intelligenza artificiale nella giustizia civile tra esigenze di accelerazione e principio antropocentrico,* in *Judicium online,* 18 giugno 2025.

della giustizia – seppure con formule alquanto generiche – la prerogativa di disciplinare «gli impieghi dei sistemi di intelligenza artificiale per l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia, per la semplificazione del lavoro giudiziario e per le attività amministrative accessorie».

Fa eco, a tale previsione, non solo il co. 3 – il quale prevede un meccanismo di autorizzazione preventiva per la sperimentazione e l'impiego dei sistemi di I.A. negli uffici giudiziari ordinari – quanto pure il co. 4, che – in tema di formazione dei magistrati e del personale amministrativo in materia di I.A. – completa il quadro normativo riconoscendo che l'integrazione dell'I.A. nel sistema giudiziario postula delle competenze specifiche da parte di tutti gli operatori coinvolti[66].

La normativa nazionale ha destato, sin dall'inizio, non pochi dubbi ermeneutici[67], principalmente legati alla necessità di comprendere appieno quale fosse l'utilizzo consentito delle nuove tecnologie da parte del giudice. Tant'è che il CSM, con delibera adottata l'8 ottobre 2025[68], ha fornito una serie di raccomandazioni operative sull'impiego dell'I.A.[69].

Non è certamente questa la sede nella quale approfondire la posizione dell'organo di governo della magistratura sul punto[70], ma, coerentemente con l'obiettivo posto in partenza, si vuole evidenziare piuttosto sin dove, secondo il CSM, l'impiego delle nuove tecnologie possa ritenersi ammissibile.

Ebbene, la delibera su citata individua (seppure in modo non esaustivo e probabilmente solo a titolo esemplificativo) una «zona grigia» (*rectius*, una zona che si pone a metà strada tra l'attività organizzativa e quella giurisdizionale in senso stretto), nella quale colloca ta-

[66] Per una puntuale disamina degli usi di intelligenza artificiale consentiti negli ambienti giudiziari v. F. Iannone, *IA e* machina sapiens *della giustizia.* Vademecum *operativo per l'uso dell'intelligenza artificiale negli uffici giudiziari*, in *Giust. insieme,* 19 giugno 2026.

[67] *Si vis,* G. Carmellino, F. Barbieri, *Intelligenza artificiale e processo civile: tra integrazione e sostituzione dell'attività del giudice*, in *Accertamento penale, AI e* cybersicurezza, a cura di Aa.Vv., Napoli, 2026, 376 ss.

[68] Tra i primi commentatori v. C. Morelli, *Intelligenza artificiale nei tribunali: rivoluzione iper sorvegliata*, in *www.altalex.com*, 6 ottobre 2025; G. Fichera, *AI: le raccomandazioni del CSM sull'uso dell'intelligenza artificiale negli uffici giudiziari*, *ivi,* 14 ottobre 2025.

[69] La delibera è stata aggiornata in data 22 luglio 2026. Sull'aggiornamento si tornerà *Infra.*

[70] *Si vis,* G. Carmellino, F. Barbieri, *Intelligenza*, cit., 383 ss.

luni impieghi di I.A. che possono reputarsi conformi alla normativa. Più precisamente, essi possono essere raggruppati nel modo seguente:

a) attività concernenti l'organizzazione del lavoro giudiziario (sia propedeutiche all'esercizio dello *ius dicere,* che successive ad esso), quali, *ex aliis,* la predisposizione di calendari d'udienza, il supporto nella redazione di report statistici sull'andamento dell'ufficio;

b) attività relative a compiti procedurali limitati, tra cui si segnalano: la sintesi di provvedimenti ostensibili e contributi dottrinali; la creazione di abstract per la classificazione e l'archiviazione tematica di decisioni e saggi, anche in vista dell'elaborazione di banche dati giurisprudenziali; l'ausilio nelle attività seriali e a bassa complessità giuridica con la redazione di bozze standardizzate da adattare poi al caso specifico dal magistrato o dai suoi collaboratori.

Il 9 gennaio 2026, il Ministero della Giustizia ha diramato poi una circolare, che si inserisce all'interno delle varie iniziative dirette a digitalizzare il sistema Giustizia, con cui ha dato avvio alla sperimentazione di *Microsoft Copilot 365*, con l'obiettivo pratico di introdurre l'I.A. generativa nel lavoro giudiziario, tanto per fini organizzativi[71], quanto per l'attività più strettamente riferibile al giudice[72], senza con ciò, però, aspirare a una sostituzione del magistrato nell'esercizio della funzione giurisdizionale[73].

La suddetta circolare ha tuttavia imposto un successivo intervento di aggiornamento del CSM (avvenuto da pochi giorni)[74], il quale, pur

[71] *Copilot* può aiutare dirigenti e organi amministrativi nell'analisi dei dati statistici, nel monitoraggio delle buone prassi, nella predisposizione degli strumenti organizzativi, nell'elaborazione di pareri e nella gestione dei registri.

[72] La sperimentazione riguarda la creazione e gestione di archivi di documenti, modelli e punti di motivazione, il miglioramento delle funzioni di ricerca, il supporto redazionale per gli addetti UPP e l'analisi strutturata di sentenze e motivi di appello. V. M. Campo, A. Pistilli, *Intelligenza artificiale e magistrati: limiti, rischi e usi consentiti,* consultabile in *https://cms.law/it/ita/publication/intelligenza-artificiale-e-magistrati-limiti-rischi-e-usi-consentiti#_ftn1*, 19 marzo 2026

[73] L'iniziativa, come si legge nella circolare citata, «senza alcuna incidenza sugli aspetti decisori dell'esercizio della funzione giurisdizionale, che resta integralmente rimessa alla responsabilità e all'autonomia del singolo magistrato, si colloca nell'àmbito del supporto all'attività del magistrato», così C. Morelli, Copilot *nella Giustizia: sperimentazione a tappetto,* in *www.altalex.com,* 14 gennaio 2026.

[74] CSM, *Aggiornamento delle raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia, adottate con delibera dell'8 ottobre 2025*, delibera del 22 luglio 2026, in *www.csm.it.* Tra i primi *conditores,* v. C. Parodi, *Le nuove raccomandazioni del CSM sull'intelligenza artificiale nella giustizia. Dalla cautela difensiva alla* governance *del rischio,* in *Sist. Pen.,* 24 luglio 2026; M. Sciacca, *Integrare senza*

ribadendo la piena validità dei principi affermati con le Raccomandazioni dello scorso ottobre, apre verso nuovi impieghi dell'I.A.: mentre il documento del 2025 individuava, invero, un primo perimetro di attività ammissibili, prevalentemente esterne al nucleo degli atti giudiziari, l'aggiornamento ammette l'impiego di *Copilot* anche rispetto ad attività che presuppongono il trattamento di atti processuali, sempre che ci sia stata preventivamente un'anonimizzazione[75].

Il CSM, in altre parole, con l'intento di permettere che l'I.A. venga impiegata «*ad adiuvandum»,* ovverosia per efficientare la prima ricognizione del materiale processuale, ammette, in particolare, l'attività di classificazione e categorizzazione degli atti del giudizio, l'analisi strutturata del loro contenuto, la sintesi documentale per finalità di archiviazione tematica, il confronto tra le parti contendenti ai fini della individuazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, nonché la compilazione assistita di atti standardizzati[76].

Ora, ferme restando alcune criticità dell'ultimo intervento del CSM[77], quello che emerge, complessivamente, dalla cornice normativa appena delineata, è la propensione per l'ingresso, nei sistemi giudiziari, della cd. «intelligenza aumentata» (espressione con cui si suole evidenziare che lo scopo delle tecnologie dell'intelligenza artificiale non sia quello di rimpiazzare l'intelligenza umana, ma di lavorare con essa, per migliorare le prestazioni cognitive dell'uomo, rendendole più efficienti[78])[79]. Ma dalla lettura delle fonti in materia (tanto prima-

sostituire. L'aggiornamento 2026 delle raccomandazioni del CSM sull'intelligenza artificiale nella giustizia, tra continuità regolatoria e tutela dell'integrità cognitiva del magistrato, in *www.dirittogiustiziaecostituzione.it*, 23 luglio 2026.

[75] Per un commento, v. C. Parodi, *Le nuove*, cit.

[76] Id., *ibidem.*

[77] Non è questa la sede per approfondire la tematica; basti solo osservare che il rischio dell'ampliamento dell'ammissibilità dell'impiego dell'I.A. è che la valutazione riservata *esclusivamente* al giudice, in realtà, venga esercitata su un materiale selezionato da un algoritmo, intervenuto nella fase della mera cognizione. In tal senso v. M. Sciacca, *Integrare,* cit.

[78] Sulla cui definizione, v. J.C.R. Licklider*,* Man-Computer-Symbiosis, in IRE Transactions on Human Factors in Electronics, March 1960, 4. In argomento v. pure N. Lettieri, Law, rights, and the fallacy of computation. On the hidden pitfalls of predictive analytics, in Jura gentium, 2020, p. 72*;* F. Barbieri, *L'intelligenza aumentata nell'organizzazione dell'ufficio giudiziario,* in *Giusto proc. civ*., 2021, 843.

[79] Da ultimo, in argomento v. C. De Robbio, *L'intelligenza artificiale e il lavoro del giudice,* in *Giust. insieme,* 4 febbraio 2026. Del resto, tale scelta va nella direzione enunciata dalle linee guida dell'Unesco, che muovono dal principio dell'antropocentrismo, per cui l'innovazione tecnologica può migliorare l'accesso alla giustizia, l'effi-

rie, quanto secondarie) si evince pure l'assenza di una precisa regolamentazione dell'aspetto «patologico» e, dunque, la mancanza di una disciplina idonea a sanzionare i giudici che eludono proprio la «zona grigia» sopra richiamata.

Considerando, però, il catalogo dei doveri contemplato dall'art. 1 del d. lgs. 109/2006, sopra citato, non può omettersi di rilevare che l'uso distorto (*i.e., contra legem*) dell'intelligenza artificiale da parte del magistrato possa di fatto avere delle ricadute sul piano disciplinare. E la convinzione di tale assunto sembra potersi ricavare, a ben vedere, dall'atteggiamento della prassi, che invoca le regole della responsabilità aggravata per sanzionare la condotta dell'avvocato che abbia male adoperato le nuove tecnologie[80]. E allora, anche per il magistrato, che abbia ecceduto nell'utilizzo consentito delle nuove tecnologie, *a fortiori,* una sanzione si dovrà pure contemplare.

Volendo esemplificare – e citando uno dei casi di «abuso» dell'I.A. nel contesto dell'esercizio dello *ius dicere,* che maggiormente attira l'attenzione degli studiosi[81] – la condotta di un giudice, che interroga sistemi di I.A. per risolvere la controversia sottoposta alla sua cognizione e che recepisce, nel suo provvedimento, la soluzione proposta dalla «macchina», magari citando precedenti giurisprudenziali inconferenti o inesistenti, non può dirsi, quantomeno su un piano astratto, conforme ai doveri di correttezza e di diligenza, nonché al rispetto della dignità della persona, lì dove si ritenga che proprio tali doveri impegnano il magistrato ad un «ruolo di garanzia dei diritti del cittadino»[82]. L'atto giurisdizionale deve, invero, riflettere sempre un'attività intellettuale e valutativa autonoma, di cui sarebbe evidentemente carente quella decisione giudiziale corredata di una «pseudo-motivazione», ovverosia di una motivazione di derivazione meccanica da sistemi di intelligenza artificiale.

Parimenti, per ragioni simili, pure il dovere di imparzialità, che la

cienza dei tribunali e la qualità del lavoro giudiziario, ma solo se governata attraverso regole chiare e principi condivisi. V. Unesco, Guidelines for the use of AI systems in courts and tribunals, in *www.unesco.org,* 3 dicembre 2025.

[80] Il riferimento è alle recenti pronunce di merito che stigmatizzano l'abuso dell'intelligenza artificiale da parte dell'avvocato, che abbia fatto ricorso ad essa in modo «imprudente». Cfr. Trib. Torino, 16 settembre 2025, in *www.altalex.com;* Trib. Latina, 23 settembre 2025, in *Judicium online*; Trib. Verona, 16 febbraio 2026; Trib. Siracusa, 20 febbraio 2026, n. 338, entrambe in *www. onelegale.wolterskluwer.it*.

[81] Tra tutti v., recentemente, il contributo di E. Fabiani, *Il processo civile nell'era dell'intelligenza artificiale,* Napoli, 2026, *passim.*

[82] V. in tal senso D. Potetti, *La figura,* cit., 892 ss. Sul dovere di correttezza, v., *inter alia,* Cass., s.u., 30 dicembre 2020, n. 29823, in *Foroplus.*

giurisprudenza della sezione disciplinare del CSM ritiene violato specialmente nelle ipotesi di mancata astensione obbligatoria, sembrerebbe soffocato al ricorrere del caso esemplificato poc'anzi; e ciò fondamentalmente perché ne risentirebbe l'autonomia di giudizio: l'equidistanza del giudicante dalle parti, ovverosia l'estraneità alle rivendicazioni antagoniste, deve completarsi, per espresso dettato costituzionale[83], con la sua neutralità genetica e funzionale che gli permette di esprimere una decisione secondo diritto[84] (*rectius,* non secondo algoritmi). Senza poi contare che anche il dovere di riserbo potrebbe risultare violato dall'immissione, nel sistema di intelligenza artificiale, dei dati personali dei contendenti[85].

Continuando con l'esemplificazione, pure il comportamento di un giudice, che impieghi sistemi di I.A. non autorizzati, come la normativa impone, pare possa sostanziare una violazione dei doveri deontologici poc'anzi richiamati, non fosse altro perché il ricorso ai predetti sistemi non certificati non è in grado di assicurare un sufficiente grado di sicurezza per quel che riguarda la bontà di risultati forniti all'utente.

Insomma, gli estremi per un possibile risvolto disciplinare della condotta del magistrato elusiva della normativa sull'impiego dell'I.A. nell'ambiente giudiziario, a una primissima lettura, sembrerebbero potersi prospettare.

5. *Risultati raggiunti e rinvio*

Per una comodità espositiva, di seguito, verranno compendiati i risultati dell'indagine sviluppata in questa parte del lavoro, onde permettere di modulare, nelle conclusioni, gli esiti già raggiunti sulla base dell'approfondimento degli ulteriori profili legati alla tematica oggetto del contributo e di fornire una risposta al quesito posto in partenza.

Ebbene, dall'analisi del quadro normativo, è emerso che l'art. 18 del r.d. lgs. 511/1946, nel regolamentare la responsabilità disciplinare dei magistrati, introdusse dei parametri, alla stregua dei quali avrebbe dovuto essere valutata la liceità del comportamento dei magistrati,

[83] Il riferimento è, in particolare, agli artt. 106, 107 e 108 Cost.

[84] V. in argomento, *ex aliis,* G. De Minico, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole,* in *Riv. AIC,* 2024, 94.

[85] Lì dove, ovviamente, si riscontrino gli elementi per ritenere violate le previsioni normative in materia di protezione dei dati personali, di cui al Codice della *privacy* (d.lgs. 196/2003), come affermato da R. Sanlorenzo, *La responsabilità*, cit., § 3.

tanto incerti da risultare quasi evanescenti[86]. Le ipotesi di illecito formulate dal legislatore finirono, così, da un lato, per legittimare interpretazioni restrittive della disposizione legislativa (dando luogo a una giustizia disciplinare troppo clemente), e, dall'altro, al contrario, per giustificare delle esegesi delle norme estensive, tanto da comprimere la sfera di autonomia del singolo magistrato[87]. In sostanza, la casistica giurisprudenziale aveva sviluppato un catalogo degli illeciti disciplinari, quale surrogato della tipizzazione normativa[88].

Alla tipizzazione si è arrivati poi con il (tuttora vigente, seppure con qualche modifica) d. lgs. 109/2006, con il quale il legislatore ha introdotto un elenco di illeciti distinti in tre diverse categorie: i primi derivano dal collegamento tipico con l'attività funzionale del magistrato, essendo strettamente correlati all'attività giurisdizionale o giudiziaria; i secondi sono connessi allo *status* del magistrato e sono posti a tutela dell'immagine e del prestigio della funzione giudiziaria; i terzi sono quelli che conseguono a un reato.

Le suddette categorie di illeciti non hanno, tuttavia, il pregio di essere di per sé esaustive, nel senso che presentano dei tratti di genericità testuale e vanno necessariamente integrate con i doveri deontologici che lo stesso d. lgs. 109 del 2006 elenca all'art. 1.

Proprio la menzionata genericità testuale induce a riflettere sulla possibilità di far confluire, all'interno del catalogo di illeciti tipizzati, delle condotte tenute dai magistrati, che, pur non essendo espressamente qualificate come illeciti disciplinari, si sostanziano in comportamenti posti in essere eludendo la legge. La predetta possibilità sembrerebbe potersi contemplare con riguardo all'impiego (scorretto) dell'I.A. nel contesto giudiziario.

Pur mancando, nella L. 132/2025 e nelle successive raccomandazioni del CSM, una precipua disciplina delle conseguenze dell'utilizzo distorto delle nuove tecnologie da parte del magistrato, pare, invero, alquanto scontato che il giudice, che rediga un provvedimento delegando a un algoritmo l'applicazione della legge o la valutazione dei fatti, stia violando i doveri deontologici (o quantomeno alcuni di essi) di cui al citato art. 1, d.lgs. 109/2006.

Il punto che resta da comprendere è, però, in quale delle categorie di illecito tipizzate possa farsi confluire il suddetto utilizzo distorto dell'I.A., perché la mera violazione di un dovere deontologico è di per sé insufficiente, se non è accompagnata dalla possibilità di sussumere

[86] G. Ferri, *Autonomia,* cit., 33 ss.

[87] Id., *ibid.*

[88] Così, quasi testualmente, S. Vitello, *Il quadro*, cit.

la condotta contestata in uno degli illeciti tipizzati dalla legge, per invocare la responsabilità disciplinare.

6. *Considerazioni conclusive: dalla tipizzazione alla (necessità di) integrazione*

Onde definire l'interrogativo posto in partenza, la categoria di illeciti da attenzionare è quella concernente le condotte di cui all'art. 2 del d.lgs. 109/2006 e, quindi, i comportamenti tenuti dal giudice «nell'esercizio delle funzioni». Senonché, riprendendo gli esempi sopra proposti[89], posto che l'impiego non consentito dell'I.A. da parte del magistrato potrebbe ravvisarsi (*de iure condito*) sia lì dove l'algoritmo venga usato per risolvere la controversia sottoposta alla cognizione giudiziale, sia ove il giudice si serva di sistemi non certificati, la prima condotta potrebbe, a ben vedere, sussumersi in diverse fattispecie di illecito disciplinare tipizzate nell'art. 2.

Anzitutto, *sub* lett. o): la «delega» a un algoritmo della valutazione dei fatti o delle prove, ovvero dell'applicazione della legge al caso specifico potrebbe configurare «l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti»[90].

La sezione disciplinare è solita individuare tale fattispecie nel caso in cui il contenuto del provvedimento sia stato predisposto dal collaboratore del giudice e questi abbia omesso ogni controllo[91]; e ciò sul presupposto che l'*intentio legis* della formulazione normativa, lì dove impiega il termine «ad altri», sia quella di riferirsi a una persona. È, tuttavia, condivisibile la posizione di chi ritiene che l'ampiezza del suddetto termine può indurre a sostenere che l'illecito ricorra in ogni caso di indebita (*i.e.,* non consentita) delega a tutti quei soggetti (e, quindi, anche a entità non umane) che siano «altri» rispetto al magistrato autore dell'affidamento[92].

[89] Cfr. par. 4.

[90] R. Sanlorenzo, *La responsabilità*, cit., § 3.

[91] Id., *ibidem*, ove viene citata la decisione del CSM, sez. disc., 11 febbraio 2010, n. 30.

[92] Ancora, Id., *ibidem.* Se si volesse valorizzare al massimo la lettera della norma, a dire il vero, dovrebbe essere il mero conferimento «ad altri» della funzione giudicante a esporre il magistrato a responsabilità disciplinare e non anche la necessità che l'affidamento avvenga senza il controllo. È, però, l'indirizzo della giurisprudenza disciplinare sopra menzionato a indurre a sostenere che non è tanto l'affidamento di per sé a gettare le basi per l'applicazione dell'art. 2, co. 1, lett. o), d. lgs. 109/2006, quan-

Volendo esemplificare, tenendo conto proprio delle Raccomandazioni del CSM sopra illustrate, il magistrato sembrerebbe non incorrere nell'illecito poc'anzi citato, lì dove abbia richiesto a un algoritmo di compiere un'operazione di sintesi estrattiva (*i.e.* di riprodurre parti testuali senza compiere alcuna attività valutativa) di un testo (si pensi, a titolo esemplificativo alla sintesi di una relazione peritale); le cose cambiano, invece, nell'evenienza in cui sia stato formulato un *prompt* che abbia ad oggetto l'individuazione di ciò che è «rilevante», «decisivo», «importante», «convincente» o «fondamentale», di un atto, ai fini del giudizio[93].

Ma c'è di più. La condotta potrebbe anche configurare gli estremi dell'illecito previsto *sub* lett. r): «il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio». La giurisprudenza disciplinare non è stata chiamata (sinora) a pronunciarsi (neppure) su questa specifica eventualità; tant'è che la sussistenza dell'illecito da ultimo menzionato viene solitamente valutata con riguardo a quelle ipotesi in cui il magistrato, abitualmente, non si presenta in ufficio o, reiteratamente, rinvia le udienze senza giustificazione[94]. Eppure, sembra innegabile che il giudice, che delega abitualmente a un algoritmo le attività tipiche del cd. giudizio di fatto e/o del cd. giudizio di diritto, in realtà, si sottrae alla funzione sua propria dello *ius dicere*, omettendo l'attività di servizio che gli spetta.

Ancora. Un provvedimento giudiziale redatto con l'I.A. potrebbe essere considerato altresì la causa dell'illecito disciplinare di cui alla lett. l), «l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge».

Può pervenirsi a tale conclusione proprio valorizzando la giurisprudenza disciplinare sviluppata sul punto, che ritiene configurabile l'illecito *de quo* allorquando il giudicante, nella redazione del provvedimento, ricorrendo alla tecnica del «copia-incolla», non abbia assunto la decisione in piena autonomia di giudizio[95]. In tale ultima fattispe-

to piuttosto la circostanza che il predetto affidamento non venga seguito da una supervisione del giudice. Su tale aspetto si tornerà comunque alla fine della trattazione.

[93] Quasi testualmente, F. Iannone, *IA,* cit., § 5.2.

[94] Cfr., *ex aliis*, CSM, sez. disc., 6 maggio 2009, n. 53; 28 luglio 2022, n. 105; 13 ottobre 2022, n. 134, tutte in *www.csm.it*; nonché Cass., s.u., 14 novembre 2023, n. 31692, in *Foroplus.*

[95] Così, in dottrina, R. Sanlorenzo, *La responsabilità*, cit., § 3. Nella giurispru-

cie, sembra potersi ricondurre anche il comportamento del magistrato che abbia, magari adoperando il meccanismo della c.d. motivazione *per relationem,* citato dei precedenti giurisprudenziali inesistenti, ovvero riportato delle massime con l'aggiunta di una parola che ne stravolga completamente il significato originario.

La seconda condotta sopra menzionata (*i.e.* l'impiego, da parte del magistrato, di sistemi non autorizzati) potrebbe, invece, sussumersi nella lett. n) dell'art. 2, «la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari, delle direttive o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti». È evidente, invero, che, coerentemente con la disciplina introdotta dall'art. 15, co. 3, L. 132/2025, un giudice, che magari si serva di un sistema di intelligenza artificiale disponibile *online* (e non autorizzato dal Ministero), potrebbe incorrere nell'illecito da ultimo citato. E il condizionale è d'obbligo; non fosse altro perché la giurisprudenza subordina la configurabilità dell'illecito di cui alla lett. n) al vaglio in concreto dell'offensività della condotta e, dunque, della verifica dei doveri specificamente disattesi, delle ragioni della colpevole violazione e dell'effettivo prodursi di conseguenze negative in ragione della violazione[96].

Traducendo tale impostazione nel caso oggetto d'indagine, la responsabilità disciplinare *ex* art. 2, co. 1, lett. n), potrebbe profilarsi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, allorquando: venga richiesto a un algoritmo di vagliare l'attendibilità di una dichiarazione di un testimone, sulla base della coerenza delle dichiarazioni rese; di individuare la linea difensiva più convincente tra quelle dei contendenti; di qualificare giuridicamente la fattispecie[97].

Senza poi considerare che potrebbe venire in gioco anche l'illecito di cui alla lett. u), «la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui», in considerazione del fatto che, *de iure condito,* è preclusa, al giudicante, la possibilità di immet-

denza disciplinare, v. CSM, sez. disc., 26 gennaio 2013, n. 17; 29 ottobre 2015, n. 121; 5 luglio 2022, n. 92; tutte in *www.csm.it.* Nella giurisprudenza di legittimità, *inter alia,* v. Cass., s.u., 15 maggio 2014, n. 10628, in *Foroplus.*

[96] CSM, sez. disc., 9 gennaio 2025, n. 2, in *www.csm.it*; conformemente a, *ex plurimis*, Cass., s.u., 21 marzo 2023, n. 8151; Cass., s.u., 25 marzo 2013, n. 7383; entrambe in *Foroplus.*

[97] F. Iannone, *IA,* cit., § 6.1.

tere in sistemi di intelligenza artificiale generalista o in strumenti esterni al dominio istituzionale atti processuali non ostensibili o dati riservati di qualsiasi categoria[98], senza una preventiva anonimizzazione.

Prima di rassegnare le conclusioni, va svolta un'ultima riflessione, seppure del tutto incidentale, sulla responsabilità disciplinare del PM che abusi, nel processo civile, dell'intelligenza artificiale.

Si tratta, in realtà, di un profilo che sinora non risulta esplorato in letteratura, e ciò presumibilmente per il ruolo marginale che il magistrato requirente riveste nell'ambiente processuale di cui ci stiamo occupando. Si è visto, però, che il PM, al pari di un giudice, è assoggettato alla normativa sulla responsabilità disciplinare; tanto basta per estendere nei suoi confronti le considerazioni sopra svolte a proposito del giudice, ovviamente con i dovuti adattamenti legati alla tipologia di funzione che appartiene alla magistratura requirente. Senza indugiare a lungo sulla tematica e continuando sulla linea dell'esemplificazione, sembrano non esserci valide motivazione per escludere che il PM (sia esso agente, che interveniente, *ex* artt. 69 e 70 c.p.c.), che impieghi sistemi di I.A. non certificati per redigere i propri scritti, potrebbe di fatto incorrere tanto nell'illecito dell'«indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti», quanto in quello relativo alla «grave inosservanza delle norme sui servizi informatici adottate dagli organi competenti», nonché quello *sub* lett. u) concernente il dovere di riservatezza, che, in considerazione degli interessi di cui il PM si fa portatore nel processo, assume molto probabilmente una connotazione ancor più significativa[99].

Le considerazioni fin qui svolte permettono di comprendere che, in linea di principio, la condotta di un giudice, che abusi dei sistemi di I.A., potrebbe (agevolmente) sussumersi in diverse ipotesi di illecito disciplinare espressamente tipizzate dal legislatore. Pertanto, l'interrogativo che ha sollecitato la presente indagine sembra potersi risolvere in senso positivo.

Eppure, non può omettersi di rilevare la configurabilità di condotte, che, pur traducendosi in una compressione dei doveri deontologici del giudice, difficilmente potrebbero inquadrarsi negli illeciti disciplinari già positivizzati, per carenza dei presupposti applicativi individuati, nel tempo, dalla prassi. Tra le altre, si pensi al caso – tutt'altro che ipotetico – in cui un giudice, che abbia svolto personalmente il giudizio in tutte le fasi prodromiche a quella decisoria, consulti, previa anonimizzazione dei dati delle parti, un sistema di intelligenza ar-

[98] Id., *ivi,* § 6.

[99] Basti citare, tra tutti, i procedimenti relativi ai minori, alla famiglia.

tificiale per la decisione; e, pur recependo la suddetta decisione integralmente, ne effettui in via preventiva un controllo certosino, verificando l'attendibilità dei riferimenti normativi e giurisprudenziali richiamati dalla pronuncia suggerita dalla macchina. In tal caso, sebbene ci si trovi al cospetto di un comportamento giudiziale deontologicamente scorretto, oltre che elusivo dell'art. 15 della L. 132/2025[100], non si può, con altrettanta convinzione, inquadrare la condotta all'interno di una delle fattispecie sopra menzionate. Nel caso di specie, il (solo) controllo del magistrato – per quanto rappresenti una garanzia attenuata (*i.e.* insufficiente) per i contendenti – appare idoneo ad integrare quella dose di antropocentrismo che la normativa in materia di intelligenza artificiale impone quando ne regolamenta l'utilizzo nel contesto giudiziario. Se, infatti, come visto sopra, la giurisprudenza disciplinare tende ad ammettere l'illecito di cui alla lett. o) (l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti) esclusivamente nei casi in cui manchi la supervisione del magistrato, al cospetto di un atto redatto da un collaboratore, per le stesse ragioni (e sempre seguendo gli orientamenti della sezione disciplinare) dovrebbe escludersi la configurabilità della fattispecie, nelle ipotesi in cui l'atto, seppure generato da un sistema di I.A., sia stato oggetto di una rigorosa supervisione umana (*i.e.* del magistrato).

Il paradosso del sistema è dunque dietro l'angolo. Passerebbe, in altre parole, «inosservata», da un punto di vista disciplinare, la condotta di un giudice, che – trincerandosi dietro un controllo certosino della decisione (essenzialmente) robotica – finisca di fatto per eludere la normativa in materia di intelligenza artificiale. Al contrario, si esporrebbe alle conseguenze disciplinari il magistrato che abbia delegato la stesura del provvedimento finale a un algoritmo e non abbia supervisionato il lavoro prima della pubblicazione della decisione[101].

In conclusione, non può il mero controllo (*rectius,* la supervisione) giudiziale rappresentare l'unico *discrimen* per l'applicazione della sanzione disciplinare al magistrato che abbia usato in modo distorto (*i.e.* eludendo la normativa primaria e secondaria) l'intelligenza artificiale.

S'impone, pertanto, una regolamentazione precisa e mirata che disciplini anche gli aspetti patologici legati all'utilizzo delle nuove tecnologie nel processo.

[100] Vi sarebbe, a ben vedere, l'adozione del provvedimento da parte di un algoritmo e non da parte del magistrato, come la norma richiamata impone.

[101] Ciò non toglie che la condotta potrebbe comunque spiegare rilievo in sede di valutazione di professionalità.

Elvira Caiazzo

Status libertatis e *iura patronatus*: diritto e retorica nella commemorazione epigrafica di *Quintus Falcidius Sotericus*

Sommario: 1. Premessa: la funzione sociale delle epigrafi funerarie nell'antica Roma. – 2. L'epigrafe di *Quintus Falcidius Sotericus*: memoria, gratitudine e appartenenza. – 3. La libertà del liberto: emancipazione, obblighi e successione. – 4. Forme della memoria libertina: un confronto. – 5. Conclusione: la libertà come negoziazione tra autonomia e dipendenza.

1. Le epigrafi funerarie di Roma antica, disseminate lungo le grandi arterie viarie e allineate ai margini dei tracciati urbani, costituiscono un archivio di pietra la cui densità informativa travalica la funzione – apparentemente semplice – di commemorare i defunti. Esse mettono in scena una comunicazione stratificata che combina testo, supporto materiale, iconografia e topografia, coinvolgendo passanti, familiari e comunità civiche in un rituale quotidiano di lettura e riconoscimento reciproco. Grazie a questa dimensione corale, il discorso epigrafico funebre ci offre oggi la possibilità di cogliere l'immagine di una società composta anche da persone comuni – servi affrancati, artigiani, donne – le cui vite, aspirazioni, delusioni e persino il semplice passaggio nel mondo sarebbero altrimenti rimasti nell'ombra, raramente emergendo oltre i confini della letteratura e delle fonti narrative o normative tradizionali. Le epigrafi rappresentano dunque fonti uniche e insostituibili per conoscere aspetti della storia di Roma antica che nessun'altra testimonianza è in grado di raccontare con la medesima sintesi, unita ad una immediata accuratezza prospettica.

Si attivava, in pratica, un meccanismo molto simile a quello che oggi caratterizza la comunicazione pubblicitaria: un sistema capace di stimolare nel lettore – passante (e dunque nell'immediato destinatario), semplici ma efficaci associazioni mentali, attraverso le quali veicolare contenuti e significati ben più complessi di quelli percepiti a un primo sguardo[1]. La sua efficacia – nonché la sua modernità – risiede proprio nella capacità di attirare l'attenzione del pubblico, raggiungendo il maggior numero possibile di persone e lasciando comunque un'impronta comunicativa anche in chi, se pur con sguardo distratto,

[1] Il paragone con la comunicazione pubblicitaria è particolarmente efficace nel cogliere la forza persuasiva e comunicativa delle epigrafi funerarie. Così S. Giorcelli Bersani, *Epigrafia e* Storia *di Roma*, Roma, 2015, 18.

non potrà esimersi dal coglierne almeno gli elementi più evidenti e suggestivi.

L'iscrizione sepolcrale costituiva spesso l'unica occasione per lasciare una traccia duratura di sé[2]. Era il defunto stesso, attraverso le parole incise sulla pietra, a riaffermare la propria identità e a chiedere di essere ricordato nel tempo, richiamando alla memoria dei vivi il ruolo che aveva avuto nella società. Le esperienze personali, affidate all'epigrafe, diventavano così parte di un patrimonio collettivo[3].

L'intelligibilità di tali iscrizioni era garantita da un lessico e da una sintassi volutamente essenziali, pensate per agevolare il lettore semi-alfabetizzato che percorreva vie consolari e necropoli suburbane. Questo "parlato lapidario"[4] non mirava soltanto a conservare un ricordo, ma operava come dispositivo performativo d'identità, negoziando in pubblico l'appartenenza di ciascun defunto a reti familiari, professionali e, soprattutto, patronali. La lapide si configura dunque come una frontiera porosa tra sfera privata e arena civica, luogo in cui la microstoria biografica si intreccia con la macrostoria delle gerarchie sociali e dei rapporti di potere.

Dal punto di vista metodologico, l'analisi di queste testimonianze richiede un ventaglio di strumenti che spazia dall'archeologia del paesaggio alla sociologia della memoria, dalla prosopografia alla semiotica dello spazio. Gli studi dedicati al concetto di *lieu de mémoire*, ad esempio, hanno evidenziato come il sepolcro romano potesse funzionare da ancoraggio tangibile per una memoria collettiva capace di travalicare i confini della *domus*.

L'epigrafe funeraria svolge, dunque, una funzione cruciale: da un lato sancisce l'iscrizione pubblica della memoria individuale e, dall'altro, diviene veicolo di capitale simbolico condivisibile. Proprio in questo contesto va compresa l'efficacia strategica che tali iscrizioni potevano assumere per quei soggetti giuridicamente marginali che ambivano ad una forma di riconoscimento e legittimazione sociale.

Tra questi, i liberti occupano un posto di particolare rilievo. La

[2] Come osserva M. Massaro, le iscrizioni sepolcrali sono "voci del cuore" che attraversano i secoli, nelle quali l'artificio retorico si intreccia con l'autentica espressione del sentimento. Cfr. *Artificio e sentimento in epigrammi sepolcrali tra Atina e Venafro*, in *Le epigrafi della Valle di Comino. Atti del Convegno epigrafico Cominese*, Arezzo, 2026, 122.

[3] C. Ricci, *Sepulcrum e(s)t memoria illius. Una riflessione sull'impiego del termine "memoria" negli epitaffi latini di Roma*, in *Scienze dell'Antichità*, 16, 2010, 163 ss.

[4] *"Lapidarias litteras"*, così S. Giorcelli Bersani, *Epigrafia* cit., 17.

loro condizione ambivalente – formalmente liberi, ma ancora legati alla sfera d'influenza del *patronus* – trova nell'epigrafe uno strumento privilegiato per rendere visibile la complessità delle relazioni sociali che li coinvolgevano. Attraverso il linguaggio lapidario, i liberti non solo affermavano la propria nuova identità, ma ridefinivano in pubblico i termini di un legame che, pur affievolito sul piano giuridico, continuava a produrre effetti sul piano simbolico e sociale.

È in questa cornice che il rapporto tra patrono e liberto si pone come uno dei temi più significativi per comprendere le dinamiche identitarie e commemorative veicolate dalla scrittura epigrafica.

Da qui emerge la dinamica complessa di tale rapporto, che sfugge a una visione lineare di oppressione o emancipazione. La manomissione non spezzava il vincolo, ma lo riplasmava in una forma nuova, sostenuta da obblighi giuridici e da un tessuto di relazioni morali e simboliche difficili da sciogliere. L'ex schiavo, pur divenuto formalmente libero, rimaneva inserito nella sfera di influenza del patrono, che continuava a esercitare un potere discreto ma pervasivo, capace di orientarne le scelte economiche, politiche e perfino funerarie.

Al tempo stesso, tale connessione era tutt'altro che sterile o meramente coercitiva: la prosperità del liberto poteva riflettersi in un accrescimento della *dignitas* del patrono, alimentando un circolo di prestigio condiviso. Il padrone trovava nel successo del suo ex schiavo una testimonianza tangibile della propria capacità di guidare, educare e "civilizzare", mentre il liberto, legandosi pubblicamente alla *gens* di provenienza, traeva legittimazione sociale e protezione.

Si configurava così una dipendenza reciproca, in cui la libertà ottenuta non segnava una rottura con il passato servile, ma una continuità strategica: un equilibrio in cui la mobilità sociale era possibile solo mantenendo viva la connessione con la casa patronale.

2. Collocare questa dinamica all'interno dell'orizzonte interpretativo adottato – che legge le epigrafi funerarie non solo come testimonianze individuali, ma come veri e propri laboratori sociali e culturali – consente di comprendere più a fondo il significato dell'iscrizione di *Q. Falcidius Sotericus*, liberto dei Falcidi. La sua voce, incisa sulla pietra[5], ci permette di esplorare con particolare nitidezza la tensione fra emancipazione giuridicamente sancita e dipendenza simbolica che perdura oltre la morte. Da qui prende le mosse l'indagine che segue,

[5] In ordine ai criteri di lettura e interpretazione delle testimonianze epigrafiche, si rinvia, in generale, ad A. Sartori, *Parlano anche i sassi. Per un'interpretazione della Epigrafia latina*, Milano, 2001.

volta a decifrare quale immagine di sé – e quale immagine del rapporto patrono/liberto – *Sotericus* abbia voluto consegnare alla posterità attraverso la strategia combinata di testo, spazio e materia.

L'iscrizione, infatti, recita:

> *Q(uinti) Falcidi Q(uinti) l(iberti)*
> *Soter⟨⟨e⟩⟩ci*
> *et*
> *Benificis victus patr̂onor̂u(m)*
> *cupide iuxta illos statui*
> *monumentum mihi*[6].

Pur nella sua brevità la formulazione è estremamente densa di significato: essa intreccia linguaggio giuridico, memoria affettiva e riconoscenza, restituendoci la voce di un liberto che sceglie di collocare la propria tomba accanto a quella dei suoi patroni, in un gesto di profonda devozione e consapevole appartenenza.

Già a livello testuale emerge poi un elemento che merita attenzione: la lacuna che segue la congiunzione *et*. Lo spazio mancante non costituisce un semplice vuoto, bensì un elemento dinamico, aperto a due possibili interpretazioni.

Il vuoto lasciato dopo *et*, verosimilmente destinato all'inserimento di un secondo nome – forse quello della moglie (o di un figlio) – non rappresenta un'assenza fortuita, ma uno "spazio in attesa": una configurazione intenzionale, tipica della progettazione epigrafica quando il coniuge o i figli risultano ancora in vita al momento dell'incisione. Tale vuoto, lungi dall'essere silenzioso, comunica un messaggio preciso: il sepolcro non è concepito come un monumento individuale, ma come un progetto familiare "aperto", predisposto ad accogliere future iscrizioni e, con esse, nuovi debiti di riconoscenza. La gratitudine di Soterico, dunque, non si esaurisce in un gesto devoto, bensì si configura come una vera e propria strategia relazionale, in grado di trasformarsi in capitale sociale differito.

Questa dinamica conserva risonanze ancora attuali: anche nelle pratiche funerarie contemporanee, infatti, permane il desiderio di essere sepolti accanto alle persone amate, confermando la continuità del valore attribuito alla progettualità familiare *post mortem*.

[6] AE 1999, 477. La formulazione sobria e succinta contrasta significativamente con altre epigrafi, molto più appariscenti e ricche di dettagli celebrativi. Cfr. A. Sartori, *Parlano anche i sassi* cit., 13. Sul carattere peculiare della scrittura lapidaria e sulla spiegazione della presenza di abbreviazioni, cfr. S. Giorcelli Bersani, *Epigrafia e storia di Roma* cit., 31 ss.

L'inclusione del nome della moglie, peraltro, non sarebbe un caso isolato. Si pensi, ad esempio, alla tomba del fornaio Marco Virgilio Eurisace[7], dove la moglie è commemorata con la formula *fuit*, che ne attesta il decesso: un'aggiunta che suggella un gesto compiuto di rispettabilità coniugale. Laddove *Eurysaces* chiude il ricordo, *Sotericus* sembra invece lasciare aperto uno spazio destinato a un futuro riconoscimento.

Un'ulteriore possibilità interpretativa è che lo spazio successivo a *et* fosse riservato al nome di un secondo patrono, nel caso in cui Soterico fosse stato originariamente *servus communis*, cioè proprietà condivisa tra due padroni – due uomini, oppure un uomo e sua moglie, nel caso di una gestione familiare della schiavitù[8]. Un indizio in tal senso può essere colto nella stessa formulazione dell'epigrafe, là dove Soterico si definisce *beneficiis victus patronorum*: l'impiego del plurale, tutt'altro che neutro, sembra infatti suggerire l'esistenza di una pluralità patronale.

L'assetto attuale del testo non permette di precisare con certezza la destinazione dello spazio onomastico[9] successivo a *et* ma non si può, tuttavia, escludere che il nome sia stato aggiunto successivamente tramite *rubricatura*, ovvero l'applicazione di pigmento rosso[10].

[7] *CIL*, I, 1206: *Fuit A(n)tistia uxor mihei/femina opituma veixsit/quioius corporis reliquiae/ quod superant sunt in / hoc panario.*

[8] Sul piano giuridico, la condizione di *servus communis* rinvia alla comproprietà del servo da parte di più soggetti, nell'ambito di una *communio* che comportava la contitolarità del *dominium* sulla persona servile. In tali casi, ciascun *dominus* era titolare di una quota ideale sullo schiavo, secondo una struttura analoga a quella della comunione di beni, con possibili riflessi anche sul regime delle manomissioni e sulla successiva configurazione dei rapporti di patronato. Sul tema della *communio* e dei meccanismi di accrescimento e contitolarità nel diritto romano, cfr. M. Evangelisti, *Riflessioni in tema di ius adcrescendi (tra communio e coeredità)*, in *Diritto@Storia*, 10 (2012), spec. § 2 e 3.

[9] La differenza tra le due interpretazioni non investe tanto la traduzione complessiva del passo, quanto il valore da attribuire alla lacuna successiva a *et*: essa può rinviare, in chiave familiare, a un secondo titolare del sepolcro, oppure, in chiave giuridica, alla prosecuzione dell'indicazione di *status*, con riferimento a un secondo patrono o a una patrona.

[10] R. Rebuffat, *Peinture et Inscriptions*, in *Revue Archéologique de Picardie*, 10, 1995, 23 ss. Ai fini della presente indagine, va inoltre osservato che non è stato possibile sottoporre l'iscrizione ad analisi mediante DStretch (Decorrelation Stretch), tecnica di elaborazione digitale dell'immagine che, attraverso l'accentuazione delle differenze cromatiche, può consentire di evidenziare tracce di pigmento non più chiaramente

Questa tecnica, largamente attestata, veniva spesso utilizzata per completare iscrizioni lapidarie con nomi di persone ancora in vita al momento dell'incisione. Per rispetto, cautela, o in attesa della conferma di uno *status* giuridico, si lasciava uno spazio vuoto[11], destinato a essere colmato in un secondo momento mediante pittura. Il naturale deterioramento del pigmento col tempo avrebbe poi cancellato ogni traccia visibile dell'integrazione, lasciando l'impressione di una lacuna. In tal senso, si tratterebbe di un vuoto intenzionale e programmato, inscritto nella logica del "non ancora", in attesa di un compimento futuro.

Questo spazio, lungi dall'essere un elemento marginale, anticipa e rafforza il senso complessivo dell'iscrizione che si costruisce interamente come atto relazionale.

Il testo, menzionando in modo esplicito il patrono e l'opera funeraria eretta dal liberto, mostra il perdurare di un rapporto di dipendenza e riconoscenza, anche dopo l'ottenimento della libertà. Il riferimento ai benefici concessi dai patroni e alla scelta di collocare il monumento funebre vicino a quello della famiglia Falcidia rivela, infatti, i meccanismi sociali e giuridici che permettevano ai patroni di conservare un certo potere sui propri ex schiavi, pur in un quadro di relativa emancipazione.

In questo contesto risulta particolarmente significativa la scelta epigrafica di Quinto Falcidio Soterico, il quale dichiara apertamente di aver eretto il proprio monumento funebre (*cupide*[12] *iuxta illos statui*[13] *monumentum mihi*) conquistato dai benefici dei patroni (*beneficis victus*[14] *patronorum*). Questa dichiarazione costituisce un raffinato

percepibili a occhio nudo. La sua eventuale applicazione potrebbe pertanto fornire ulteriori elementi per verificare la presenza residua di una originaria *rubricatura*.

[11] «Un autre cas de complément est celui des inscriptions où le texte gravé comporte des blancs, quelquefois inexpliqués, mais souvent dus au fait que tel ou tel renseignement manquait au moment de la réalisation de l'inscription. […] Dans ce cas, l'est probable que la couleur était chargée de combler le lacune.». R. REBUFFAT, *Peinture* cit., 25.

[12] L'avverbio *cupide* ("desiderosamente") accentua il carattere volontario e intenzionale del gesto.

[13] Il verbo *statuere* potrebbe essere interpretato nel suo valore proprio di "stabilire, disporre", oltre che in quello, frequente in ambito epigrafico, di "erigere". Tale sfumatura semantica accentuerebbe il carattere volontario della scelta del sepolcro, coerentemente con il desiderio espresso dal liberto di essere posto *iuxta illos*.

[14] Q(uinti) · Falcidi · Q(uinti) · l(iberti)
Soter⟦e⟧⟨i⟩ci
et ·

esempio di *captatio benevolentiae*[15], strategia retorica finalizzata ad assicurarsi la benevolenza dei patroni anche dopo la morte. Con il suo gesto, *Sotericus* non solo esprime gratitudine verso coloro che gli avevano permesso la libertà e l'ascesa sociale, ma sfrutta abilmente questa dichiarazione pubblica[16] come strumento per rafforzare ulteriormente il legame con la *gens* patronale, a garanzia della continuità

ben ⌜e⌝fici<i>s · vi<n>ctus · patronoꝛûm̂
cupide · iuxta · illos · statui
monumentum · mihi.

G. Bianchini, *Carmina Latina Epigraphica in Venafro Reperta* (CLEiVR), di prossima pubblicazione nella *Collana Opuscula Epigraphica*, sezione relativa a *Sotericus* consultata grazie alla cortese concessione dell'Autore). Bianchini prospetta la lettura *vinctus* in luogo di *victus*, considerando possibile l'omissione della nasale anche alla luce delle sporadiche imprecisioni grafiche presenti nell'iscrizione, come *benificis* per *beneficiis*. Pur riconoscendo l'interesse e la plausibilità dell'ipotesi sotto il profilo paleografico, resta tuttavia possibile conservare la lezione *victus*, quale risulta incisa sulla pietra, in quanto coerente sia sul piano linguistico sia su quello semantico. La scelta di *victus* sembra pertanto privilegiare la forza persuasiva dei *beneficia*, capaci di suscitare spontaneamente la *gratitudo* del liberto, più che il vincolo giuridico derivante dal rapporto di patronato. Mi piace pensare che – in una chiave più simbolica e affettiva – si possa leggere come "conquistato, nutrito, sostenuto". Questa resa permette di cogliere il tono intensamente riconoscente dell'iscrizione, in piena coerenza con l'antroponimo *Sotericus*. Sebbene derivi dal greco Σωτήρ (salvatore), si può ipotizzare una lettura anche in chiave passiva: *Sotericus* come 'colui che è stato salvato'. In questa prospettiva, i patroni non sono soltanto garanti legali, ma figure determinanti per la vita del liberto, da cui egli è stato accolto, sostenuto e trasformato.

[15] La nozione di *captatio benevolentiae* ha radici profonde nella tecnica oratoria classica, dove l'apertura del discorso mirava a conquistare la simpatia del pubblico o del giudice. Quintiliano, nella sua *Institutio Oratoria*, dedica un intero capitolo a tali strategie, evidenziando come esse si basassero su un linguaggio di umiltà, riconoscenza e appello morale. Trasposta nel contesto epigrafico, la *captatio* assume una forma solenne e duratura: parole scolpite nella pietra che conservano intatta la richiesta di indulgenza. Sul tema, in generale, Cfr. A. Pennacini (a cura di), *Quintiliano. Institutio Oratoria*, Biblioteca della Pléiade**,** Parigi, 2001; L. Giancarli, L. Montanari, *Quintiliano. La scuola a Roma e il modello di oratore-cittadino*, Cappelli, Bologna, 2007.

[16] L'epigrafe non si rivolge esclusivamente al patrono, ma a una pluralità di lettori: i discendenti, i liberi cittadini e i visitatori occasionali. In un percorso urbano, le iscrizioni funebri erano manifesti di *status* sociale. La stele di *Sotericus*, visibile lungo un percorso di passaggio, comunica un messaggio di ordine e coesione sociale: il patrono appare come benefattore generoso e il liberto come soggetto riconoscente e degno. Questo scambio di atteggiamenti posiziona entrambi gli attori in una rete di relazioni che va oltre l'intimità familiare, contribuendo a definire le gerarchie cittadine e promuovendo valori di *pietas* e lealtà.

della sua memoria e, forse, dei privilegi associati a questo vincolo duraturo.

Da qui si comprende la natura intrinsecamente ambivalente del rapporto patrono-liberto[17], al contempo carico di potenzialità per l'ex schiavo[18] e di condizionamenti a favore del patrono**.** In molte circostanze, il patrono non ostacolava – e talvolta favoriva – l'ascesa economica e sociale del proprio liberto, consapevole dei possibili vantaggi non solo materiali, ma anche simbolici: il successo del liberto rifletteva infatti il prestigio, la capacità e la generosità del patrono stesso, rafforzandone il ruolo all'interno della comunità. Al tempo stesso, il liberto riconosceva che la sua posizione era, in origine, indissolubilmente connessa al rango, al potere d'intermediazione e alla protezione assicurati dalla famiglia di appartenenza.

Il sistema romano, grazie a tali relazioni, riusciva a gestire la manomissione senza mettere in discussione la rigida gerarchia sociale: i liberti potevano ottenere successo economico, ma restavano comunque legati, sul piano giuridico e del prestigio sociale, a chi aveva concesso loro la libertà.

3. L'epigrafe di Soterico presuppone una vicenda giuridica che il testo non esplicita, ma che ne costituisce il necessario antecedente: la manomissione. Comprendere le modalità e gli effetti dell'affrancamento significa, tuttavia, ricostruire non soltanto il momento dell'acquisto della libertà, bensì l'intero *status* del liberto, fatto di diritti, doveri e persistenti vincoli nei confronti del patrono.

Si tratta di un istituto-procedimento che, per quanto ampiamente noto, consente di comprendere il mutamento del rapporto di schiavo-padrone, in quello di liberto-patrono, fondando il titolo giuridico (ma anche economico ed – eventualmente – affettivo) del messaggio "inciso sulla pietra", affidato ai posteri ed alla perpetuazione del ricordo.

La manomissione[19], infatti, non costituiva una cesura radicale con

[17] Sul diritto di patronato, cfr. G. Purpura, *Diritto di patronato e astikoi nomoi in P. Oxy IV.76*, in *Atti del V Convegno nazionale "Colloqui di Egittologia e Papirologia,* Firenze, 10-12 dicembre 1999, a cura dell'Istituto Papirologico "G. Vitelli, Firenze 2000, 199 ss.

[18] "Figli del fato, o figli della fortuna. Così gli antichi consideravano i liberti, poiché da una semplice vendita dipendeva il destino di uno schiavo". M. Vanni, *Figli del* Fato. *I liberti nell'antica Roma, dall'atto della manumissio ai doveri verso il patronus*, in *Quaderni di Nuova Archeologia*, 2008, 2 ss.

[19] Sulle forme della manomissione, sui relativi effetti in ordine allo *status* del ma-

il passato, ma piuttosto l'inizio di una nuova forma di subordinazione, inquadrata e regolamentata dal diritto. Con l'atto di affrancamento, l'ex schiavo acquisiva uno *status* giuridico distinto, divenendo formalmente libero: acquisiva il *nomen*[20] della *gens* di appartenenza del suo ex padrone e otteneva la facoltà di esercitare almeno in parte alcuni diritti civili[21].

nomesso e sulla loro evoluzione, cfr. W.W. Buckland, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908, 437-597; S. Treggiari, *Roman Freedmen during the Late Republic*, Oxford, 1969; H. Mouritsen, *The Freedman in the Roman World*, Cambridge, 2011,. 120-205; E. Incelli, *La figura del liberto imprenditore*, Roma, 2018, 20 ss.; C. Masi Doria, *La Latinitas Iuniana. Aspetti patrimoniali*, *Gerión* 36/2, 2018, 555 ss.; P.A. Blistein, *Le ambiguità della antica schiavitù: la manomissione Vindicta e la commedia Casina di Plauto*, in *Stylos*, 15, 2006, 5 ss.; G. Lucchetti, *Libertas inaestimabilis res est. Note sulla schiavitù in epoca giustinianea*, in *Rivista di Diritto Romano*, IV. 2004, 1 ss.; M. Ballestri Fumagalli, *Nuove riflessioni sulla Manumissio inter amicos*, in *Studi Biscardi*, II, 1982, 117 ss.; S. Calderone, *Intorno ai problemi della Manumissio in ecclesia*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 4, 1971, 377 ss.; G. Pugliese (con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca), *Istituzioni di diritto rromano, Torino* 1998, 222-224.

[20] Il nome è l'elemento che non può e non deve mancare sulla sepoltura e ad esso sono affidate funzioni importanti, prima fra tutte quella di consentire la collocazione dell'individuo all'interno di una *gens*. Il *nomen* distingue coloro che fanno parte dello stesso nucleo familiare ed è comune a tutti loro, siano di nascita libera (*ingenui*) o siano invece divenuti liberi nel corso della vita e si trovano pertanto nella condizione di liberti: è questo il caso di *Sotericus* dove sull'epigrafe si legge, infatti, *Quinti Falcidi Quinti liberti Sotericus*. Terminata la schiavitù, dunque, il liberto acquisisce altri due elementi onomastici, che si aggiungono all'unico che un tempo possedeva. Quest'ultimo diventa il suo *cognomen*, mentre *praenomen* e gentilizio (*nomen* o *gentilicium*) derivano, specialmente dal I sec. a C. in poi, dal patrono. E. Incelli, *La figura,* cit., 29; A. Donati, *Epigrafia romana. La comunicazione nell'antichità*, Bologna, 2002, 54.

[21] In particolare, ai liberti era preclusa la possibilità di accedere alle cariche politiche e alle magistrature, circostanza che li spingeva a ricercare vie alternative per migliorare la propria condizione socioeconomica. Un'opzione frequente era l'adesione ai *collegia*, associazioni organizzate per categorie professionali quali artigiani e commercianti.

L'ingresso nel *collegium* degli *Augustales* rappresentava, per molti liberti, un traguardo significativo, se non addirittura il coronamento definitivo del loro percorso di mobilità sociale ed economica. Infatti, tale *collegium* costituiva l'unica opportunità disponibile ai liberti per avvicinarsi, seppur indirettamente, alle magistrature cittadine da cui erano esclusi.

Cfr. F. Van Haeperen, *L'Augustalità, un'innovazione del principato di Augusto, in Augusto. La costruzione del Principato*, in *Accademia nazionale dei Lincei*, 2017, 223

L'epigrafe non rivela il procedimento tecnico attraverso cui Quinto Falcidio Soterico ottenne l'affrancamento, ma alcuni indizi consentono di delineare scenari plausibili. L'adozione del *nomen Falcidius*, segno distintivo della piena cittadinanza, rende probabile una manomissione solenne, con ogni verosimiglianza tramite *vindicta*, la procedura più diffusa tra i liberti delle grandi famiglie. È meno probabile una liberazione testamentaria, poiché l'iscrizione lascia intravedere un rapporto di riconoscenza verso la *gens* patronale che non si esaurisce nella memoria di un singolo *dominus* defunto, ma sembra estendersi a una relazione più ampia e duratura.

Non è da escludere che l'affrancamento sia stato il risultato di un percorso negoziato: *Sotericus* potrebbe aver accumulato un peculio o ricoperto incarichi fiduciari all'interno della *domus*, guadagnandosi progressivamente il diritto alla libertà. In questo scenario, la manomissione non sarebbe stata un atto di pura liberalità, ma il frutto di un equilibrio di interessi, sancito e formalizzato attraverso una procedura solenne. La formula *benificis victus patronorum* sembra suggerire proprio questa dinamica: un processo di emancipazione sostenuto dai patroni, in cui la libertà concessa implicava una permanenza, seppur trasformata, del vincolo originario.

Più che un semplice gesto individuale, la manomissione di Soterico può essere compresa come parte di una strategia di promozione patronale, attraverso cui la *gens Falcidia* elevava alcuni schiavi selezionati allo *status* di cittadini, consolidando la propria rete di clientela e il proprio capitale simbolico. Resta tuttavia impossibile determinare con certezza la modalità di manomissione: l'epigrafe sembra piuttosto invitare a leggerla come l'esito di un percorso di libertà guidato e orientato dalla famiglia patronale, un processo di integrazione che la documentazione giuridica da sola non è in grado di restituire nella sua interezza.

Tuttavia, questa libertà restava inscritta all'interno di un rapporto di dipendenza nei confronti del *patronus*, il quale manteneva su di lui diritti e aspettative che trovavano espressione in specifici obblighi giuridici e morali[22].

ss.; N. Cassieri - G.L. Gregori, *Un nuovo magister Augustalis formiano e gli Augustales di Formiae*, in *Hormos*, 5, 2013, 11 ss.; E. Incelli, *La figura* cit,. 48 ss.

[22] Sulla percezione culturale dell'obbedienza servile e sui limiti della *dominica potestas* nel dibattito declamatorio, v. P. Capone, *Il servus deve eseguire qualunque ordine del dominus? Spunti di riflessione a margine di due declamazioni*, in *TSDP* XVIII, 2025, 1 ss.

Tra questi, l'*obsequium*[23] rappresentava l'asse portante: oltre a inibire al liberto la promozione di azioni giudiziarie[24] contro il patrono, gli imponeva di agevolarne concretamente gli interessi – ad esempio, assumendo il ruolo di *procurator* o *cognitor* nei processi, rendendo deposizioni testimoniali favorevoli, cooperando nella gestione di affari o patrimoni affidati e astenendosi dal sostenere iniziative che potessero comprometterne il decoro, la reputazione o la solidità economica. In tal modo, questo dovere di rispetto perpetuava il precedente rapporto di potere, preservando una marcata disparità di posizione che assicurava al patrono una supremazia istituzionalizzata, nonostante l'avvenuta emancipazione del liberto.

All'*obsequium* si aggiungevano le *operae*[25], ovvero prestazioni lavorative che il liberto era tenuto a fornire all'ex padrone e, talvolta, anche ai suoi eredi. Quest'ultimo aspetto è particolarmente rilevante, poiché mostra come il vincolo, sebbene allentato rispetto alla condizione servile, si estendesse nella sfera del diritto privato e delle relazioni economiche, potendo persino oltrepassare la durata della vita del patrono. In tal senso, quest'ultimo continuava a esercitare una forma di controllo sulle attività del liberto, condizionandone le prospettive di piena autonomia.

A sostegno di questa continuità si poneva anche l'istituto del *pecu-*

[23] Ampia bibliografia in S. Sciortino, *Un'ipotesi sulla revoca della donazione per ingratitudine del liberto*, in *TSDP* 15, 2022, 2 e nt. 4.

[24] Il liberto non poteva esperire nei confronti del patrono l'*actio de dolo*, l'*actio iniuriarum*, l'*interdetto unde vi e famosae actiones*. S. Schiavo, *Sulla revocatio in servitutem dei liberti ingrati in alcuni rescritti tardoclassici*, in *Tesserae iuris*, III, 2, 2022, 106 nt. 3.

[25] Il dovere di prestare servizi derivava da una promessa che i padroni esigevano dagli schiavi al momento di manometterli; essa assumeva di regola la forma di un giuramento (*ius iurandum* o *promissio iurata*) prestato dopo la *manumissio*; e il liberto era l'unico soggetto che potesse obbligarsi in tal modo. Cfr. E. Nicosia, *Promissio iurata liberti?* in *AUPA*, v. LVI, 2013, 101 ss. L'A. analizza criticamente l'uso dell'espressione **"***promissio iurata liberti***"**, comunemente utilizzata dalla dottrina moderna per indicare l'atto con cui il liberto romano si obbligava a prestare servizi (*operae)* al patrono, dimostrando come questa formula sia priva di fondamento nelle fonti antiche **e** tenda a confondere due atti giuridici distinti: la *stipulatio* (obbligazione verbale contratta "*utroque loquente*", cioè con domanda e risposta tra patrono e liberto); e il *iusiurandum* (giuramento del solo liberto, "*uno loquente*"). Sull'argomento anche, C. Masi Doria, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti,* Napoli, 1993.; per i casi in cui il patrono avesse costretto il liberto a prestazioni pecuniarie al posto delle opere, si v. Id., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 450.

lium[26]. Esso consisteva nella concessione, da parte del *dominus* o *patronus*, di un patrimonio gestito di fatto dal beneficiario, ma formalmente di proprietà del padrone. Il gestore poteva amministrare e reinvestire i beni, ma la titolarità rimaneva al soggetto dotato di *potestas*, che conservava la facoltà di revoca. L'istituto, funzionale anche al decoro dell'aristocrazia refrattaria al commercio, instaurava una separazione patrimoniale imperfetta: i creditori si soddisfacevano sul *peculium* mediante l'*actio de peculio*[27] volta a colpire il capitale sociale affidato al servo o sui frutti confluiti al padrone tramite l'*actio de in rem verso*[28]. Questa duplice forma di tutela giuridica segnalava il riconoscimento, da parte del sistema romano, dell'esigenza di equilibrare l'interesse del *dominus* a non esporre l'intero proprio patrimonio, con il bisogno del creditore di avere garanzie reali circa il soddisfacimento delle obbligazioni contratte dallo schiavo.

In dottrina[29], questo meccanismo è stato spesso letto come un antecedente storico della personalità giuridica imperfetta e delle moderne forme di responsabilità patrimoniale limitata, rintracciabili nelle società di capitali e in istituti come il fondo patrimoniale o il trust. Come nel *peculium*, anche in tali strumenti si rinviene la logica della "destinazione di beni a uno scopo", che consente di circoscrivere il rischio d'impresa o di proteggere determinati beni da aggressioni creditorie estranee alla finalità per cui sono stati conferiti.

La giurisprudenza contemporanea e parte della dottrina di diritto comparato riconoscono, infatti, che il *peculium* romano rappresenti un primo tentativo di costruire una barriera giuridica tra patrimonio personale e patrimonio destinato a un'attività, anticipando il principio cardine della separazione patrimoniale tra socio e società, che caratterizza le odierne strutture organizzative e i sistemi fiduciari del diritto moderno.

Tornando ora al piano storico già delineato, è possibile rilevare

[26] R. Pesaresi, *Ricerche sul peculium imprenditoriale*, Bari, 2008; C. L. Crell - J. Gottlob Leopold, *De peculio personarum sui juris*, Milano, 2023.

[27] A. Grebienion, *Peculium duplics iuris. Sulla responsabilità del dominus in D. 15.1.1.9.1-2 (Ulp. 29 ad ed.)*, in *Legal Roots* 8, 2019, 107 ss.

[28] Per un'analisi del rapporto tra *actio de peculio* e *actio de in rem verso*, con riferimento alla responsabilità del *dominus* e alla loro formulazione processuale, cfr. M. L. Biccari, *Problemi sostanziali e processuali dell'attività d'impresa di un servo comune*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XVI, 2023, 7-9.

[29] R. Zimmermann, *TheLaw of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996; F. Gallo, *Peculium e responsabilità patrimoniale nel diritto romano*, Torino, 1997; P. Cerami, *La responsabilità del dominus per le obbligazioni del servo,* Milano, 2001.

come, grazie a tale autonomia gestionale, l'ex schiavo poteva sviluppare iniziative commerciali[30] e accumulare risorse[31], giungendo in alcuni casi ad acquistare la propria libertà attraverso la *manumissio pecuniaria*[32].

[30] Cfr. A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C. - II sec.d.C.)*, Milano, 1984; Id. *'Servus' e 'libertus', strumenti dell'imprenditore romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Atti del Convegno (Erice, 22-25 novembre 1988)*, a cura di M. Marrone, Palermo, 1992, 19 ss.; Id., *Il diritto commerciale romano. Una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, 418 ss.; P. Cerami, A. Di Porto, A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, II ed., Torino, 2004; A. Bürge, *Lo schiavo (in)dipendente ed il suo patrimonio*, in *'Homo', 'caput', 'persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 369 ss.; A. Petrucci; *Idee 'vecchie' e 'nuove' sulle attività imprenditoriali gestite all'interno di un peculio*, in *BIDR*, 106, 2012, 226 ss.; Id., *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni*, Torino, 2021; M.L. Biccari, *Problemi sostanziali e processuali dell'attività d'impresa di un servo comune* cit, 2 ss.

[31] La notevole capacità da parte di molti liberti di acquisire grandi ricchezze e accumulare ingenti patrimoni (immobiliari e mobiliari) rese necessario un intervento, per lo più a tutela dell'aristocrazia, che vedeva minacciato il proprio predominio. Tant'è che, nel 31 a.C., Augusto impose una tassa straordinaria del 12,5% ai liberti con patrimoni superiori ai 200.000 sesterzi. Cfr. E. Incelli, *La figura* cit., 30.

[32] Questa pratica riflette non solo i rapporti economici tra padrone e schiavo, ma anche le possibilità di autonomia gestionale concesse allo schiavo stesso e il ruolo di eventuali garanti o terzi benefattori.

CIL, XI 5400: *P(ublius) Decimius l(ibertus) Eros /Merula medicus clinicus chirurgus /ocularius Vlvit / hic pro libertate dedit HS L(milia) / hic pro serviratu in rem p(ublicam) / dedit HS II (milia) / hic in statuas ponendas in / aedam Herculis dedit HS XXX (milia) /hic in vias sternendas in / publicum dedit HS XXXVII (milia) /hic pridie quam mortuus est / reliquit patrimoni / HS DCCC (milia?)*. L'epigrafe documenta un imponente esborso pecuniario da parte di Merula – medico e chirurgo – per ottenere la libertà. La struttura del testo, con la ripartizione delle varie voci di spesa ("*pro libertate", "serviratu in rem publicam"* ecc.), suggerisce che il *peculium* sia stato gestito in più tranche, probabilmente attraverso una combinazione di accantonamento autonomo del *peculium*, frutto dell'attività professionale di Merula; eventuali donazioni esterne (ad es. da parte di pazienti facoltosi); strumenti testamentari che vincolavano la liberazione al raggiungimento di una somma prestabilita; accordi contrattuali con il *dominus* per rateizzare il pagamento. Questo caso illustra come la manomissione pecuniaria, più che una mera transazione, fosse un processo complesso che intrecciava diritti personali, pratiche economiche e dinamiche sociali romane. Il *servus*, infatti, poteva anche contrarre un prestito da un terzo, assumendo un debito da estinguere

Questo traguardo, pur rappresentando un importante passo verso l'indipendenza, non poneva comunque fine a ogni possibile ingerenza da parte dell'ex padrone. In determinate circostanze, infatti, il patrono poteva persino ottenere la revocatio *in servitutem*[33]: una procedura che, di fatto, costituiva una revoca della manomissione per ingratitudine del liberto.

In chiave moderna, l'art. 800 e ss. c.c. ripropone la stessa logica sanzionatoria – sebbene in ambito puramente patrimoniale – consen-

con il pagamento degli interessi, senza necessariamente ricorrere al *peculium* (Ulpianus *libro vicensimo nono ad edictum*: D. 15.3.3). A partire dal principato di Marco Aurelio e Lucio Vero (161-169 d.C.), l'ordinamento giuridico cominciò a riconoscere e tutelare tali operazioni (*Ulpianus libro sexto disputationum*: D. 40.1.4), imponendo al cittadino che avesse ricevuto del denaro da uno schiavo l'obbligo di procedere alla sua manomissione (*Ulpianus libro singulari de officio praefecti urbi*: D. 1.12.1.1). In età tardo-imperiale, le fonti attestano persino la possibilità di un trasferimento diretto di denaro tra lo schiavo e il *dominus*, operazione alla quale viene riconosciuta tutela processuale. In caso di controversia, il magistrato poteva disporre direttamente la concessione della libertà allo schiavo, come stabilito da un rescritto dell'imperatore Gordiano del 240 d.C. (Cod. Iust. 4.57.4): si tratta di una manifestazione estrema del principio del *favor libertatis*. Cfr. W.W. Buckland, *The Roman law of Slavery*, Cambridge, 2010; E. Incelli, La figura cit., 28 s. e 62.

[33] Qualora avesse subito un torto o se il liberto si fosse dimostrato ingrato, ad esempio, per mancato adempimento delle *operae*. Cfr. S. Schiavo, *Sulla revocatio in servitutem* cit., 105 ss.; Secondo l'A., la revoca della libertà per ingratitudine non era affatto una novità introdotta da Costantino, bensì una sanzione già potenzialmente applicabile, benché con modalità e limiti ancora non del tutto definiti, anche nella precedente epoca classica e tardo classica. Ad ulteriore conferma di quanto suggerito dalla Schiavo, si può menzionare anche un passo del Digesto di Callistrato, giurista dell'età tardo-classica, che trattando del tema della revoca afferma chiaramente: *"Libertus ingratus, qui in patronum nefarium aliquid molitus est aut dignitatem eius graviter laesit, libertate revocari potest."*(Il liberto ingrato, che ha ordito qualcosa di empio contro il patrono o ne ha gravemente offeso la dignità, può essere privato della libertà). Questa testimonianza di Callistrato contribuisce dunque a rafforzare la tesi secondo cui la revoca della libertà non rappresentava un'assoluta innovazione costantiniana, ma si configurava già nella prassi giuridica precedente come una sanzione applicabile in casi estremi di ingratitudine; assume una posizione più sfumata, S. Sciortino, *Un'ipotesi* cit., 29 nt. 56, affermando una posizione intermedia (né a favore né contro) sulla classicità del rimedio. Inoltre, riflessioni più ampie sul tema del rapporto padrone-schiavo e sulla possibilità di distacco o abbandono (in casi come la *derelictio servi*) suggeriscono come la libertà concessa, anche quando accompagnata da riconoscimento formale, potesse risultare ancora fortemente condizionata da dinamiche giuridiche e morali di dipendenza, Cfr. P. Pasquino, *Note su alcune ipotesi di derelictio servi*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XVII, 2024, 1ss.

tendo al donante di riprendere ciò che aveva liberalmente trasferito al donatario ingrato. In entrambi i casi, dunque, l'ordinamento tutela il benefattore contro chi tradisce l'obbligo morale di riconoscenza: ieri restituendo il liberto allo *status* servile, oggi restituendo al donante il bene donato. E tuttavia, già la giurisprudenza classica, per voce di Callistrato, in D. 38.1.38[34], temperava quel potere: il patrono non poteva pretendere dal liberto prestazioni offensive della sua *dignitas* sociale e professionale[35], segno di un precoce tentativo di bilanciare autorità e *libertas*, tentativo che il diritto contemporaneo sviluppa ulteriormente, limitando la revoca della donazione ai soli comportamenti di ingratitudine espressamente tipizzati dalla legge.

Un ulteriore aspetto cruciale riguarda la successione ereditaria[36], che rifletteva e consolidava il legame giuridico e morale tra liberto e patrono anche *post mortem*. In linea generale, al liberto non era riconosciuta una piena autonomia nella devoluzione *mortis causa* del proprio patrimonio, poiché la legge imponeva limitazioni volte a garantire la destinazione di una quota dei beni alla famiglia del patrono. A tal fine, la *lex Fufia Caninia*[37] e, in seguito, la *lex Aelia Sentia*[38] introdus-

[34] "*Si tamen libertus artificium exerceat, eius quoque operas patrono praestare debit, etsi post manumissionem id didicerit quod si artificium exercere desierit, tales operas edere debebit, quae non contra dignitatem eius fuerint, veluti ut eum patrono moretur, peregre proficiscatur, negotium eius exerceat*".

[35] "Riconoscere implicitamente al liberto il diritto di rifiutarsi di svolgere *operae* non commisurate alla propria dignità significa molto in una società in cui la manomissione non cancella l'ignominia legata a un passato di schiavitù". Così E. Incelli, *La figura del liberto imprenditore* cit., 47.

[36] I libri 37 e 38 del *Digesto* trattano il tema dell'eredità pretoria (*bonorum possessio*). Non sembra casuale, dunque, che i compilatori abbiano collocato in questa sezione anche l'insieme delle norme relative al *patronatus*. Tale scelta pare confermare quanto le questioni successorie fossero centrali nella configurazione giuridica del rapporto tra patrono e liberto, al punto da risultare inscindibili da essa. (D. 37, 14: "*De iure patronatus*"; D. 37, 15: "*De obsequis parentibus et patronis praestandis*"; D. 38, 1: "*De operis libertorum*"; D. 38, 2: *"De bonis libertorum"*; D. 38, 3: "*De libertis universitatium"*; D. 38, 4: "*De adsignandis libertis*"; D. 38, 5: "*Si quid in fraudem patroni factum sit*"). Cfr. R. Signorini, *Adsignare libertum. La disponibilità del patronatus tra formazione senatoria ed interpretatio guurisprudenziale*, Milano, 2009.

[37] La *lex Fufia Caninia*, applicabile alle sole manomissioni testamentarie, ne limitò il numero in rapporto alla consistenza della *familia servile*, stabilendo altresì un limite massimo. Cfr. E. Gabba, *Roma arcaica: Storia e storiografia*, Roma, 2000; B. Sirks, *The Purpose of the Lex Fufia Caninia,* in *ZSS.* 129, 2012, 549 ss.; E. T. M. Veldman, *The lex Junia, lex Fufia Caninia, and lex Aelia Sentia. Impact and Motives of the Augustan Manumission Law*, Utrecht, 2020.

[38] La *lex Aelia Sentia* pose ulteriori limiti alle manomissioni, con particolare ri-

sero restrizioni in merito alla capacità testamentaria dei liberti, onde evitare che l'affrancamento recidesse definitivamente i legami patrimoniali con la *gens* di provenienza. Qualora, poi, il liberto morisse privo di eredi legittimi o testamentari[39], il patrono – o i suoi discen-

guardo all'età del *dominus* e dello schiavo e prevedendo, in determinate ipotesi, l'accertamento di una *iusta causa manumissionis*. Sull'incidenza del requisito dell'età offre un significato riscontro l'epitaffio di *Narcissus* da Venafro (*CIL* X 4917 = *CLE* 1015), discusso da M. Massaro, *Artificio e sentimento* cit. 112-113, dove il defunto lamenta la *debita libertas iuveni mihi lege negata*. Cfr. A. Metro, *La lex Aelia Sentia e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo* 7, 1961, 147 ss.; M. A. Ligios, *Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai 3.74-76*, in *Jusonline* n. 1, 2018, 281 ss.; E. Bianchi, *L'espressione dediticiorum numero di frg. Berol.1.2 e di Gai Inst. 3. 74-76 e lo scandalo della lex Aelia Sentia*, in *Rivista di diritto romano*, XX, 2020, 183 ss.; E. Bisio, *La deroga al divieto di manomissione in frode ai creditori ex lege Aelia Sentia. Una breve nota su status libertorum e interpretatio giurisprudenziale*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 2021, 193 ss.; Id., *Lex Aelia Sentia, lex Iunia e manumissio censu*, in *Jus. vitae pensiero.it*, 2022, 27; S. A. Cristaldi, *Latini ex lege Aelia Sentia*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, XII, 2022, 289 ss.; *Id.*, *Manumissio del minore di trent'anni e acquisto della condizione di Servus Caesaris*, in *Collana della Rivista di Diritto romano. Scripta extravagantia. St. in ricordo di Ferdinando Zuccotti* (a cura di Iole Fargnoli), 2024, 265 ss.

[39] Occorre sottolineare che la menzione degli *heredes* nelle iscrizioni funerarie imperiali è in genere assente: i monumenti servivano prioritariamente a celebrare il defunto e i legami di dipendenza o gratitudine (*patroni*, *collegia*, coniugi), mentre le disposizioni patrimoniali rimanevano confinate al testamento, di norma non trasposto in forma epigrafica. Ne consegue che il silenzio di un'epigrafe in materia di successione non costituisce prova dell'assenza di eredi. La presenza esplicita degli *heredes* nelle epigrafi funerarie romane costituisce un fenomeno piuttosto raro, poiché l'epigrafia nasce con una funzione principalmente commemorativa e solo in casi eccezionali assume una valenza normativa. Tuttavia, alcune iscrizioni fanno emergere un uso della scrittura epigrafica orientato a regolare disposizioni *post mortem,* rivolgendosi direttamente agli eredi per imporre vincoli o prescrizioni. Secondo C. Nicolet (*L'ordre juridique romain*, Paris, 1988, 196 ss.), tale fenomeno può essere interpretato come una forma di regolazione giuridica "dal basso", adottata soprattutto da coloro che, come le *libertae*, non avevano pieno accesso ai canali del *ius civile*. Anche J. Andreau (*Le libertinage et l'écriture,* in *Esclaves et affranchis dans le monde romain*, a cura di Y. Thomas, 1981, 139ss.) ha osservato come, tra i ceti intermedi, la scrittura epigrafica assuma una funzione documentaria, diventando uno strumento alternativo di espressione normativa. Per le *libertae*, questa strategia appare particolarmente significativa. Sebbene ottenessero la cittadinanza romana, le donne affrancate restavano spesso soggette alla tutela maschile e incontravano limiti nell'autonomia testamentaria, soprattutto in assenza di figli legittimi o di un contesto familiare consolidato. In questo scenario, l'iscrizione funeraria offriva uno spazio pubblico in cui esprimere volontà vincolanti, affidandosi alla visibilità della pietra e alla forza del linguaggio giuridico.

denti – acquisiva il diritto di succedere *ab intestato* ai suoi beni[40] (*ius patronatus* in successione[41]), consolidando ulteriormente l'idea che la libertà concessa fosse condizionata da un vincolo duraturo, anche economico, a favore della famiglia patronale.

Il sistema successorio, dunque, disciplinato dalle leggi *Fufia Caninia* e *Aelia Sentia*[42], dimostra che perfino dopo la morte il liberto rimaneva inglobato nella sfera d'interesse patrimoniale del patrono, confermando la natura "negoziata[43]" e non pienamente liberatoria della manomissione[44]. E la nostra fonte epigrafica offre un esempio emblematico di tale condizione, in cui la commemorazione pubblica oscura le dinamiche ereditarie pur senza attenuarne l'efficacia giuridica.

4. In questa cornice, ma sotto diverso profilo, l'epigrafe di Quinto Falcidio Soterico offre una testimonianza concreta di come i principi

Le formule rivolte agli *heredes* (*heredes rogo ne sepulcrum violarent*) e le espressioni di interdizione (*Diis inferis sacratus esto*) testimoniano il tentativo delle *libertae* di appropriarsi di strumenti normativi ufficiali, trasformando l'epitaffio in un vero e proprio testamento inciso nella pietra.

[40] Regime modificato da Giustiniano il quale stabilì che i liberti meno ricchi potessero liberamente testare a favore di estranei. G. Pugliese (con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca), *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1998, 225.

[41] Per un approfondimento di una vicenda successoria connessa al problema dello *ius patronatus*, C. Masi Doria, *Un caso di successione patronale? A proposito di D.28.5.93(92)*, in *Scritti in onore di Letizia Vacca*, a cura di L. Garofalo, II., 2025, 443ss; già, con diversa prospettiva, Ead., *À la cour du prince, une affaire controversée: l'héritage de Pactumeius Androsthenes*, in *Iura*, 71, 2023, 123 ss.

[42] Le due leggi si collocano all'interno della più ampia politica augustea finalizzata a riequilibrare la composizione del corpo civico romano, distinguendo tra cittadini nati a Roma o in Italia e coloro che, pur godendo della cittadinanza, erano nati nelle province ed erano spesso di origine servile. In età giustinianea, la materia delle manomissioni fu oggetto di un intervento sistematico: l'imperatore abrogò i limiti imposti dalla *lex Fufia Caninia* e mantenne in vigore, tra le disposizioni della *lex Aelia Sentia*, unicamente il divieto di manomissioni compiute in frode ai creditori.

[43] Una vera e propria "combinazione di inclusione ed emarginazione". Cfr. R. Maclean, *Freed Slaves and Roman Imperial Culture. Social Integration and the Transformation of Values*, Cambridge, 2018, 173.

[44] Tale quadro è ulteriormente confermato dall'analisi delle fonti giurisprudenziali e delle costituzioni imperiali, come quella dei *divi frates*, che regolavano casi di *bonorum possessio contra tabulas* tra patroni e discendenti dei liberti, e che mostrano chiaramente la tensione tra autonomia del liberto e persistenza del vincolo patronale anche nella trasmissione ereditaria dei beni. Cfr. F. Pulitanò, *Bonorum possessio dimidiae partis e accusatio capitis in una costituzione dei divi frates*, in *Rivista di Diritto Romano*, III, 2023, 323 ss.

giuridici e sociali del rapporto patrono-liberto trovassero applicazione nella realtà quotidiana, riflettendo il sistema di obblighi e riconoscenza che ne costituiva il fondamento.

Questa strategia, giocata sull'integrazione e sulla discrezione, si differenzia nettamente da quella adottata da altri liberti, i cui monumenti funebri tradiscono una volontà esplicita di affermazione individuale e di rottura, se non con il passato servile, quantomeno con la subordinazione simbolica ad esso connessa.

Il caso più emblematico è rappresentato da Marco Virgilio Eurisace[45], il quale, mediante un imponente sepolcro posto in posizione altamente visibile lungo la via Labicana[46], ostenta il successo economico ottenuto grazie alla sua attività di *pistor*, facendone il fulcro della propria identità pubblica. La decorazione architettonica del monumento, che richiama le forme di una macchina per impastare il pane, e l'iscri-

[45] *CIL.*, VI, 1958a: *Est hoc monumentum Marcei Vergilei Eurysacis pistoris redemptoris apparet,* evidenziando il suo lavoro di panettiere, appaltatore di forniture pubbliche e apparitore (ossia ufficiale subalterno) di qualche personaggio di alto rango come un sacerdote o un magistrato. La sua scelta monumentale appare ancora più significativa se confrontata con le pratiche funerarie delle classi aristocratiche, le quali seguivano canoni iconografici e testuali ben definiti, volti a sottolineare il prestigio della famiglia e la continuità della *gens*. Le tombe dei senatori e dei cavalieri romani non enfatizzavano mai il lavoro o l'attività economica, bensì la genealogia e i titoli pubblici, elementi fondamentali per la legittimazione del loro *status* sociale. Le epigrafi aristocratiche erano spesso sintetiche e solennemente istituzionali, riportando il *cursus honorum*, ovvero la sequenza delle cariche ricoperte, o enfatizzando il legame con illustri antenati. L'iconografia prediligeva ritratti idealizzati, talvolta inseriti in contesti mitologici o allegorici, a simboleggiare la continuità con i valori della *Romanitas.* Cfr. P. Ciancio Rossetto, *Il sepolcro del fornaio Marco Virgilio Eurisace a Porta Maggiore*, Roma, 1973; R. Coates - Stephens, *Porta Maggiore: Monument and Landscape: Archaeology and Topography of the Southern Esquiline from the Late Republican Period to the Present*, Roma, 2004; J.M.C. Toynbee, *Morte e sepoltura nel mondo romano*, Roma, 1993; C. Ricci, *Qui non riposa: cenotafi antichi e moderni fra memoria e rappresentazione*, Roma, 2006; M. Blasi, *Strategie funerarie: onori funebri pubblici e lotta politica nella Roma medio e tardo repubblicana (230-27 a.C.)*, Roma, 2012.

[46] La tomba del fornaio venne costruita vicino a Porta Maggiore, lungo un'importante via di accesso a Roma, e non nelle aree cimiteriali aristocratiche come quelle lungo la via Appia. Collocare la sua monumentale tomba fuori dai contesti tipici dell'élite, ma in una zona ben visibile e molto trafficata, rappresentò per Eurisace un'affermazione del proprio *status* sociale raggiunto grazie al duro lavoro. Sia consentito richiamare il mio, *Il liberto imprenditore: infelicità ed emarginazione sociale dei nuovi ricchi nella Roma antica e nella modernità*, in *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*, 1, 2025, 75 ss.

zione che rivendica il merito del lavoro manuale, configurano una narrazione di sé orgogliosa e, per certi versi, dissonante rispetto al linguaggio moderato e deferente della tradizione epigrafica gentilizia.

Ancor più radicale, sebbene in forma letteraria e grottesca, è la rappresentazione offerta da Trimalcione nel *Satyricon* di Petronio[47]. L'ex schiavo arricchito progetta un sepolcro gigantesco, traboccante di statue, epigrafi e rappresentazioni della propria vita, volto a cristallizzare la memoria della propria ascesa in forme volutamente eccessive. La caricatura trimalcionica riflette, pur nella sua esasperazione, una tensione reale vissuta da molti liberti: l'urgenza di lasciare un segno duraturo, di farsi ricordare, anche a costo di sovvertire i codici del decoro aristocratico.

Il confronto tra queste tre figure – due storiche e una narrativa – mette in luce la varietà di risposte che i liberti potevano dare alla loro condizione. Soterico sceglie la via dell'integrazione silenziosa: non ostenta, non si separa dalla *gens* patronale, ma vi si aggrega; Eurisace rivendica con fierezza il proprio successo economico; Trimalcione esaspera con il suo desiderio di immortalità e ostentazione. Tre strategie differenti per affrontare la stessa sfida, ovvero trasformare una libertà conquistata in memoria duratura.

Tali divergenti orientamenti sottolineano la molteplicità dei percorsi di emancipazione nell'antica Roma, dove la libertà conquistata poteva comportare una vicinanza simbolica alla *gens* di provenienza o, all'opposto, un desiderio di sottolineare la distanza rispetto al pregresso *servitium*.

Un'ulteriore dimensione da considerare nella varietà delle strategie commemorative è rappresentata dal genere[48]: anche le *libertae*

[47] Petron., *Sat*. 71,12. Cfr. A. Sartori, *Parlano anche i sassi* cit, 13.

[48] Il rapporto patrono-liberto non era esclusivamente maschile: anche le donne potevano ricoprire il ruolo di *patronae*, con il pieno diritto giuridico di manomettere schiavi e schiave. Questo dato evidenzia una dimensione fondamentale del genere nell'antica Roma, mostrando come le donne, sebbene escluse da molte forme di potere pubblico, potessero esercitare forme concrete di autorità e agire come soggetti attivi nella definizione dei legami sociali. Cfr. A. Buonopane e G. Cresci Marrone, *Patrone e liberti nella Transpadana romana,* in *Esclaves et Maîtres dans le Monde Romain,* Roma. 2017, 140ss.; S. R. Joshel, *Work, Identity, and Legal Status at Rome: A Study of the Occupational Inscriptions*, University of Oklahoma Press, 1992; M. Kleijwegt, Ancient *Youth: The Ambiguity of Youth and the Absence of Adolescence in Greco-Roman Society*," Gieben, Amsterdam, 1991; H. Mouritsen, *The Freedman in the Roman World*, Cambridge University Press, 2011; S. Treggiari, *Roman Marriage: Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford University Press, 1991.

mettevano in atto pratiche specifiche per costruire la propria identità pubblica[49], talvolta differenti da quelle dei liberti.

Sebbene la documentazione relativa alle liberte sia quantitativamente minore rispetto a quella relativa ai liberti, le iscrizioni funerarie femminili offrono prospettive significative per comprendere meglio le dinamiche sociali e culturali in gioco. Le liberte romane, analogamente ai liberti, tendevano a riaffermare il legame con la famiglia patronale attraverso precise scelte commemorative, ma spesso con alcune differenze rilevanti. Da un lato, il linguaggio epigrafico delle donne affrancate sottolineava frequentemente la loro fedeltà e le virtù morali tradizionali (come *pudicitia*, *fides* e *castitas*), riflettendo aspettative culturali specifiche legate al genere femminile. Dall'altro lato, le liberte tendevano a enfatizzare nelle loro epigrafi il ruolo familiare – spesso come moglie e madre – per affermare il proprio *status* sociale e la propria identità civica. Esemplare è il caso di numerose iscrizioni in cui le donne affrancate sono ricordate come «*coniunx bene merens*» (moglie benemerita) o «*mater piissima*» (madre molto devota), formule che evidenziano come la loro autorappresentazione fosse costruita soprattutto intorno al ruolo domestico e alla rispettabilità morale[50]. Questa strategia permetteva loro di negoziare il proprio riconoscimento pubblico in maniera diversa rispetto ai liberti, i quali mettevano maggiormente in risalto il successo economico e la vicinanza alla *gens* patronale.

In conclusione, includere il genere nell'analisi della commemorazione funeraria dei liberti permette di apprezzare ancora di più la complessità e l'ampiezza delle strategie identitarie messe in atto dai soggetti emancipati, mostrando chiaramente come le aspettative sociali legate al genere condizionassero le modalità con cui i liberti e le liberte articolavano il proprio percorso di integrazione nella società romana.

Alla luce di queste differenze, emerge chiaramente come la commemorazione funeraria non fosse mai una semplice espressione individuale, ma il risultato di una scelta strategica profondamente radicata nelle strutture sociali e culturali dell'epoca. Ogni epigrafe, ogni gesto monumentale rifletteva infatti un posizionamento preciso rispetto al proprio passato e al rapporto con la *gens* patronale, rivelando il tenta-

[49] L. Scalco, *Donne di casa. Ritratti di liberte e patroni sui monumenti funerari romani*, in *Annales de Arqueologia Cordobesa*, 27, 2016, 215 ss.

[50] E.A. Hemelrijk, *Women and Society in the Roman World: A Sourcebook of Inscriptions from the Roman West*, Cambridge, 2020.

tivo, più o meno esplicito, di costruire una memoria pubblica riconosciuta e legittimata.

5. È in questo orizzonte di significati che si inquadra l'epigrafe di Quinto Falcidio Soterico, la cui figura, nel passaggio dalla subordinazione alla libertà, restituisce con straordinaria nitidezza la complessità di un'identità forgiata nel dialogo continuo tra autonomia e dipendenza.

Non parla soltanto del destino di un singolo liberto, ma lascia emergere un'idea più sottile e complessa di libertà.

Non quella, trionfante e definitiva, che separa per sempre il servo dal padrone, ma una libertà che resta impigliata nei legami del potere, che si costruisce lentamente dentro la rete di obblighi e riconoscenze che l'hanno resa possibile.

La libertà romana, dunque, non nasce da un taglio netto con il passato servile. Si alimenta piuttosto di continuità trasformate, di vincoli che diventano strumenti di ascesa e di riconoscimento. L'atto stesso della manomissione – forse una *manumissio vindicta*, solenne e pubblica, oppure frutto di un riscatto con il *peculium* accumulato nel tempo – non è semplice gesto di benevolenza, ma patto negoziato, equilibrio tra interessi e doveri reciproci.

Da una parte, egli raggiungeva un livello di indipendenza di cui uno schiavo non avrebbe potuto godere; dall'altra, riaffermava attraverso la vicinanza alle sepolture dei Falcidi un legame indissolubile con la *gens* patronale, dimostrando di non potersi (o di non volersi) sottrarre al dovere di rispetto e di devozione verso chi lo aveva affrancato. Questa scelta, tutt'altro che puramente sentimentale, rientrava in una complessa strategia di autorappresentazione, in cui la gratitudine verso il patrono e la volontà di consolidare la posizione sociale si fondevano. L'iscrizione pone così in evidenza la natura sfaccettata e mai completamente risolta del passaggio dalla schiavitù alla libertà, permettendo uno sguardo ravvicinato a una realtà in cui l'autonomia economica non si traduceva in autonomia sociale illimitata, e la relazionalità con l'ex padrone non cessava nemmeno dopo la morte.

Alla luce di queste considerazioni, la sua testimonianza non solo illumina un frammento di vita individuale, ma costituisce anche un documento prezioso per lo studio delle dinamiche di patronato nella Roma antica. La risonanza tra interesse economico e continuità familiare, tra affermazione personale e *obsequium* dovuto al patrono, emerge in maniera esemplare e getta luce su uno degli snodi centrali della storia sociale romana: la possibilità, per l'ex schiavo, di elevarsi a condizione di liberto con un discreto potere d'azione, in parallelo al

perpetuarsi di un vincolo che proseguiva ben oltre la sfera privata, per riflettersi persino nelle scelte riguardanti la memoria postuma. È proprio in questa tensione tra ascesa e dipendenza, tra libertà e subordinazione, che si comprende il significato più profondo della vicenda di Quinto Falcidio Soterico e di tanti altri liberti che, nella Roma di età repubblicana e imperiale, trovarono spazi di crescita, ma senza mai del tutto svincolarsi dalle strutture di potere che avevano segnato la loro esistenza servile.

La scelta di *Sotericus* della condivisione dello spazio sepolcrale con i membri della *domus* patronale conferma questa dinamica, rivelando un desiderio di perpetuare, anche dopo la morte, il rapporto con la famiglia che gli aveva garantito protezione e stabilità economica.

Al contempo, le diverse modalità con cui altri liberti hanno gestito la loro commemorazione funeraria testimoniano la presenza di significativi margini di libertà personale e la possibilità di percorrere strade differenti per affermare una precisa identità sociale. Tali scelte dimostrano come la società romana, pur fortemente gerarchizzata, lasciasse spazio ad espressioni individuali e strategie diversificate di autoaffermazione, sottolineando la varietà delle esperienze dei liberti nel processo di integrazione sociale.

Oltre alla valenza sociale e commemorativa il legame fisico e simbolico espresso attraverso la posizione del sepolcro assumeva, in ambito romano, anche un preciso significato religioso e cultuale. Il luogo destinato ai defunti non era soltanto uno spazio della memoria, ma assumeva un valore sacro, legato al culto degli antenati (*sacra privata*) e alla continuità della famiglia nel tempo. In tal senso, il desiderio di essere sepolto «*iuxta illos*» potrebbe riflettere anche l'intenzione di perpetuare una forma di comunanza spirituale con la *gens* che aveva garantito a Soterico la propria affrancazione. La tomba, luogo di eterna dimora, si caricava così di un valore identitario profondo, poiché attraverso la prossimità fisica alle sepolture patronali, il liberto poteva simbolicamente inserirsi nella memoria familiare e partecipare al culto commemorativo dei defunti.

Tale scelta contribuiva a rafforzare la percezione del liberto come membro integrato – seppur in posizione subordinata – del gruppo familiare, offrendo una forma di legittimazione e stabilità anche nel ricordo postumo.

Il suo patrimonio, il suo nome, la sua memoria rimangono intrecciati a quella stessa casa che un tempo lo aveva posseduto.

Eppure, proprio in questa continuità, il liberto trova una forma di vittoria. Non quella di chi fugge dal potere, ma di chi lo piega, lo rielabora, lo trasforma in un nuovo modo di esistere. La libertà romana

è questo: un'arte della trasformazione, che permette a chi è nato schiavo di entrare nel corpo civico, di possedere beni, di lasciare tracce durature nella pietra e nella storia. È una libertà imperfetta, sempre condizionata, ma capace di sopravvivere perché radicata nella stessa trama che l'aveva negata.

Più che testimone di un vincolo passivamente accettato, Soterico appare interprete di una condizione ambivalente, che non oppone rigidamente libertà e dipendenza, ma le intreccia in una dinamica complessa di riconoscimento, appartenenza e visibilità. La sua iscrizione si inserisce così in una logica di mediazione, in cui l'identità del liberto prende forma non contro il passato servile, ma attraverso di esso, riarticolandone i segni nel presente.

In questa prospettiva, la vicenda di Soterico si presta a una riflessione di più ampio respiro sulle forme storiche dell'emancipazione e della mobilità sociale. Come accade anche in altri contesti e periodi – dal clientelismo tardo medievale alle moderne reti di protezione sociale – l'inclusione dei subordinati avviene spesso attraverso modalità che ne ridefiniscono la dipendenza piuttosto che eliminarla. Essa, dunque, ci permette di cogliere come l'accesso al riconoscimento e alla memoria civica, pur formalmente garantito, richieda ancora una volta l'adesione a codici relazionali asimmetrici, che continuano a regolare la narrazione pubblica dei soggetti marginali.

L'epigrafe non chiude un percorso, ma ne espone la tensione. Ed è proprio in questa tensione – tra subordinazione e autoaffermazione, tra silenzio e parola pubblica – che si colloca la voce del liberto, capace di attraversare il tempo e restituire al lettore moderno la complessità di una libertà costruita dentro, e non oltre, le maglie del potere.

Così, nel silenzio della pietra, essa diventa non solo memoria ma enigma: pochi segni che, pur restando muti su molti dettagli, costringono a riaprire l'interrogativo sulla natura dell'affrancamento e sulle sottili geometrie di potere che lo hanno reso possibile.

Carmellino Giovanni

Profili processuali delle impugnazioni avverso le sentenze di apertura della liquidiazione giudiziale e di omologazione degli strumenti

Abstract

Il presente contributo ha ad oggetto i profili processuali delle impugnazioni proposte avverso i provvedimenti resi in sede di procedimenti unitari, con lo scopo di analizzarne la natura, le novità normative, e le criticità cui possono dare luogo.

The present contribution proposes a review of procedural aspects of appaels against decisions made in preliminary judgment, with purpose to analyzing nature, new regulations and critical issue.

Parole chiave: Procedimento unitario – Impugnazioni – Reclamo
Keywords: Preliminary judgemt – Appeals – Complaint

Sommario: 1. Inquadramento generale alla luce delle (ultime) Riforme. – 2. Il reclamo avverso la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale: i profili di legittimazione attiva e passiva. – 3. Il reclamo, il suo contenuto e gli adempimenti successivi. – 4. La costituzione dei reclamati e gli interventi. – 5. L'entrata in scena del giudice collegiale. – 6. Gli esiti del giudizio di reclamo e i rimedi esperibili. – 7. Il reclamo avverso la sentenza di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi. – 8. Il diniego di revoca dell'omologazione del concordato in continuità: *lex specialis derogat generali*. – 9. Le spese, la responsabilità aggravata e le modifiche all'ultimo comma dell'art. 51 CCII. – 10. Cenni intorno alla natura del reclamo di cui all'art. 51 CCII.

1. *Inquadramento generale alla luce delle (ultime) Riforme*

Nell'art. 51 CCII trova sede il giudizio di impugnazione, unico e da attivare con lo strumento del reclamo, avverso la sentenza del tribunale che apre la liquidazione giudiziale, o, in alternativa, avverso quella che pronuncia l'omologazione del concordato preventivo, del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione o degli accordi di ristrutturazione.

La norma, toccata solo in parte dall'ultimo D.Lgs. 13/09/2024, n. 136 (per brevità anche "Correttivo ultimo")[1], si pone in stretta ade-

[1] In *Gazzetta Ufficiale*, n. 227 del 27/09/2024; in generale si rinvia a L. Panzani, *Lo schema di decreto correttivo del codice della crisi. Prime considerazioni*, in *Diritto*

renza con l'idea (per taluni solo propagandata, ma mai realizzata[2]) della costruzione di un "*procedimento unitario di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza, che costituisce in via generale, una sorta di contenitore processuale uniforme delle iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione della crisi o dell'insolvenza, fatte salve le disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni*"[3]. Ed allora, se da più parti si segnala come il primo grado non si esprima affatto nei termini di un giudizio unico e generalizzato, rappresentando piuttosto "l'affastellarsi di una pluralità di possibili diversificazioni"[4], il procedimento di impugnazione dei provvedimenti

della crisi, 17/07/2024; I. Pagni, *Il Decreto correttivo 13 settembre 2024, n. 136: una guida alla lettura*, *ibid*., 1° ottobre 2024; M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Seconda edizione aggiornata al D.Lgs. 13/09/2024, n. 136, Città di Castello, 2024, *passim*; Id., *Il sistema e i principi del diritto della crisi dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 11/10/2024; F. Lamanna, *Il terzo correttivo al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2025, 196; N. de Luca, L. Sicignano, *Il terzo correttivo al codice della crisi (parte seconda). Il concordato preventivo*, in *Foro it*., 2024, V., 393; M. Ferro, *Il completamento della prima fase della riforma concorsuale: il punto tra diritto interno e diritto europeo, in Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2025, 7; M. Spiotta, *Il CCII (ri)corretto: uno sguardo d'insieme*, in *judicium.it*.

[2] Secondo S. Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2022, 384, la collocazione del procedimento di omologazione quasi per intero nell'ambito del procedimento unitario confermerebbe l'enunciazione di un teorema generato da un'ansia di armonia sistematica piuttosto che un obiettivo realizzato dal CCII; similmente F. De Santis, *Il procedimento cd. Unitario per la regolazione della crisi o dell'insolvenza: effetti virtuosi ed aporie sistematiche*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2020, 157; Id., *Le fasi introduttive del c.d. procedimento unitario*, *ivi*, 2022, 1207 ss.; I. Pagni, *La trattazione unitaria dell'alternativa tra liquidazione giudiziale e gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza nell'art. 7 CCII*, in *Diritto della cris*i, 16/10/2023; Id., *Codice della crisi e dell'insolvenza: il procedimento unitario*, in *Corr. giur*., 2019, 1157 ss.; Id., *Le nuove regole di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. es. forz*., 2022, 625 ss.; M. Montanari, *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza,* in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2019, 563 ss.; G. Rana, *Le regole del procedimento unitario della crisi d'impresa dopo il D.Lgs. n. 83/2022*, *ivi*, 2023, 153; R. Brogi, *Codice della crisi d'impresa e procedimento unitario: le impugnazioni*, in *Quot. Giur.*, 21/10/2022; A. Carratta, voce *Procedimento unitario (procedure concorsuali)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2024, 974.

[3] In questo senso la Relazione governativa allo schema di D.Lgs. 12/01/2019, n. 13.

[4] Così R. d'Alonzo, *La disciplina del procedimento unitario in sedei di appello*, in *Diritto della crisi*, 23/06/2022, 2; Siciliano, sub *art. 51*, in *Il codice della crisi*, a cura di Valensise, G. Di Cecco, D. Spagnuolo, Torino, 2024, 339 ss.; N. Rascio, sub *art. 51*,

che definiscono il giudizio di prime cure si lascia apprezzare per quella unicità garante di un ordine processuale che gli operatori rivendicavano[5].

In questo contesto, il D.Lgs. 17/06/2022, n. 83[6] e il D.L. 21/06/2022, n. 73 convertito in L. 04/08/2022, n. 122[7], con un leggero ritocco ad opera, come detto, del D.Lgs. 13/09/2024, n. 136 e di cui *infra*, ripropongono le norme che, sotto l'egida della legge fallimentare, pare abbiano dato i maggior esiti positivi[8] (vale a dire gli artt. 18,

in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2023, 358.

[5] V. Fichera, *Il giudizio di omologazione nei concordati liquidatori e in continuità aziendale*, in *Diritto della crisi*, 1° novembre 2022, 3 ss.; v. inoltre A. Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, 213 ss. A proposito della necessità dell'adozione di misure di inibitoria della provvisoria esecutività del provvedimento di omologa v. I. Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore, A. Bassi, I, Padova, 2010, 594; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano del Codice Civile*, Bologna, 2014, 694.

[6] Entrato in vigore il 15/07/2022, ad eccezione degli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388, i quali sono entrati in vigore il 16/03/2019 (in *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, n. 193 del 19-08-2022). In tema, per una panoramica generale sulla Riforma, cfr., *inter alia*, M. Fabiani, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2022, 1173 ss. Prima della riforma, v. invece M. Montanari, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 270 ss; Id., *Profili processuali del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 861 ss.

[7] Il nuovo codice nasce dall'esigenza di attendere all'obbligo di rivederne il contenuto recependo la Dir. UE n. 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giungo 2019, la c.d. Direttiva *Insolvency* sui quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione, le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione (sul punto si veda M. Fabiani, *Codice della crisi e direttiva sui quadri di ristrutturazione, ovvero il concordato preventivo in mezzo al guado*, in *Foro it.*, 2022, V, 20 ss.; L. Stanghellini, *Il codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 21/07/2022; V. Pinto, R. Sacchi, *Diritti e garanzie comuni dei dissenzienti nel concordato preventivo, negli ADR e nel PRO*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 476; di recente De Cesari, *La direttiva UE 2019/1023*, in *Trattato di diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di M. Arato, G. D'Attorre, M. Fabiani, IV, Torino, 2026, 829; Vella, *Riflessi della Direttiva* Insolvency *sulla nuova disciplina del C.P.*, in *I concordati dopo il Correttivo,* diretto da A. Jorio, M. Spiotta, Bologna, 2025, 15).

[8] Così anche F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2023, 313.

183 e 182 *bis*, quinto comma, l. fall.[9]), regolando un reclamo alla Corte d'appello "a spettro più ampio"[10] e generalizzato, in sintesi, quanto ad atto introduttivo, a competenza collegiale, a provvedimento finale e a paradigma cautelare e protettivo[11].

Il suo archetipo, dunque, non è costruito sull'architrave camerale *ex* artt. 737 ss.[12], ma sulla intelaiatura propria dell'art. 18 l. fall. e, sebbene governato da regole di specialità coessenziali alla materia concorsuale, mutua dal modello processuale dell'appello ordinario alcuni principi, principi che, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, non tutti considerano concretamente applicabili[13].

Certo è che trattasi di un giudizio a cognizione piena ed i relativi provvedimenti finali sono idonei al giudicato[14].

Pertanto, la trattazione prenderà le mosse dall'analisi della disciplina della impugnazione alla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale[15], applicabile di base anche alle altre fattispecie previste

[9] Sulle modifiche riguardanti l'art. 18 l. fall., v. N. Rascio, *Brevi note sul sistema dei rimedi avverso il provvedimento che dichiara, o meno il fallimento (ovvero, nel c.c.i., l'apertura della liquidazione giudiziale)*, in *www.ildirittoprocessualecivile.it*, 2021, 273 (ora anche in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, II, Roma 2022, 1223).

[10] L'espressione è di J.V. D'Amico, *Sulla nuova disciplina del reclamo avverso il provvedimento di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (art. 51 C.C.I.I.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 54. Di valenza trasversale del gravame parla anche L. Galanti, *L'unitarietà del procedimento e la flessibilità degli strumenti nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2023, I, 296, che cita M. Montanari, *Le impugnazioni nel c.d. procedimento unitario*, in *Diritto della crisi*, 03/11/2022, 167.

[11] V. S. Leuzzi, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo: oggetto, regole, controlli*, in *Diritto della crisi*, 09/10/2023, 49, nota 22.

[12] Come nel caso previsto dal comma 5 dell'art. 47 CCII (vale a dire l'ipotesi di inammissibilità della proposta di concordato preventivo) e dal secondo comma dell'art. 50 CCII (la fattispecie, cioè, del reclamo contro il provvedimento che rigetta la domanda di apertura della liquidazione giudiziale). Specificatamente v. M. Montanari, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, cit., 289.

[13] Cfr. F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, cit., 313.

[14] V. F. De Santis, *Procedimento unitario e decreto correttivo: proposte minime* waiting for Godot, in *Diritto della crisi*, 03/04/2024, 20.

[15] Impugnazione proponibile, secondo M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 159, anche contro il decreto che non omologa uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza; M.S. Catalano, *I profili processuali (giurisdizione, competenza, cessazione attività, procedimento unitario)*, in *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di M. Irrera, F. Pasquariello, M. Perrino, Bologna, 2025, 130.

nell'art. 51 CCII, non senza tenere in considerazione, nei successivi paragrafi, le specificità degli strumenti di regolazione della crisi.

2. *Il reclamo avverso la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale: i profili di legittimazione attiva e passiva*

Il comma 1 non viene toccato dal Correttivo ultimo, ma dalla sua lettura si evince nell'immediato una estensione, rispetto alle altre fattispecie, della latitudine dei soggetti legittimati a proporre reclamo avverso la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale[16], la quale può essere impugnata dalle parti e da "*qualunque interessato*"[17].

In ordine al contenuto da dare allo *status* di "parte", stante la riproposizione di quanto stabilito nell'art. 18 l. fall., vale l'interpretazione resa sotto l'egida del regime previgente, di talché legittimato ad impugnare, in quanto soccombente, è innanzitutto il debitore, ad eccezione dell'ipotesi di auto-richiesta di apertura della procedura *ex* art. 37 CCII[18].

Di difficile delimitazione è la platea, teoricamente infinita, da sussumere nella posizione di "*qualunque interessato*", la cui definizione da sempre impegna la dottrina e la giurisprudenza.

Una certezza si rinviene nella *ratio* della clausola normativa, da riferire alla efficacia *erga omnes* della sentenza che apre la liquidazione giudiziale[19], nel senso che più soggetti possono essere incisi o pregiudicati dalla decisione, subendo una modificazione nelle posizioni di diritto (sostanziale o processuale) di cui sono portatori[20], indipen-

[16] V. I. Pagni, *Le novità del procedimento unitario dopo il D.Lgs. n. 136/2024*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2025, 33.

[17] Nessuna novità di rilievo sul punto è apportata dal CCII (in questo senso anche A. Tedoldi, sub *art. 51*, in *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, a cura di A. Maffei Alberti, M. Speranzin, Milano, 2025, 366).

[18] Cfr, M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 160; sul tema v. N. Rocco di Torrepadula, *Da diritto di fallire al diritto di essere liquidato*, *in Orizzonti del diritto commerciale*, 2023, 372.

[19] Già E. Righetti, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 72.

[20] Così M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 161 ss., che segnala come nel nostro ordinamento vi siano fattispecie nelle quali l'operare del giudicato è esteso nei confronti di soggetti che non hanno partecipato al giudizio, e nel caso di sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, gli indici sarebbero costituiti *i*) dal meccanismo di pubblicità delle sentenza, *ii*) dall'oggetto del

dentemente dal fatto che siano stati o meno parti del giudizio medesimo[21].

Ed allora, se vi è una decisa condivisione sul fatto che non legittima il reclamo l'interesse di mero fatto[22], il dibattito, di cui in questa sede non può darsi conto[23], pare essersi assestato sulla conclusione della necessità dell'esistenza di un pregiudizio attuale e concreto di qualunque natura, anche morale[24]. A ciò consegue che pare possano rivestire le vesti di "terzi interessati", e in quanto tali legittimati ad impugnare, e solo a titolo esemplificativo, i creditori privilegiati, quelli che vedono sospeso il corso dei propri interessi convenzionali o legali[25], gli obbligazionisti, i titolari di rendita perpetua o vitalizia, coloro verso i quali possono essere proposte azioni di recupero, i terzi contraenti in rapporti giuridici preesistenti[26], coloro che potrebbe subire l'esercizio di azioni di responsabilità[27], i lavoratori dipen-

processo pre-concorsuale, che travalicherebbe il rapporto creditore-debitore, e *iii*) dalla presenza di interessi superindividuali che ruotano attorno alla crisi dell'impresa.

[21] V. F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 374.

[22] V. M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 161.

[23] Rinviandosi sul punto a A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 366.

[24] Già G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova 1994, 96, secondo cui l'interesse giuridico, *ex* art. 100 c.p.c., può essere «patrimoniale o morale», «dovendosi ammettere anche quest'ultima categoria di interessati, per la natura stessa del fallimento, che può così gravemente incidere sul patrimonio morale della persona e sui beni più alti che vi si riferiscono: l'onore, la libertà, e simili»; in tal senso anche Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 2008, 166; S. Satta, *Diritto fallimentare*, a cura di R. Vaccarella, F. Luiso, Padova 1990, 73 ss.; in giurisprudenza Cass. 21/11/2018, n. 30107, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1390; Cass. 10/03/2017, n. 6348, in *ReForo it.*, 2017, voce *Fallimento*, n. 250; Cass. 04/12/2012, *id.*, 2012, voce cit., n. 318; *Contra* M. Fabiani, sub *art. 18*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, 377; ApNapoli 18/07/2013, *in Dir. fall.*, 2014, II, 2014, secondo il quale il reclamo non spetta ai soggetti titolari di un generico interesse economico o anche morale, bensì solo ai titolari di situazioni giuridiche in concreto modificate, o suscettibili di essere modificate anche indirettamente dall'apertura della procedura concorsuale; per una recente analisi v. F. De Santis, *Le decisioni e le impugnazioni nel procedimento di reclamo*, in *Trattato di diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di M. Arato, G. D'Attorre, M. Fabiani, I, 2026, 637; *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di A. Carratta, Bologna, 2026.

[25] Cfr. A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 366.

[26] V. E. Forgillo, sub *art. 18*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, I, Torino, Giappichelli, 2010, 256.

[27] Come gli amministratori e i sindaci di società (in questo senso S. Bonfatti, P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 64).

denti[28], i soci illimitatamente responsabili[29], coloro che rischiano una revocatoria concorsuale, i creditori pignoratizi soggetti alle limitazioni di cui all'art. 152 CCII[30]. Ancora, sarebbero legittimati il rappresentante volontario del sottoposto a liquidazione giudiziale[31], l'ex liquidatore[32], o, addirittura, il curatore dell'eredità giacente[33].

Non sarebbero legittimati, invece, ed in disparte il debitore che ha proposto l'auto-apertura della sua procedura, il curatore[34], e il socio illimitatamente responsabile dichiarato fallito ai sensi dell'art. 147 l. fall. (oggi art. 256 CCII) in proprio rispetto alla sentenza della società[35]; secondo taluni la stessa sorte incontrerebbe, nonostante sia parte necessaria nei giudizi di impugnazione (e come tale destinatario della notifica dell'atto introduttivo), anche il P.M. per la ragione secondo la quale la legge gli riconosce una iniziativa in primo grado, ma la stessa cosa non fa per il secondo[36]; sarebbe esclusa, di poi, in capo all'amministratore di società la legittimazione ad impugnare la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale quando sia stato il medesimo a richiederla in primo grado[37].

Infine, quanto ai legittimati passivi, il sesto comma dell'art. 51 CCII lascia intendere che parti necessarie sono il curatore, e tutte quelle che hanno partecipato al procedimento unitario, ossia i creditori e il debitore non reclamante[38].

[28] G. Confortini, *Efficacia* erga omnes *della sentenza dichiarativa di fallimento e legittimazione a proporre reclamo* ex *art. 18 l.fall.*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1392.

[29] Cfr. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 211.

[30] V. M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 161.

[31] Così A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 367; M.S. Catalano, *I profili processuali (giurisdizione, competenza, cessazione attività, procedimento unitario*, cit., 130.

[32] Cass. 28/05/2012, n. 8455, in *ForoPlus.*

[33] Trib. Salerno 12/06/1959, in *Foro padano*, 1960, I, 909.

[34] V. E. Forgillo, sub *art. 18*, cit., 256.

[35] Cass. 07/09/2017, n. 20913, in *www.ilcaso.it*.

[36] Cfr. R. d'Alonzo, F. De Santis, *Il cd. procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 04/10/2022, 8.

[37] E ciò in virtù dei principi generali di non contraddizione e unicità della personalità giuridica degli enti collettivi (ApNapoli 29/03/2023, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2024, 395); il richiamo a siffatti principi è operato anche da C. Mancuso, *Le impugnazioni*, in *Il diritto della crisi d'impresa*, a cura di A. Didone, F. De Santis, I. Pagni, I, Milano, 2026, p. 589.

[38] Così M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 162, per il quale il curatore è contraddittore necessario, ma non necessariamente collocato in posizione antagonista rispetto a chi ha proposto impugnazione.

3. *Il reclamo, il suo contenuto e gli adempimenti successivi*

La parte finale del comma 1 dell'art. 51 CCII prevede che il reclamo è proposto con ricorso da depositare nella cancelleria della Corte di appello nel termine di trenta giorni, termine considerato plebiscitariamente come perentorio[39], non soggetto a sospensione feriale[40], e che decorre, ai sensi del terzo comma, per le parti dalla data della notificazione telematica del provvedimento a cura dell'ufficio[41], e per gli altri interessati dalla data della iscrizione nel registro delle imprese[42]. Là dove non si procedesse né alla notificazione telematica né alla iscrizione, con formula di chiusura la norma stabilisce che "*si applica alle parti la disposizione di cui all'art. 327, comma 1, del codice di procedura civile*", il ché sta a significare che l'impugnazione non potrà essere più proposta decorsi sei mesi dalla pubblicazione della sentenza[43].

I temi risospinti dalla norma, e che in questa sede possono essere solo sinteticamente affrontati, sono almeno tre: il primo va collegato alla impossibilità di determinare il *dies a quo* nel caso di iscrizione della sentenza in due registri diversi[44]; il secondo è relativo alla possibile applicazione del termine semestrale all'ipotesi di imprenditore sottoposto a procedura che non sia iscritto nel registro delle imprese[45]; il terzo si riferisce alla operabilità *tout court* della disposizione dell'art. 327 c.p.c., confermata dalla giurisprudenza maggioritaria[46].

[39] Per tutti cfr. M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 164; in generale v. M. Gasperini, *I termini processuali nel Codice della crisi, tra semplificazione e ragionevole durata delle procedure concorsuali*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2023, 5.

[40] V. A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 368.

[41] In giurisprudenza v. Cass. 20/05/2026, n. 10525, in *Foro it.*, 2016, I, 3552.

[42] In linea con quanto detto poc'anzi a proposito della efficacia nei confronti dei terzi della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, la cui iscrizione nel registro delle imprese dovrebbe avvenire, a cura del cancelliere, *ex* art. 45 CCII, entro il giorno successivo al suo deposito del provvedimento (sul punto v. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 211).

[43] Cass. 07/09/2017, n. 20913, in *ForoPlus*; Cass. 23/05/2016, n. 10632, in *ReForo it.*, 2016, voce *Fallimento*, n. 293; in dottrina v. pure S. Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit. 100.

[44] Ad esempio quando vi siano dei beni immobili collocati in località diverse dal luogo in cui viene aperta la liquidazione giudiziale, questione risolta da Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 47, attribuendo valore solo al momento nel quale viene eseguita la seconda in ordine temporale delle due formalità.

[45] Sul punto F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 379.

[46] In effetti, a quanti sostengono che le deroghe previste alla regola dettata dal

Il quinto, il sesto, e il settimo comma dell'art. 51 stabiliscono rispettivamente che una volta depositato il ricorso, il Presidente, nei cinque giorni successivi, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro sessanta giorni dal deposito medesimo; che il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, è notificato a cura del reclamante, al curatore o al commissario giudiziale e alle parti entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto[47]; che, infine, tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni[48].

Rispetto alla versione precedente della norma, il Correttivo ultimo è intervenuto correggendo nel sesto comma un errore materiale rappresentato dal fatto che il ricorso dovesse essere notificato "al reclamante" anziché "a cura del reclamante", invero entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto[49].

Il ricorso deve contenere, oltre all'indicazione del giudice (*i.e.* della corte di appello competente), delle generalità delle parti e dei mezzi prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti, l'esposizione dei motivi su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni (lett. (c.).

Questa parte della norma, che apparentemente ha subito una modifica solo formale ad opera del Correttivo ultimo[50], in realtà sembre-

comma 1 – per il contumace che dimostri di non aver avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione di essa, e per nullità della notificazione di cui all'art. 292 c.p.c. – non siano spendibili in assenza di espressa menzione legislativa (v. sul punto da V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 47), fa da contraltare la giurisprudenza che precisa che la decadenza possa essere evitata non solo dimostrando la nullità della notificazione, ma anche la prova della mancata conoscenza del processo a causa di tale nullità, prova che pare possa essere data anche per presunzioni (Cass. 08/11/2017, n. 26427, in *ReForo it*., 2017, voce *Fallimento*, n. 258; Cass. 23/05/2016, n. 10632, *id*., 2016, voce cit., n. 293; Cass. 23/06/2013, n. 14232, id., 2015, I, c. 688).

[47] Termini di natura ordinatoria secondo M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, in *Il Foro italiano, Gli speciali*, 2022, Città di Castello, 100; in questo senso pure E. Forgillo, sub *art. 18*, cit., 258.

[48] Termine invece perentorio, il cui mancato rispetto genera la nullità del ricorso sanabile con la costituzione in giudizio di tutte le parti reclamate (M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 165).

[49] Cfr. I. Pagni, *Le novità del procedimento unitario dopo il D.Lgs. n. 136/2024*, cit., 33; F. Lamanna, *Il terzo correttivo al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 197.

[50] In luogo della previgente formulazione relativa alla "*esposizione dei fatti e degli elementi di diritto*".

rebbe chiudere il cerchio a proposito della *vexata quaestio* in ordine alla natura del reclamo di cui all'art. 51 CCII, e di cui *infra* § 9[51]: secondo la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, l'intento è quello di uniformare la terminologia con quella della disciplina generale del processo civile[52].

Come si dirà più avanti, dunque, con l'impugnazione il reclamante potrà portare all'attenzione della corte d'appello sia l'oggetto del giudizio di primo grado, sia allegazioni nuove e diverse rispetto a quanto conosciuto dal giudice di prime cure[53], e le censure potranno essere d'ordine processuale (ad esempio, la mancata partecipazione del debitore all'istruttoria per difetto di convocazione, o il difetto di competenza) o d'ordine sostanziale (ad esempio, la insussistenza dei presupposti o delle condizioni di accesso alla procedura, o la insussistenza del requisito di legittimazione portato dal diritto di credito del ricorrente)[54].

Il reclamo non sospende l'efficacia della sentenza, salvo quanto previsto dall'art. 52 CCII[55].

4. *La costituzione dei reclamati e gli interventi*

Le parti resistenti devono costituirsi, a pena di decadenza, almeno dieci prima dell'udienza attraverso il deposito di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti; l'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabi-

[51] Per esempio, le contestazioni sulla sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi del fallimento (oggi liquidazione giudiziale), secondo Tedoldi, sub *art. 51*, 369, dovranno riguardare il momento della apertura della procedura; ove tali presupposti fossero venuti meno successivamente alla pronuncia della sentenza, non si dovrà fare luogo all'accoglimento del reclamo e alla conseguente revoca, bensì alla chiusura della procedura.

[52] La Relazione è liberamente consultabile, *inter alia*, anche su *Diritto della crisi*.

[53] Più ampiamente v. F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, cit., 316; M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 164.

[54] In questo senso A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi e delle imprese*, Bologna, 2023, 137.

[55] Per tutti, v. G. Minutoli, *Limiti ed ambiti applicativi della sospensione* ex *art. 52 CCII della liquidazione giudiziale*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2024, 827).

lito per la costituzione delle parti resistenti con le modalità per queste previste[56].

Della platea dei legittimati passivi si è poc'anzi trattato *sub* § 2.

Per quanto riguarda il termine di costituzione dei resistenti, nonostante la norma parli espressamente di decadenza, in dottrina si sostiene che la sua inosservanza non impedisca una costituzione tardiva, posto che la imprescindibilità del diritto di difesa sopravanzerebbe la maturazione delle preclusioni[57]. In effetti la tardività si rifletterebbe non già sulle allegazioni difensive, vieppiù sulle richieste di prova[58].

La norma, ancora, ammette gli interventi ad opera di qualunque interessato[59], che pure possono essere distinti in interventi principali, là dove si verifichino entro il termine previsto per la proposizione del reclamo[60], ed intervenienti adesivo-dipendenti se spesi nei termini previsti per la costituzione del resistente[61].

Questo sistema dovrebbe governare anche l'articolata disciplina delle domande trasversali proposte nel corso del giudizio di reclamo[62].

[56] Cfr. anche D. Longo, *La liquidazione giudiziale: apertura e impugnazioni*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, 326.

[57] V. M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., c. 100.

[58] In senso contrario C. Cecchella, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 216. In giurisprudenza cfr. Cass. 30/01/2017, n. 2235, in *ReForo it.*, 2017, voce *Fallimento*, n. 267; Cass. 05/06/2009, n. 12986, *id.*, 20109, I, c. 2339.

[59] Da individuarsi in coloro i quali avrebbero potuto proporre reclamo, nonché, secondo alcuni, nel P.M. ai sensi dell'art. 70, terzo comma, c.p.c. (E. Forgillo, sub *art. 18*, cit., 257; in senso contrario S. Chimenti, *La sentenza dichiarativa di fallimento. I mezzi di gravame*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia, L. Panzani, I, Torino, 2008, 259).

[60] Con l'effetto di collocare il proponente nella stessa posizione e negli stessi poteri del reclamante o dei resistenti (M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 165). Contrariamente I. Pagni, *Le novità del procedimento unitario dopo il D.Lgs. n. 136/2024*, cit., 33, sostiene che l'intervento nel giudizio di reclamo sia limitato alla forma dell'adesivo dipendente, senza possibilità di proposizione di istanza autonoma, in linea con il fatto che l'art. 53, comma 5, CCII, sarebbe riferito alla domanda di uno dei soggetti legittimati che fossero già parti del giudizio, e non a coloro che lo diventino solo per effetto dell'intervento.

[61] Cass. 16/05/2019, n. 13272, in *ReForo it.,* 2019, voce *Fallimento*, n. 215.

[62] Su cui v. I. Pagni, *La trattazione unitaria dell'alternativa tra liquidazione giudiziale e gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza nell'art. 7 CCII*, cit., 10 ss.; M. Gaboardi, *Il cumulo di domande nella nuova disciplina della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2024, I, 764.

5. *L'entrata in scena del giudice collegiale*

Il decimo comma, rimasto inalterato nonostante l'intervento del Correttivo ultimo, stabilisce che all'udienza il collegio, sentite le parti, assume anche d'ufficio, nel rispetto del contraddittorio, tutti i mezzi di prova che ritiene necessari, eventualmente delegando a un componente.

In ossequio ai principi generali del processo civile contenzioso, le parti, all'udienza fissata[63], possono svolgere le proprie difese e allegare fatti che derivino dall'esigenza del rispetto del contraddittorio, il quale contraddittorio, se declinato in sede di impugnazione, invoca l'applicazione, da una parte, dell'art. 331 c.p.c., le quante volte il ricorso non sia stato notificato a tutti i litisconsorti necessari[64], e, dall'altra, dell'art. 335 c.p.c., in ipotesi di proposizione di più reclami avverso la medesima sentenza di apertura della liquidazione giudiziale[65].

La norma, rigida sulla riserva di collegialità per l'audizione delle parti e per la valutazione di ammissibilità e di rilevanza dei mezzi di prova richiesti[66], consente la delega ai suoi compenti solo della loro assunzione.

Nella prospettiva dell'attività istruttoria, si ritengono in linea di principio generalmente ammissibili tutte le prove e gli accertamenti previsti nel rito ordinario, compresi gli accertamenti tecnici e le prove di "lunga indagine"[67], anche nuovi[68]; al contrario, si reputano inammissibili, in ragione dell'indisponibilità dei diritti cui i fatti si riferiscono, la confessione e il giuramento[69].

[63] Irrealisticamente, come notato da A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 371, ridotta ad una sola.

[64] Norma che prevede l'integrazione del contraddittorio quando una sentenza pronunciata tra più parti in causa inscindibile o in cause tra loro dipendenti, non sia stata impugnata nei confronti di tutte (in senso conforme E. Forgillo, sub *art. 18*, cit., 258).

[65] In termine di riunione si esprime anche De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 394.

[66] V. A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 371; E. Forgillo, sub *art. 18*, cit., 257; S. Chimenti, *La sentenza dichiarativa di fallimento. I mezzi di gravame*, cit., 259.

[67] Cfr., ancora, A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 371; di recente M.S. Catalano, *I profili processuali (giurisdizione, competenza, cessazione attività, procedimento unitario)*, cit., 130.

[68] Purché le parti ne abbiano fatto istanza negli atti introduttivi della fase di reclamo (Cass. 19/02/2019, n. 4893, in *ReForo it.*, 2018, voce *Fallimento*, n. 212).

[69] V. E. Forgillo, sub *art. 18*, cit., 261. A sostegno della inammissibilità della testimonianza dei creditori che non partecipino al giudizio di impugnazione, è stato

I poteri istruttori esercitabili d'ufficio dalla Corte d'appello pare coincidano con quelli previsti per il giudizio di primo grado[70], con il limite, alla luce del sistema processuale riformato, prima nel 2006 e poi con il CCII, della impossibilità da parte del collegio di andare autonomamente alla ricerca della prova di fatti principali, supplendo carenze probatorie delle parti[71], dovendo contenersi a validare fonti di prova riguardanti (e rinvenienti da) fatti già allegati, ma insufficientemente provati[72].

6. *Gli esiti del giudizio di reclamo e i rimedi esperibili*

La corte d'appello, terminata la trattazione, provvede sul ricorso con sentenza entro il termine di trenta giorni, all'esito dei quali, e salvo che non sia fatto valere il difetto di competenza del tribunale[73], la conclusione è a rime obbligate: il rigetto o l'accoglimento del reclamo, che determina la revoca della liquidazione giudiziale con gli eventuali effetti previsti nell'art. 53 CCII, anche in punto di liquidazione delle spese processuali.

sostenuto che essi avrebbero un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio ai sensi dell'art. 246 c.p.c. (così già U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1953, 673).

[70] Così M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., c. 101. Uno dei più incisivi è rappresentato dalla facoltà di attingere d'ufficio dal fascicolo della procedura, la cui acquisizione pare passi attraverso un'apposita ordinanza istruttoria, con contestuale concessione di termini alle parti per la deduzione di mezzi di prova volti a contrastare le risultanze del fascicolo medesimo (in questo senso F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 391; F. Severini, *La sentenza di fallimento e la sua impugnazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, I, Torino, 2010, 572).

[71] Cass. 25/06/2013, n. 15869, in *One LEGALE*; nel medesimo senso v. anche Cass. 23/07/2010, n. 17281, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2011, 447; sulla impossibilità di colmare le lacune ricostruttive del curatore v. Cass. 30/05/2013, n. 13643, in *ReForo it.*, 2023, voce *Fallimento*, n. 234. Nella giurisprudenza di merito cfr. ApTorino 02/08/2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, 132, con nota di F. De Santis, *Sui poteri officiosi di accertamento del superamento della soglia dei debiti scaduti e non pagati nel corso del processo per la dichiarazione di fallimento*.

[72] Non potendo andare in senso contrario alla regola di cui all'art. 2697 c.c. (F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, cit., 317; similmente C. Mancuso, *Le impugnazioni*, cit., 589).

[73] In tale caso il giudice collegiale si limiterà a dichiararlo, e le parti dovranno riassumerlo davanti alla corte d'appello dichiarata competente (così A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 138).

La sentenza di revoca della liquidazione giudiziale, al pari di quella di apertura, ha natura di sentenza costitutiva, giacché, come autorevolmente sostenuto in dottrina, modifica (riportandolo allo *status quo ante*) il regime del trattamento dei crediti negando quello concorsuale[74]. Dal carattere costitutivo sopra indicato della sentenza di revoca discenderebbe l'irretrattabilità solo a seguito del suo passaggio in giudicato[75]; sennonché, il CCII, con un principio rivoluzionario[76], ha introdotto la regola, prevista dalla norma dell'art. 53 CCIII, della immediata efficacia delle pronunce di accoglimento dei reclami avverso i provvedimenti di apertura della liquidazione giudiziale o di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi[77]. Il rigetto del reclamo, al contrario, produce la conferma dei provvedimenti di apertura della liquidazione giudiziale, o, in caso, di omologazione degli strumenti di risoluzione della crisi[78].

La sentenza che decide sul reclamo, in ogni caso, deve essere notificata alle parti (a mezzo PEC)[79] e comunicata al tribunale, nonché, ai fini della sua conoscibilità ai terzi, iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 54 CCII a cura della cancelleria della corte d'appello[80].

Le fasi successive seguono un corso processuale, si consenta, orto-

[74] V. M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., c. 104.

[75] Cfr., per ampi riferimenti, M.G. Canella, sub *art. 282 c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedure civile Carpi Taruffo*, Milano, 2023, 1168. Favorevoli ad estendere l'applicazione dell'art. 282 c.p.c. anche alle sentenze costitutive G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2012, 204 ss.; G.F. Ricci, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2009, 150 ss. Solo per l'esecuzione provvisoria dei capi condannatori della sentenza di cui all'art. 2932 c.c. si è espressa Cass. 03/09/2007, n. 18512, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1095 ss., con nota di F. Marelli, *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*; Cass. 25/10/2010, n. 21849, in *Riv. esec. forz.*, 2010, 4; Cass. SS.UU., 22/02/2010, n. 4095, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2082.

[76] V. M. Montanari, *Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 867.

[77] V. il comma dodicesimo dell'art. 51 CCII; altresì, la revoca della procedura, da considerare un caso di cessazione della procedura di liquidazione (così M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 169), va distinta dalla chiusura della medesima (A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto deella crisi delle imprese*, cit., 139).

[78] In giurisprudenza si ritiene che la mancata costituzione del procuratore generale in corte d'appello nel giudizio di reclamo non comporti rinuncia all'istanza di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) – v. Cass. 12/03/2020, n. 7121, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2020, 858.

[79] Cass. 14/01/2021, n. 568, in *ReForo it.*, 2021, voce *Fallimento*, n. 257.

[80] Così anche A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 372.

dosso, tant'è che, ai sensi dell'art. 51, commi 13 e 14, è prevista la proponibilità del ricorso per Cassazione, nel termine di trenta giorni dalla notificazione[81]. Il rimedio, da considerare come un ricorso ordinario[82], segue il suo incedere tradizionale e tutti i possibili esiti di questa impugnazione sono compatibili con il gravame avverso la sentenza pronunciata dal giudice di primo grado[83], con la specificazione normativa che il ricorso non sospende l'efficacia della sentenza, salvo quanto previsto dall'art. 52 CCII[84].

Al contrario di quanto accade, come detto sopra, per il giudizio di secondo grado, da un lato coloro che non sono stati parti del giudizio di reclamo non sono legittimati a ricorrere in Cassazione avverso la sentenza confermativa dell'apertura della liquidazione giudiziale[85]; dall'altra, al PM pare spetti, invece, la legittimazione a proporre reclamo in Cassazione avverso la sentenza di accoglimento del reclamo in corte d'appello[86].

[81] E non di sessanta giorni come la norma del codice di rito (cfr. Cass. 03/10/2025, n. 26690, in *Procedure concorsiali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2026, 2; Cass. 1/10/2025, n. 26510, in *One LEGALE*).

[82] Tanto che per Cass. 07/04/2026, n. 8644, in *One LEGALE*, ol ricorso per cassazione avverso la sentenza che decide sul reclamo *ex* art. 51 CCII è inammissibile ove il vizio di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c. sia dedotto senza la specifica indicazione del "fatto storico2 decisivo, del dato da cui esso risulti, del come e quando sia stato oggetto di discussione tra le parti e della sua decisività, e si risolva, invece, in una mera critica alla valutazione di merito circa lo stato d'insolvenza o nella prospettazione di scenari futuri (quali la presunta natura solo transitoria della crisi in relazione ad attesi contributi pubblici). In dottrina cfr. F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 397; A. Tedoldi, *Crisi, insolvenza, sovraindebitamento*, Pisa, 2022, 99.

[83] Secondo M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 171, la legge avrebbe risolto, così, il dubbio sull'ammissibilità del ricorso per cassazione contro le decisioni sulle domande di omologazione, e ciò ha fatto sul presupposto che, a prescindere dalla natura decisoria, sia comunque preferibile pervenire alla stabilità del provvedimento e dei suoi effetti.

[84] Ma solo se il ricorso è promosso contro la sentenza con cui la corte d'appello abbia rigettato il reclamo (così L. Galanti, *L'unitarietà del procedimento e la flessibilità degli strumenti nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 296).

[85] Atteso che la legittimazione a proporre impugnazione dinnanzi alla corte di legittimità spetta solo a chi abbia assunto quella veste nel giudizio di merito (G. Confortini, *Efficacia* erga omnes *della sentenza dichiarativa di fallimento e legittimazione a proporre reclamo ex art. 18 l.fall.*, cit., 1400; in giurisprudenza Cass. 05/11/2018, n. 28096, in *www.ilcaso.it*).

[86] F. De Santis, *Il ricorso del pubblico ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale: tra interesse pubblico e modelli processuali comuni*, in *Dritto della crisi*, 27/05/2021.

Nella ipotesi di cassazione della sentenza di rigetto del reclamo avverso l'apertura della liquidazione giudiziale e di rinvio ad altro giudice di secondo grado, alla mancata riassunzione consegue l'estinzione, a norma dell'art. 393 c.p.c. dell'intero processo, con relativa caducazione anche della sentenza dichiarativa[87]. In caso di accoglimento del ricorso avverso il diniego di omologazione, il processo va riassunto dinanzi alla corte d'appello[88].

Si ritengono generalmente ammissibili poi, su un diverso versante, le altre impugnazioni straordinarie nelle forme della opposizione di terzo revocatoria[89] e della revocazione *ex* art. 395 c.p.c.[90].

7. *Il reclamo avverso la sentenza di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi*

Posto che il giudizio di reclamo previsto dall'art. 51 CCII, come sopra accennato, è applicabile unitariamente anche ai provvedimenti che investono il concordato preventivo[91], l'accordo di ristrutturazione[92],

[87] Cass. 10/02/2020, n. 3022, in *Foro it*., 2020, I, c. 2420; B. Gambineri, *Sentenza di fallimento ed estinzione del giudizio di rinvio*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2021, 529.

[88] Cass. n. 31/032021, n. 8980, in *ReForo it*., 2021, voce *Fallimento*, n. 255.

[89] Non avverso la sentenza che ha disposto la liquidazione giudiziale perché assorbita nel reclamo (in giurisprudenza Cass. 24/02/ 2020, n. 4786, in *ReForo it*., 2020, voce *Fallimento*, n. 187). In dottrina v. F. De Santis, *Le decisioni e le impugnazioni nel procedimento di reclamo*, cit., 652, che ritiene peraltro ammissibile il procedimento di correzione degli errori materiali della sentenza.

[90] Sia straordinaria che ordinaria (quest'ultima solo nel caso, secondo alcuni, di sentenza resa dalla corte d'appello sul reclamo – F. Russo, Il *procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. Apice, I, Torino, 2010, 126).

[91] Di recente, M. Fabiani, I. Pagni, *L'omologazione e gli eventuali reclami*, in *I concordati dopo il Correttivo*, diretto da A. Jorio, F. Spiotta, Bologna, 2025, 946; M. Fabiani, *Un affresco sulle nuove '*milestones' *del concordato preventivo*, in *Diritto della crisi*, 06/10/2022; G. Fichera, *Il nuovo giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2025, I, 609. Cass. 09/04/2026, n. 8875, in *One LEGALE*, ritiene che anche il provvedimento che decide sulla omologazione del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore vada impugnato con il reclamo *ex* art. 51 CCII (similmente Cass. 22/01/2026, n. 1473, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2026, 305).

[92] In tema cfr. E. Cavuoto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo il terzo correttivo al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2025, 125; M. Montanari, *Brevissime note in tema di effetti della pronuncia di omologa degli ac-*

e il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione[93], in questa sede verranno analizzati, *breviter*, i tratti differenziali rispetto alla impugnazione del provvedimento di apertura della procedura "maggiore".

In primo luogo, la prima e più evidente distanza si percepisce nell'orbita dei legittimati attivi le quante volte sia impugnato esclusivamente il provvedimento di omologazione: a differenza della formula ampia di "*qualsiasi interessato*", si registra una tendenziale adesione all'idea di quanti ritengono che possano proporre reclamo solo le parti che abbiano partecipato al procedimento di omologazione[94], a meno

cordi di ristrutturazione dei debiti, in *Diritto della crisi*, 21/02/2024; C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall*)., 2024, 413; Id., *Sorte degli accordi omologati ed ineseguiti in caso di successivo fallimento*, *ivi*, 2025, 615; Vella, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel nuovo palinsesto del CCII*, in *Riv. soc.*, 2022, 1185.

[93] In tema cfr. M. Fabiani, I. Pagni, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2022, 1035; sulle prime applicazioni v. G. Lener, L.A. Bottai, *Prime applicazioni del PRO: la realtà supera le attese*, in *Diritto della crisi*, 28/03/2023; S. Leuzzi, M.R. Schiera, *Gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*, *id*., 13/01/2025; L. Panzani, *Le novità in materia di piano attestato, PRO e accordi di ristrutturazione*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2025, 47; F. Viola, *Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione* ex *a art. 64-bis ss. c.c.i.i. e concordato preventivo con approvazione delle classi. Profili differenziali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2025, 644.

[94] Cass. 16/03/2026, n. 5948, in *One LEGALE*. Sul punto ApNapoli 07/06/2024, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2025, 373, ha esteso al contrario la legittimazione al reclamo avverso la sentenza che abbia omologato gli accordi di ristrutturazione dei debiti anche ai creditori pubblici che subiscano il *cram down*, ancorché non abbiano proposto opposizione, reclamo decorrente dalla data della notificazione loro eseguita; in senso inverso ApGenova 23/12/2011, *ivi*., 2012, 437; Cass. 9/02/2017, n. 3954, in *ReForo it*., 2017, voce *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti*, n. 224. I creditori *uti singuli*, diversamente, sarebbero legittimati alla proposizione del reclamo *ex* art. 51 CCII solo in caso di opposizione o di costituzione nel giudizio di omologazione; similmente, di recente, ApFirenze 07/03/2025, in *One LEGALE*, ha ritenuto che il creditore escluso acquisisca la veste di parte solo nel caso in cui intervenga nel procedimento di omologa dell'accordo (v. in questo senso, M. Fabiani, S. Leuzzi, *Il controllo giudiziale nei concordati – La ristrutturazione trasversale*, in *Diritto della crisi*, 18/12/2023, 6, cui *adde* A. Tedoldi, *Procedimento unitario*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo-ter*, diretto da M. Irrera, A. Cerrato, I, Bologna, 2024, 850; similmente S. Sanzo, D. Burroni, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 91; G. Finocchiaro, *Le impugnazioni nel procedimento unitario per l'acceso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo-ter*, cit., 884; da ultimo anche C. Trentini, *Legittimazione al reclamo avverso l'o-*

che non siano state illegittimamente pretermesse[95]: per questi motivi, in uno al fatto che il commissario giudiziale non sarebbe portatore di un interesse proprio, anche a questi è negata la legittimazione attiva[96].

La riapertura a "*qualsiasi interessato*" (*i.e.*, ai terzi)[97] si verifica se alla sentenza di rigetto della omologazione segua una pronuncia di apertura della liquidazione giudiziale[98]. Similmente, invece, il reclamo va proposto nei confronti delle parti costituite nel giudizio di omologazione nonché, sempre, nei riguardi delle parti necessarie, vale a dire il debitore e il commissario[99].

In secondo luogo, il reclamo di cui all'art. 51 CCII trova applicazione sia quando la decisione abbia omologato, sia quando quella omologazione abbia negato[100], e ciò in netta antitesi con quanto previsto per il decreto di rigetto della domanda di apertura di liquidazione giudiziale, impugnabile ai sensi dell'art. 50 CCII[101].

Ancora, in caso di riforma della decisione negativa sull'omologa del concordato preventivo, il giudice collegiale di secondo grado può pronunciare direttamente l'omologazione, ma pare non possa impartire le disposizioni *ex* art. 112 CCII per la prosecuzione del concordato, dovendo procedere al rinvio degli atti al tribunale perché adotti le statuizioni di cui agli artt. 112 ss. CCII[102].

mologazione degli accordi e nozione di adesione determinante ai fini dell'art. 63 CIII, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2025, 376).

[95] V. M. Fabiani, La *tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., c. 103.

[96] In senso contrario, A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., p 366.

[97] V. M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 168.

[98] Tanto è vero che la dottrina ritiene che, per ragioni di economia processuale e di coerenza del sistema dei rimedi, con il reclamo *ex* art. 51 CCII, oltre ad impugnare la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, andrebbero dedotti anche i vizi della declaratoria di inammissibilità del concordato preventivo (v. F. De Santis, *Procedimento unitario e decreto correttivo: proposte minime* waiting for Godot, cit., 17; M. Ambrosini, *Il controllo giudiziale nella fase di apertura del concordato preventivo riformato con un cenno "al prima e al dopo"*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2025, 16).

[99] Quale parte formale ed organo della procedura (cfr. M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., c. 103).

[100] ApAncona 10/10/2023, in *www.ilcaso.it*; in dottrina cfr. A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 366.

[101] Così d'Alonzo, De Santis, *Il cd. Procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, cit., 8; di recente v. C. Mancuso, *Le impugnazioni*, in *Il diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 589; De Santis, *Le decisioni e le impugnazioni nel procedimento di reclamo*, cit., 630.

[102] Cfr. M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 168.

Trovano applicazione anche a queste fattispecie gli artt. 52 e 53 CCII.

8. *Il diniego di revoca dell'omologazione del concordato in continuità:* lex specialis derogat generali

Un fattore rivoluzionario nel tema che ci occupa è rappresentato dall'inserimento nell'art. 53 CCII, ad opera del secondo correttivo[103], del comma 5-*bis*, specificatamente rivolto alla ipotesi in cui ci si interfacci con la revoca del concordato in continuità[104]: «*in caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, la corte d'appello, su richiesta delle parti, può confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno*»[105].

La norma rappresenta l'ennesimo indizio del *favor* normativo verso il concordato in continuità di cui è puntellato il CCII[106], ed avrebbe

[103] V. Lamanna, *Il terzo correttivo al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 199.

[104] Inserimento reso necessario dall'attuazione della Dir. UE n. 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giungo 2019, la c.d. Direttiva *Insolvency* (si v. *sub* nota n. 7 del presente lavoro).

[105] Naturalmente, grazie al richiamo previsto nell'art. 64-*bis*, comma 8, CCII, la regola è applicabile anche al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (in questo senso G. Lener, L.A. Bottai, *Prime applicazione del PRO: la realtà supera le attese*, in *Diritto della crisi*, 28/03/2023, p. 21, nota n. 27; similmente pure Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 171).

[106] *Inter alios*, si veda, ai sensi dell'art. 112 CCII, lo scrutinio della convenienza della proposta da parte del giudice dell'omologazione nell'ipotesi di opposizione di un singolo creditore (App. Firenze 16/02/2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, 468; Trib. Asti 3/02/2010, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2010, p. 707; in dottrina v. A. Audino, sub *art. 112*, in *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, a cura di A. Maffei Alberti, M. Speranzin, cit., 808; per F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, 575, si attuerebbe nell'ordinamento interno il *cram down of dissenting creditors*, previsto dalla Direttiva *Insolvency*, fondato sul *best interests of creditors*; F. Santangeli, M. Cortese, sub *art. 112*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di F. Santangeli, cit., 752; V. Fichera, *Il giudizio di omologazione nei concordati liquidatori e in continuità aziendale*, cit., 12; S. Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa,* cit., p. 387; M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 253; B. Inzitari, *Le mobili frontiere della responsabilità*

il fine di bilanciare l'interesse di quanti siano contrari alla omologazione con quello generale (degli altri creditori e dei lavoratori) alla tenuta dello strumento[107]: il punto di equilibrio sarebbe individuato dal legislatore nella sostituzione della tutela reale con quella obbligatoria, rimettendo al giudice dell'appello la quantificazione del pregiudizio subito dal reclamante, per il solo fatto della persistenza del concordato nonostante la fondatezza della sua revoca[108].

I presupposti di un siffatto «ammortizzatore concordatario»[109] sono i seguenti.

In primo luogo, l'istanza di parte[110], che può provenire dal debitore e dai creditori[111], e che pare debba riguardare tanto la conferma dell'omologa quanto il risarcimento del danno[112]. Generalmente, la legittimazione a reclamare i provvedimenti di omologa si caratterizza per la sua chiusura, nel senso che la impugnazione può essere proposta solo da chi abbia partecipato al giudizio di omologazione[113]; vero è

patrimoniale: distribuzione del valore tra creditori e soci nel concordato in continuità secondo la negozialità della crisi, in *Diritto della crisi*, 27/02/2023).

[107] Taluni hanno parlato di accoglimento del reclamo senza revoca del concordato (v. F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 580, che segnala, ciò nonostante, come la salvaguardia non dovrebbe estendersi al caso di accoglimento dell'impugnazione per violazione di norme imperative di leggi aventi valore di ordine pubblico economico).

[108] Così M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 171; S. De Vitis, *Effetti della revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione*, in *Il codice della crisi*, a cura di Valensise, G. Di Cecco, D. Spagnuolo, cit., 348.

[109] Sia consentita in questa sede una siffatta locuzione.

[110] Normalmente, a detta di R. d'Alonzo, *La disciplina del procedimento unitario in sede di appello*, cit., 7, lo farà in via subordinata quella che ha interesse al rigetto del reclamo.

[111] Di recente Cass. 20/04/2026, n. 10271, in *D&G*, 2026, 21 aprile, ai sensi dell'art. 53, comma 5-*bis*, in caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, la corte d'appello può confermare la sentenza del tribunale solo se ne fa richiesta il proponente il concordato, mentre non è necessaria, ma soltanto eventuale, l'adesione di altre parti costituite nel giudizio di reclamo e, in particolare, del creditore reclamante.

[112] Così F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, cit., 323; in senso contrario R. d'Alonzo, *La disciplina del procedimento unitario in sede di appello*, cit., 8.

[113] Cfr. M. Fabiani, S. Leuzzi, *Il controllo giudiziale nei concordati – La ristrutturazione trasversale*, cit., 6, cui *adde* A. Tedoldi, *Procedimento unitario*, cit., 850; similmente S. Sanzo, D. Burroni, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., 91; G. Finocchiaro, *Le impugnazioni nel procedimento unitario per l'acceso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale*, cit.,

però che, là dove all'accoglimento del reclamo segua la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, riemergerebbe l'apertura a «qualsiasi interessato»[114], di talché si potrebbe pensare che anche i lavoratori, che non siano stati parte del primo processo, possano elaborare una istanza volta a confermare l'omologazione e a risarcire il reclamante[115].

Quanto alla misura del pregiudizio, che sarà posto a carico del debitore in concordato preventivo[116], la dottrina maggioritaria ritiene che debba essere commisurato al differenziale di utilità tra quanto percepibile da un concordato revocabile ma invero omologato e quanto ricavabile dalla liquidazione giudiziale aperta[117].

Non tutti i commentatori giudicano positivamente l'introduzione, per lo meno in questa configurazione, giacché, da un lato, quei compiti *gestori* che la legge fallimentare previgente aveva gradualmente sottratto al magistrato riemergerebbero sotto forma di *turnaround management*[118], sulla cui valutazione peserà il parere del commissario

p. 884; da ultimo anche C. Trentini, *Legittimazione al reclamo avverso l'omologazione degli accordi e nozione di adesione determinante ai fini dell'art. 63 CIII*, cit., 376.

[114] F. De Santis, *Procedimento unitario e decreto correttivo: proposte minime* waiting for Godot, cit., 17; M. Ambrosini, *Il controllo giudiziale nella fase di apertura del concordato preventivo riformato con un cenno "al prima e al dopo"*, cit., 16).

[115] Se così non fosse avrebbe allora poco senso quanto sostenuto da S. Ambrosini, *Il codice della crisi dopo il d.lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *Dir. fall.*, 2022, I, p. 856, circa il fattore di novità normativo costituito dall'interesse generale anche dei lavoratori, e che, insieme alla norma del secondo comma dell'art. 84 CCII, è idoneo ad incidere sui tratti fisionomici dell'istituto concordatario, finalizzando quello in continuità anche alla tutela dell'occupazione.

[116] Così espressamente l'art. 16, paragrafo n. 4, della Direttiva *Insolvency*.

[117] Così M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 171; apparentemente contrario sembra R. d'Alonzo, *La disciplina del procedimento unitario in sede di appello*, cit., 8, il quale, facendo leva sulla disposizione comunitaria che parla di «perdite monetarie», pensa si tratti piuttosto del solo danno emergente, qualificando quindi l'istituto in esame in termini di mero indennizzo. La norma così formulata però è stata ritenuta carente dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo, perché rischia di confliggere con il principio di ragionevolezza e con le esigenze di certezza giuridica, lasciando alla prassi e alla discrezionalità giudiziale la definizione di aspetti essenziali (il parere è liberamente consultabile in *Diritto della crisi*). Di perdite monetarie subite parla anche Cass. 20/04/2026, n. 10271, cit.

[118] V. A. Tedoldi, sub *art. 53*, in *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, a cura di A. Maffei Alberti, M. Speranzin, cit., 382; S. De Vitis, *Effetti della revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli ac-*

giudiziale del concordato[119]; dall'altro, perché relegata solo in sede di giudizio di reclamo[120], ma la spiegazione andrebbe riferita all'*intentio legis* della Direttiva *Insolvency* che, all'art. 16, l'ha limitata solo alla fase della impugnazione[121]. Nemmeno può ignorarsi la voce di chi suggerisce, in corsa, un'apposita modifica del piano concordatario ove questo non preveda già una riserva di fondi destinati allo scopo[122], ma ciò presupporrebbe una precisazione normativa dei parametri di determinazione del danno e delle modalità di liquidazione del risarcimento, che ad oggi invero non è presente nell'art. 53 CCII[123].

Che ci sia però una completa simmetria tra lavoratori e creditori non è apparso vero alla generalità della letteratura: si critica infatti la possibilità che la norma, come formulata, possa fondare un principio generale che contraddica la preminenza dell'interesse datoriale a favore di quello dei lavoratori[124]; è altrettanto vero, ciò nonostante, che sebbene le procedure concorsuali perseguano interessi tendenzialmente riconducibili alla tutela del credito[125], a proposito di concorda-

cordi di ristrutturazione, cit., 349. Ed in effetti in questo senso sembra andare proprio Cass. 20/04/2026, n. 10271, cit.: la corte d'appello può confermare la sentenza del tribunale di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale nonostante l'accoglimento del reclamo, soltanto se quest'ultimo sia stato proposto (e ritenuto fondato) per contestare la convenienza del concordato rispetto all'alternativa liquidatoria, non anche se il reclamo riguardi (e se ne accerti la fondatezza quando a) altri aspetti di illegittimità del concordato, come, ad esempio, la violazione dell'autonomia contrattuale del reclamante, cui sia stata imposta una modifica unilaterale delle condizioni del contratto pendente.

[119] Cfr. ancora A. Tedoldi, *Crisi, insolvenza, sovraindebitamento*, Pisa, 2022, 279.

[120] V. F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., p. 580; R. d'Alonzo, *La disciplina del procedimento unitario in sede di appello*, cit., 8.

[121] V. M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 171.

[122] Il tema è stato posto all'attenzione del legislatore dal Parere del Consiglio di Stato sullo Schema di d.lgs., reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 1° aprile 2022, n. affare 00359/2022.

[123] La discrezionalità della corte di appello è quanto mai ampia (lo nota anche L. Galanti, *L'unitarietà del procedimento e la flessibilità degli strumenti nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 298), tanto che non è nemmeno operata una differenza tra vizi sostanziali del piano e violazioni delle regole processuali (così C. Mancuso, *Le impugnazioni*, cit., 620).

[124] In questo senso F. Aprile, *Note sparse in tema di interesse dei creditori e tutela dei posti di lavoro nel concordato preventivo in continuità*, in *Diritto della crisi*, 28/07/2022, 7.

[125] Cfr. M. Fabiani, *L'avvio del codice della crisi*, in *Diritto della crisi*, 5 maggio, 2022, 16.

to preventivo, a questi ormai se ne siano affiancati di diversi, tra cui quello della tutela dei posti di lavori, in ragione degli immanenti problemi distributivi[126].

9. *Le spese, la responsabilità aggravata e le modifiche all'ultimo comma dell'art. 51 CCII*

È il quindicesimo comma ad aver subito la modifica più incisiva ad opera del Correttivo ultimo: "*in caso di società o enti, il giudice accerta, con la sentenza che decide l'impugnazione, se sussiste mala fede del legale rappresentante che ha conferito la procura e, in caso positivo, lo condanna in solido con la società o l'ente al pagamento delle spese dell'intero processo. Nella stessa ipotesi e in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 13, comma 1*-quater*, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, il legale rappresentante è tenuto, in solido con la società o l'ente, al pagamento dell'ulteriore importo previsto dallo stesso articolo 13, comma 1*-quater*. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 96 del codice di procedura civile e dall'articolo 136, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002*".

Il testo così modificato, spiega la relativa Relazione illustrativa, ha il fine di risolvere alcuni dubbi applicativi e interpretativi emersi e segnalati rispetto alla formulazione vigente, e, al fine di semplificare la disposizione e al contempo garantire opportuna evidenza alla possibilità per il giudice di revocare l'ammissione a patrocinio a spese dello Stato della parte che ha agito o resistito con mala fede o colpa grave, il primo periodo viene sostituito dall'inserimento di un ultimo periodo che richiama sia il regime generale di regolazione delle spese di lite di cui all'art. 96 c.p.c., sia la revoca del patrocinio a spese dello Stato prevista dall'art. 136, secondo comma, del Testo unico in materia di spese di giustizia[127]. Il riferimento al regime dettato dal codice di rito è inserito in maniera netta, così come il richiamo alle disposizioni del citato art. 136, comma 2, del D.P.R. n. 115/2002 va a sostituire le disposizioni espunte, che sostanzialmente ne riproducevano il contenuto[128]. È invece mantenuta, sia pure con minime modifiche redazionali,

[126] V. G. D'Attorre, *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi*, 13/04/2021, 10.

[127] Così la Relazione illustrativa, cit., 34.

[128] V. la Relazione illustrativa, *ibid.*

la disposizione che consente la condanna alle spese anche del legale rappresentante che ha conferito la procura alla lite per la società o l'ente costituito in giudizio, se ne viene accertata la mala fede. Si riformula altresì la disposizione che, in caso di mala fede del legale rappresentante, prevede la sua responsabilità solidale anche rispetto all'obbligo di versamento del doppio del contributo unificato previsto dall'art. 133, comma 1-*quater*, dello stesso Testo unico.

Il regime delle spese, con i corollari di cui *infra*, allora, può essere così riassunto[129].

Nella ipotesi di rigetto del reclamo avverso la sentenza di apertura di liquidazione giudiziale, le spese della curatela, liquidate dal tribunale concorsuale[130], compresi i compensi dei difensori, pare gravino sulla massa, in quanto sostenute nell'interesse dalla procedura[131]; le spese sostenute dal debitore reclamante, invece, sono a suo esclusivo carico, così come quelle del terzo reclamante e degli intervenuti[132]. Nel caso di accoglimento, al contrario, le spese graveranno sul soccombente, vale a dire colui che ha dato causa alla apertura della liquidazione giudiziale in primo grado[133], con la possibilità, ed è qui il primo riferimento all'art. 96 c.p.c., di ottenere una condanna per responsabilità aggravata nei confronti del creditore istante[134] che abbia agito, anche con comportamento successivo alla domanda, con mala fede o colpa grave[135].

[129] Applicabile, secondo F. De Santis, *Le decisioni e le impugnazioni nel procedimento di reclamo*, cit., 642, solo nel giudizio di reclamo di cui all'art. 51 CCII.

[130] Cfr. M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., c. 106.

[131] V. A. Tedoldi, *I mezzi di impugnazione*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura O. Cagnasso, L. Panzani, I, Torino, 2025, 1333.

[132] Essendo inopponibile alla massa (così F. Severini, *La sentenza di fallimento e la sua impugnazione*, cit., 577).

[133] Così d'altronde l'art. 147 del D.P.R. n. 115/2002: in caso di revoca della dichiarazione di fallimento, le spese della procedura fallimentare e il compenso al curatore sono a carico del creditore istante se condannato ai danni per aver chiesto la dichiarazione di fallimento con colpa; sono a carico del fallito persona fisica, se con il suo comportamento ha dato causa alla dichiarazione di fallimento.

[134] In questo senso E. Forgillo, sub *art. 18*, cit., 373.

[135] Sul punto cfr. Cass. 03/12/1986, n. 7150, in *ReForo it.*, 1986, voce *Fallimento*, n. 232; a proposito dei danni da far valere v. Cass. 29/10/2008, n. 25978, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2008, 818. Sempre in un'ottica "sanzionatoria" si segnala Trib. Napoli 22/05/2024, *ivi*, 2025, 238, con commento di G. Rana, *Apertura della liquidazione giudiziale, interesse del ricorrente* ex *art. 100 e incapienza*, secondo il quale non sussisterebbero le condizioni dell'azione esecutiva concorsuale, e andrebbe pertanto rigettato il ricorso per liquidazione giudiziale in ipotesi di concla-

Diversamente, nell'ipotesi di accoglimento del reclamo avverso l'omologazione, il regime delle spese segue la soccombenza, anche in caso di contestuale apertura della liquidazione giudiziale; se il reclamo viene rigettato, si ritiene che i compensi del legale della procedura di concordato debbano essere caricati sulla massa.

Chi scrive ritiene che il richiamo *tout court* all'art. 96 c.p.c. porti con sé, fatto salvo il necessario coordinamento con l'art. 51, ultimo comma, CCII, l'applicazione anche di tutti i commi successivi[136].

Quanto alle modifiche nello specifico, vale la pena segnalare, in primo luogo, che la norma sembra stabilire in capo alla corte d'appello, in ogni caso, un obbligo di accertare la mala fede[137], accertamento strumentale alla revoca, con efficacia retroattiva, dell'eventuale provvedimento di ammissione al patrocinio dello Stato[138].

Ancora, con il fine di prevenire comportamenti processuali scorretti[139], il medesimo accertamento va compiuto le quante volte il rappresentante legale di società o di un ente abbia conferito la procura in mala fede, cui consegue la condanna in solido al pagamento sia delle spese dell'intero giudizio, sia di un ulteriore importo a titolo di contri-

mata incapienza del debitore e/o di perseguimento da parte ricorrente di fini non conferenti con il diritto di credito da soddisfare.

[136] Dal secondo a seguire: "*Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata. Nei casi previsti dal primo, secondo e terzo comma, il giudice condanna altresì la parte al pagamento, in favore della cassa delle ammende, di una somma di denaro non inferiore ad euro 500 e non superiore ad euro 5.000*". Per un'analisi della pronuncia di cui all'art. 96 c.p.c. in sede di impugnazione v. anche D. Longo, *La liquidazione giudiziale: apertura e impugnazioni*, cit., 326.

[137] È il richiamo all'art. 136 D.P.R. n. 115/2002; F. Lamanna, *Il terzo correttivo al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 197.

[138] V. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 213; nello stesso, J. V. D'Amico, *Sulla nuova disciplina del reclamo avverso il provvedimento di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (art. 51 C.C.I.I.)*, cit., 67.

[139] Ma anche di prevenire un senso di sfiducia nello strumento generale della responsabilità aggravata *ex* art. 96 c.p.c. (in questo senso A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 138).

buto unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale[140].

La disposizione, diretta a potenziare la responsabilità aggravata per abuso del processo[141], dovrebbe incidere proprio nelle determinazioni del legale rappresentante il quale, a detta della dottrina più accreditata, dovrà soppesare attentamente la decisione di impugnare, correndo il rischio di essere condannato se in mala fede[142].

10. *Cenni intorno alla natura del reclamo di cui all'art. 51 CCII*

In chiusura del presente commento, alla luce dell'indagine compiuta in questo lavoro, si rende opportuno dare conto della *querelle* che continua a registrarsi in dottrina e in giurisprudenza intorno alla natura e alla portata del reclamo di cui all'art. 51 CCII[143], e il legisla-

[140] Così il comma 1 *quater* dell'art. 13 D.P.R. n. 115/2002. Si segnala un recentissimo intervento di Cass. 16/09/2025, 25042 in *One LEGALE*, secondo la quale l'affermazione del presupposto della responsabilità del legale rappresentante non discende dall'avere la società o l'ente dato causa a un giudizio infondato, bsnì dall'aver egli agito senza la normale prudenza (colpa grave) ovvero con mala fede (cfr. pure Cass. 27/10/2025, n. 28483, *ivi*). Tra le prime applicazioni di merito della norma v. ApFirenze 18/03/2025, in *www.ilcaso.it*: in caso di reclamo avverso la dichiarazione di liquidazione giudiziale fondato su argomentazioni manifestamente infondate e pretestuose, il giudice può condannare personalmente il legale rappresentante della società reclamante, in solido con la società stessa, al pagamento delle spese processuali, ai sensi dell'art. 51, comma 15, CCII; similmente ApMilano 03/04/2025, in *One LEGALE*.

[141] Così, S. Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., 100.

[142] Così I. Pagni, *Le novità del procedimento unitario dopo il D.Lgs. n. 136/2024*, cit., 34, che riferisce l'intenzione della modifica alla responsabilizzazione di chi ha la rappresentanza della parte, per evitare impugnazioni proposte a soli fini dilatori o strumentali, o per gli effetti sui reati di bancarotta.

[143] *Querelle* che, senza soluzione di continuità, ha investito anche il reclamo di cui all'art. 18 l. fall. Per uno studio della letteratura pronunciatasi sotto l'egida del regime previgente, cfr. N. Rascio, *Note sull'impiego del reclamo (in luogo dell'appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 955 ss.; Id., *L'efficacia devolutiva del reclamo avverso la sentenza di fallimento: un risultato precluso dal sistema e dalla lettera della legge*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2010, 584 ss.); F. De Santis, *Per un tentativo di chiarezza di idee attorno al preteso effetto devolutivo «pieno» del reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento*, *ivi*, 2012, 1185 ss.; C. Delle Donne, *I provvedimenti che decidono sull'istanza di fallimento ed il loro regime di impugnazione*, in *Riv. esec. forz.* 2015, 333 ss.; A. Scala, sub *art. 18*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da

tore, sul punto, secondo alcuni, pare avrebbe perso un'occasione per chiarirle definitivamente[144].

Dalla individuazione della natura della impugnazione dipende, da un lato, l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 323 ss. c.p.c., e, dall'altra, la risposta al quesito relativo alle conseguenze della mancata, o della insufficiente, indicazione dei motivi del reclamo[145].

Già prima del Correttivo ultimo si riteneva abbastanza concordemente la riconducibilità del reclamo tra i mezzi di impugnazione strettamente intesi[146]; oggi, in seguito alla modifica che, come detto sopra, in luogo della "*esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione*", stabilisce che la *causa petendi* si caratterizzi per "*l'esposizione dei motivi su cui si basa l'impugnazione*", il dibattito pare aver trovato una sorta di requie[147].

Rimangono apparentemente intricati i nodi relativi alla portata dell'effetto devolutivo e alla applicabilità della disciplina dei *nova* in sede di impugnazione.

D'altronde, di effetto devolutivo pieno si discuteva all'alba delle modificazioni apportate all'art. 18 l. fall. dal D.Lgs. n. 169/2007[148], cui ha fatto seguito anche una nutrita parte della giurisprudenza di legittimità[149], da ciò derivandone l'inapplicabilità degli artt. 342 e 345

C. Cavallini, Milano 2010, 374 ss.; F. Santangeli, *Le modifiche introdotte dal decreto correttivo 169/2007 al processo per la dichiarazione di fallimento ed alla fase dell'accertamento del passivo*, in *Dir. fall*. 2008, 160; A. Tedoldi, *Brevi note sul reclamo avverso sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 427 ss.; C. Cecchella, *Il processo di fallimento, in Il trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F. Luiso, E. Gabrielli, II, Torino 2014, p139 ss. e 147 ss.

[144] Cfr. S. D'Amico, *Sulla nuova disciplina del reclamo avverso il provvedimento di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (art. 51 C.C.I.I.)*, cit., 55.

[145] V. A. Tedoldi, *I mezzi di impugnazione*, cit., 1333.

[146] V. I. Pagni, *La trattazione unitaria dell'alternativa tra la liquidazione giudiziale e gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza nell'art. 7 CCII*, cit., 9; A. Tedoldi, sub *art. 51*, cit., 364; M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., c. 98.

[147] Secondo I. Pagni, *Le novità del procedimento unitario dopo il D.Lgs. n. 136/2024*, cit., 33, il legislatore ha voluto ulteriormente sottolineare la natura dell'impugnazione, correggendo la formulazione non perspicua della lett. c) del secondo comma.

[148] Quanto al termine "appello" aveva fatto seguito quello di "reclamo" (lo ricorda F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, cit., 314).

[149] V. tra le altre Cass. 22/04/2015, n. 8226, in *ReForo it.*, voce *Fallimento*, n. 268, secondo la quale il reclamo, "*adeguato alla natura camerale dell'intero procedimento, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno, cui non si applicano*

c.p.c.: in altre parole, da un lato, con il reclamo il reclamante, senza preclusione alcuna, avrebbe potuto sollevare questioni nuove e addurre prove nuove rispetto a quelle proposte nell'istruttoria di primo grado, e dall'altro, la corte d'appello avrebbe avuto il potere di procedere a un riesame completo dei presupposti dell'apertura della liquidazione giudiziale, senza alcun limite derivante dal perimetro del reclamo[150].

Sul versante esattamente opposto si ponevano (e si pongono) quanti sostenevano (e sostengono), per vero correttamente, la negazione di un automatico effetto devolutivo del reclamo[151], sebbene alcuni abbiano aperto alla possibilità, in capo al reclamante, di prospettare questioni nuove e diverse non allegate in primo grado[152].

In questo lavoro si sente di aderire alla linea che vuole un effetto devolutivo parziale collegato inscindibilmente al "seminato" di censure del reclamo[153], e ciò proprio in ragione dell'innesto del Correttivo ultimo a proposito della esposizione dei motivi, innesto che, sebbene non corrisponda, com'è stato fatto notare, alla formula di cui all'art.

i limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 c.p.c.". Più di recente; Cass. 12/03/2018, n. 5901, in *ReForo it.*, 2018, voce *Fallimento*, n. 229; Cass. 25/01/2018 n. 1893, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2018, 710 ss.; Cass. 02/04/2012 n. 5257, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2080; Cass. 24/05/2012 n. 8227, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2012, 1185.

[150] Cass. 22/07/2020, n. 15645, in *One LEGALE*; Cass. 18/01/2017 n. 1169, in *ReForo it.,* 2017, voce *Fallimento*, n. 268.

[151] Cfr. M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 163; F. Severini, *La sentenza di fallimento e la sua impugnazione*, cit., 564; S. Chimenti, *La sentenza dichiarativa di fallimento. I mezzi di gravame*, cit., 251; E. Forgillo, sub *art. 18*, cit., 250; N. Rascio, *Reclamo devolutivo avverso la sentenza di fallimento o fallimento del reclamo?*, in *Dir. e giur.*, 2007, 34. Aderenti in giurisprudenza Cass. 04/10/2022, n. 28789, in *ForoPlus*; Cass. 03/11/2021, n. 31531, in *ReForo it*., 2021, voce *Fallimento*, n. 259; Cass. 05/06/2014, n. 12706, *id.*, 2015, I, c. 260.

[152] Così sembrerebbe per C. Minutoli, *Le iniziative di fronte alla sentenza dichiarativa di fallimento tra appello e reclamo: impugnazione devolutiva o modifica "di facciata"?*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2008, 259 ss.; F. Russo, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, cit., 139.

[153] Al contrario del reclamo di cui all'art. 50 CCII, che, secondo ApFirenze 10/06/2024, in *One LEGALE*, avrebbe carattere pienamente devolutivo, ciò che si desumerebbe dalla natura camerale del procedimento e dalla circostanza che, a differenza del reclamo di cui in parola, non sarebbe richiesta la "esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione" (oggi motivi). Nello stesso Cass. 29/09/2025, n. 26342, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2026, 410.

342 c.p.c.[154], invero espressamente richiede la determinazione secca del *thema decidendum* da portare all'attenzione del giudice di secondo grado[155]; e la stessa conclusione sembrerebbe valida anche per il reclamo avverso la sentenza di omologazione degli strumenti negoziali[156].

Proseguendo nell'analisi della struttura del reclamo, parrebbe più corretta, vista l'assenza di una preclusione normativa, la conclusione dell'apertura ai *nova* sia in tema di allegazione che di prova: in altre parole con il reclamo, non oltre il termine dell'atto introduttivo, sarebbe possibile far valere fatti diversi da quelli oggetto del giudizio dinnanzi al tribunale[157]; una siffatta soluzione avrebbe il merito di provvedere ad allineare, peraltro, le posizioni del debitore reclamante, parte in primo grado[158], con quella degli interessati e del curatore, le cui censure non potrebbero che essere nuove rispetto al giudizio di prime cure[159].

In una posizione, per certi versi mediana, si pone quella parte della dottrina che spinge per l'applicazione, anche al reclamo di cui in parola, dell'art. 345 c.p.c., di talché il debitore potrebbe dedurre fatti principali nuovi, con il relativo impianto probatorio, *i*) solo là dove non abbia potuto svolgere tali attività in primo grado per causa a lui non imputabile[160]; *ii*) nell'ipotesi di reclamo o di un intervento propo-

[154] V. M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., c. 98, tanto che il reclamo non sarebbe qualificabile come appello (in senso contrario C. Cecchella, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, cit., 207).

[155] Con la conseguenza dell'applicazione dell'acquiescenza e dell'effetto espansivo di cui agli artt. 329 e 336 c.p.c.

[156] A cognizione limita, circoscritta cioè alle questioni tempestivamente dedotte dal reclamante (ApL'Aquila 09/03/2023, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa* (già *Fall.*), 2023, 945).

[157] Sebbene in sostanziale rottura si ponga la Relazione illustrativa del D.Lgs. 12/01/2019 che, se rispetto alle prove consente l'apertura ai *nova*, con riferimento a domande ed eccezioni, nel rispetto del principio del contraddittorio, afferma che "*la loro introduzione* [sarebbe consentita] *in conseguenza dell'intervento che la norma, nel caso dell'apertura della liquidazione giudiziale, consente a qualsiasi interessato, purché non oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti*". In giurisprudenza, adesiva sembra essere anche Cass. 30/03/2025, n. 8360, in *One LEGALE*

[158] Sebbene non sia certo, vista la tendenza di molti debitori a non costituirsi nel corso dell'istruttoria fallimentare, prima, e del procedimento unitario, ora.

[159] V. M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 164.

[160] Cfr. F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, cit., 316.

sto da un terzo[161]; *iii*) in seguito all'esercizio di poteri istruttori officiosi attribuiti dalla norma alla corte d'appello[162].

[161] Cass. 14 /01/2019, n. 646, in *One LEGALE*; Cass. 18/05/2016, n. 10170, in *ReForo it.,* 2016, voce *Notificazione e comunicazione di atti civili*, n. 28.

[162] Così F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, cit., 317.

Simona Melorio

I «vasi rotti» nella società digitale. Devianza minorile, diritto e controllo sociale

Abstract

La devianza minorile si trasforma al mutare della società, determinando un'evoluzione delle forme di controllo sociale e delle risposte del diritto. Il presente articolo analizza tale trasformazione a partire dalla rivoluzione digitale che modifica i processi di apprendimento della devianza, le modalità di commissione dei reati, il ruolo di autori e vittime e le forme di controllo.

Juvenile delinquency changes as society evolves, leading to transformations in forms of social control and legal responses. This paper examines this transformation in light of the digital revolution, which is reshaping the processes through which delinquency is learned, the ways in which offences are committed, the roles of offenders and victims, and forms of social and legal control.

Parole chiave: devianza minorile, società digitale, sociologia del diritto e della devianza
Keywords: juvenile delinquency, digital society, sociology of law and deviance

Sommario: Premessa. 1. La devianza minorile per il sociologo del diritto e della devianza. – 2. Edwin Sutherland e le associazioni differenziali. – 3. Le «associazioni differenziali digitali». – 4. L'agorà digitale. – 5. Le risposte istituzionali alla devianza minorile in Italia. – 6. Trasformazioni sociali e politica criminale. – 7. L'importanza dei «vasi rotti».

Premessa

Studiare la devianza minorile dal punto di vista del sociologo del diritto e della devianza significa dedicarsi ad un'attenta osservazione delle trasformazioni sociali e delle conseguenti trasformazioni del diritto. Non è sufficiente registrare l'evoluzione statistica dei reati e le variazioni delle relative incidenze, occorre, invece, come Renato Treves ha magistralmente chiarito, da un lato, procedere all'osservazione della «società nel diritto», ovvero guardare ai comportamenti, agli atteggiamenti e alle trasformazioni sociali che si riflettono nell'esperienza giuridica; dall'altro, analizzare il «diritto nella società», vale a dire la posizione, la funzione e gli effetti che il diritto assume

all'interno della società[1]. È a partire da questa duplice dimensione e dalla reciproca relazione di società e diritto che il sociologo del diritto può trovare un fecondo percorso epistemologico nello studio della devianza e più in particolare, per quello che interessa tale contributo nello specifico, della devianza minorile contemporanea. Guardare al mutamento della devianza significa, infatti, interrogarsi anche su come tale mutamento entra nel diritto e ne sollecita la trasformazione.

Il fenomeno giuridico, così sottratto ad una lettura esclusivamente statualistica e normativa e ricondotto alla complessità della società nella quale prende forma e nei cui valori affonda le proprie radici, viene osservato «dal basso», come Paolo Grossi ha insegnato, esaminando cioè le trasformazioni della società alle quali esso è chiamato a rispondere[2]. Come evidenziato dalla lezione istituzionalista di Santi Romano, il diritto non rappresenta un sistema statico di norme, ma un fenomeno sociale che evolve insieme alla società. Ogni trasformazione dei comportamenti collettivi produce nuove domande di regolazione, nuove aspettative di sicurezza e nuove esigenze di tutela[3].

In questa prospettiva, il diritto non costituisce soltanto l'insieme delle regole attraverso cui una condotta viene qualificata come reato e sanzionata, ma rappresenta anche un osservatorio privilegiato delle trasformazioni della società e, al tempo stesso, uno degli strumenti attraverso cui tali trasformazioni vengono governate.

È precisamente in questa prospettiva che con il presente contributo si intende riflettere sulla devianza minorile, non soltanto prendendo in considerazione le norme che la disciplinano, ma soprattutto focalizzando l'attenzione sui processi sociali che contribuiscono alla loro elaborazione e sugli effetti che esse producono nella società. La devianza minorile diviene in tal modo un'occasione per analizzare la relazione dinamica tra mutamento sociale, trasformazione delle condotte, forme della regolazione e risposta istituzionale.

[1] Questa distinzione è centrale nel testo di Renato Treves, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Milano, 2002 (prima edizione Torino, 1987).

[2] Le opere di Paolo Grossi sottolineano costantemente la necessità di ripensare al diritto come proveniente dal basso. In particolare si veda il suo testo *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.

[3] Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, p. 27. In particolare Romano sottolinea come «Il diritto, prima di essere norma, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge».

1. *La devianza minorile per il sociologo del diritto e della devianza*

Quando si parla di reati di cui si rendono protagonisti i più giovani – alcuni particolarmente gravi come risse, violenze o episodi di bullismo – l'opinione pubblica e i media tendono spesso a cristallizzare tali comportamenti all'interno di una categoria rigida, quella dell'attore criminale pericoloso, di un «mostro», nei cui confronti si invocano il carcere e pene esemplari.

Si tratta, tuttavia, di rappresentazioni che raramente restituiscono la complessità delle vicende individuali riferibili al giovane autore di reato.

Il compito del Sociologo del diritto e della devianza consiste proprio nel superare questa lettura semplificata e stereotipata, perché la definizione di «autore di reato» non esaurisce l'identità della persona che ha commesso l'illecito, spesso portatrice di molteplici disagi. Ciò non significa attenuare la responsabilità giuridica del reo, ma piuttosto riconoscere che responsabilità penale e vulnerabilità sociale possono coesistere.

Isaia Sales, con la felice espressione «teneri assassini» che dà il titolo ad un suo interessante testo sulla criminalità minorile campana in odore di camorra[4], evidenzia come la presenza di fragilità personali e relazionali non elimina la gravità del fatto commesso, ma deve spingere il ricercatore ad interrogarsi sulle condizioni che hanno favorito quel percorso di vita. Comprendere non significa assolvere; significa rendere intelligibile un fenomeno sociale per elaborare risposte istituzionali più efficaci. La Sociologia della devianza, dunque, ci invita non soltanto ad osservare il comportamento deviante dei minorenni, ma anche a guardare ad esso in rapporto alla società, a studiare le trasformazioni di essa e come queste influenzino la devianza. L'interrogativo da porsi è chi siano davvero i minorenni rei.

I minorenni rei possono essere figli della marginalità urbana e della difficoltà di presa in carico da parte delle principali agenzie istituzionali di socializzazione presenti sul territorio. Si pensi a quei ragazzi che crescono in quartieri nei quali il principale criterio di regolazione delle relazioni sociali è la forza, in cui la criminalità organizzata può essere percepita come una delle poche forme di accesso a risorse economiche, relazionali e simboliche. Si considerino le situazioni in cui i contesti familiari sono segnati dall'esperienza del carcere o del lavoro precario, e la scuola, spesso, non dispone delle risorse necessarie per svolgere pienamente la propria funzione educativa (situazioni queste

[4] Isaia Sales, *Teneri Assassini: Il mondo delle babygang,* Napoli, 2021.

tipiche dei quartieri di città interessate dalla storica presenza delle mafie o anche alle periferie urbane delle grandi città).

Per parlare compiutamente di criminalità minorile, tuttavia, occorre ampliare lo sguardo anche ad un'altra categoria di adolescenti, meno percepita come deviante. Si tratta di ragazzi provenienti da contesti socialmente ed economicamente privilegiati, segnati, però, da fragilità relazionali e affettive o da percorsi di socializzazione alimentati da modelli culturali, dinamiche identitarie, appartenenze ideologiche o processi di legittimazione della violenza condivisi all'interno di gruppi di riferimento tanto dei pari quanto degli adulti (si pensi, ad esempio, ad ambienti in cui l'ideologia del successo si traduce in spregiudicatezza o in cui è radicata l'ostilità ideologica verso le minoranze).

La ricerca empirica, elemento fondamentale per la sociologia della devianza perché consente di verificare, modificare o falsificare le ipotesi teoriche, ancorando il «diritto nei libri» (la dogmatica giuridica) al «diritto in azione» (ovvero al modo in cui il diritto opera concretamente nella società), consente di superare una lettura stereotipica della devianza minorile e di problematizzare questa rappresentazione, verificandone i presupposti alla luce delle concrete traiettorie dei giovani presi in carico[5].

In particolare lo studio del 2024 promosso dal Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità del Ministero della Giustizia, realizzato in collaborazione con Transcrime, il Centro di ricerca interuniversitario sulla criminalità transnazionale dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, evidenzia come nel biennio 2022-2023 il 72% dei giovani presi in carico dagli Uffici di Servizio Sociale per i Minorenni di Milano non provenga da contesti caratterizzati da grave disagio socio-economico, a differenza di quanto registrato nel biennio 2015-2016, quando solo il 44% del campione risultava privo di detti problemi[6].

Si tratta naturalmente di un'indagine circoscritta nel tempo e nello

[5] Si veda sul punto la riflessione di Vincenzo Ferrari che nella introduzione al suo testo *Prima Lezione di Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 2010 e poi, successivamente, nel primo capitolo risolve la dicotomia tra diritto nei libri e diritto in azione sottolineando quanto il secondo permetta di sottoporre a verifica o a falsificazione le ipotesi teoriche sull'efficacia e sull'impatto sociale delle norme.

[6] Il report *Le traiettorie della devianza giovanile*, pubblicato nel giugno 2024 da Transcrime in collaborazione con il Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, è consultabile al seguente link: https://www.transcrime.it/pubblicazioni/le-traiettorie-della-devianza-giovanile/

spazio, che però mostra come la devianza minorile non possa più essere interpretata esclusivamente come fenomeno di quartieri «difficili» caratterizzati da elevata presenza criminale, ma stia assumendo progressivamente nuove forme che si adattano plasticamente alle trasformazioni della società.

2. *Edwin Sutherland e le associazioni differenziali*

In questo ambito, il contributo di Edwin H. Sutherland tra i maggiori esponenti della Criminologia sociologica del Novecento[7] offre una risposta particolarmente significativa al seguente interrogativo: come si costruisce una identità deviante?

Secondo il criminologo statunitense, autore della teoria delle associazioni differenziali, ogni comportamento, compreso quello criminale, viene appreso attraverso l'interazione con altre persone e con gruppi socialmente significativi. Questa intuizione, apparentemente semplice, rappresenta una svolta teorica decisiva nella criminologia contemporanea. Nel caso della criminalità minorile, il giovane entra in relazione con soggetti dai quali apprende non soltanto le tecniche criminali, ma anche motivazioni, razionalizzazioni e definizioni favorevoli oppure sfavorevoli alla violazione della legge. L'apprendimento di sistemi di significato, di schemi interpretativi e di giustificazioni rispetto alla commissione di atti criminali rende il comportamento deviante comprensibile e, in alcuni contesti, perfino socialmente accettabile. Quando le definizioni favorevoli al crimine prevalgono, aumenta la probabilità che il comportamento deviante venga adottato.

Il tema delle relazioni assume un ruolo essenziale nella teoria sutherlandiana in quanto è proprio ad esse e alla qualità di esse che l'autore americano attribuisce un ruolo centrale nella spiegazione della devianza. Sutherland in particolare individua quattro elementi che rendono alcune associazioni più significative di altre nel processo di apprendimento: la frequenza dei contatti, la loro durata, la precocità

[7] Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey, *Criminologia,* Milano, 1996 traduzione di *Principles of Criminology*, Philadelphia, 1978. Nella prima edizione del 1924, pubblicata con il titolo *Criminology*, Sutherland affronta il problema della spiegazione sociologica della criminalità. La teoria delle associazioni differenziali viene formulata progressivamente nelle edizioni successive dell'opera e trova la sua formulazione canonica nella quarta edizione del 1947. Le ri-edizioni aggiornate di Donald Cressey (post morte) del 1955 e 1960 contribuirono alla diffusione internazionale del modello, fino a quella definitiva del 1978.

dell'esposizione e l'intensità del legame con i modelli di riferimento. Le relazioni sociali più importanti per un individuo, dunque, incidono sulle sue scelte di vita, contribuendo ad orientarle verso la conformità o la devianza. Non si tratta di un rigido determinismo, in quanto chi vive a contatto con gruppi devianti non diventerà reo fatalmente, ma di certo i modelli di vita incideranno sulla formazione della sua identità.

La teoria, elaborata nella prima metà del Novecento, conserva ancora oggi, come si dirà, una notevole capacità esplicativa, nonostante la società nella quale viviamo sia profondamente diversa da quella osservata da Sutherland.

3. *Le «associazioni differenziali digitali»*

Negli ultimi decenni, lo sviluppo delle nuove tecnologie ha determinato profonde e rapide trasformazioni anche nei processi di socializzazione, ne consegue che le tradizionali agenzie educative, che continuano certamente a svolgere un ruolo fondamentale, oggi condividono sempre più questa funzione con ambienti digitali caratterizzati da relazioni transnazionali, continue e solo in parte controllabili dalle istituzioni. I social network, le piattaforme di messaggistica e le comunità virtuali hanno, infatti, ampliato enormemente le possibilità di apprendimento sociale, rendendo di fatto le associazioni differenziali non più soltanto fisiche, ma, sempre più spesso, anche digitali.

Potremmo, dunque, parlare, oggi, di «associazioni differenziali digitali» per sottolineare quanto gli ambienti virtuali costituiscano nuovi contesti relazionali nei quali vengono trasmessi linguaggi, valori, modelli, tecniche e giustificazioni della condotta deviante. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle dinamiche di emulazione che si sviluppano attraverso alcune piattaforme social, ai gruppi chiusi di messaggistica, oppure ai processi di legittimazione simbolica della violenza costruiti mediante la ricerca di consenso, visibilità e riconoscimento all'interno delle comunità digitali. E la trasformazione digitale ha inciso profondamente anche su tutti gli elementi individuati da Sutherland quali determinanti della significatività delle associazioni che gli individui frequentano. Se, infatti, la frequenza, la durata, la precocità e l'intensità dei contatti costituiscono variabili rilevanti nel processo attraverso cui gli individui apprendono comportamenti, valori e definizioni favorevoli o sfavorevoli alla violazione della legge, gli ambienti digitali sembrano amplificare ciascuna di queste dimensioni. L'esperienza virtuale si caratterizza propriamente per la frequenza e la

reiterazione dei contatti, per la loro potenziale continuità nel tempo, per la precocità dell'esposizione e per la possibilità di instaurare forme di relazione e identificazione particolarmente intense con determinati modelli di riferimento. Le piattaforme social consentono una prossimità costante e continuativa, rendendo possibile un'esposizione reiterata a contenuti, linguaggi, rappresentazioni e modelli comportamentali; tale esposizione può iniziare in età molto precoce e proseguire nel tempo, assumendo una continuità significativa. L'individuo può entrare in contatto con modelli di riferimento anche non prossimi a lui nello spazio, in quanto non appartenenti al suo contesto familiare, scolastico o territoriale e questo amplia considerevolmente il perimetro delle relazioni attraverso le quali possono essere appresi significati e definizioni della realtà. La dimensione della transnazionalità appare sempre di più una nuova prospettiva attraverso cui leggere le pratiche devianti e criminali contemporanee, soprattutto minorili.

La specificità delle «associazioni differenziali digitali», tuttavia, non risiede semplicemente nella possibilità di entrare in contatto con un maggior numero di contenuti devianti. Se così fosse, la dimensione digitale non introdurrebbe una discontinuità sostanziale rispetto all'esposizione a rappresentazioni della violenza o della criminalità attraverso il cinema, la televisione o altri media. Ciò che rileva nel mondo digitale è soprattutto la natura interattiva dell'esperienza, nel web non si è necessariamente destinatari passivi di informazioni, al contrario si può interagire con chi li produce, partecipare alle conversazioni, ricevere approvazione o disapprovazione, costruire relazioni e contribuire alla produzione e alla circolazione di contenuti. L'apprendimento della devianza può, quindi, realizzarsi all'interno di relazioni sociali caratterizzate da reciprocità, riconoscimento e rinforzo. È proprio questa dimensione relazionale e interattiva a rendere particolarmente significativa la rilettura di Sutherland nell'ambiente virtuale.

Il mondo digitale si pone quale luogo di osservazione attiva e di apprendimento della devianza, ma non soltanto. È anche il luogo in cui si possono commettere atti devianti o criminali, vecchi o nuovi, nonché il contesto in cui si può condividere con gli altri la devianza commessa nel mondo digitale o anche nel mondo reale. Ciò significa che i confini tra le esperienze relazionali offline e quelle online sono molto poco definiti e particolarmente eterei. Diventa, pertanto, sempre più complesso considerare il digitale come una dimensione separata dalla realtà sociale, poiché le due sfere tendono progressivamente a sovrapporsi e a condizionarsi reciprocamente.

Come osserva Andrea Di Nicola, siamo di fronte a un «nuovo

modo di essere umani»[8], nel quale la dimensione digitale non rappresenta più uno spazio esterno o separato dell'esperienza, ma una componente strutturale delle relazioni sociali contemporanee. E questo è tanto più vero per le giovani generazioni iperconnesse.

4. *L'agorà digitale*

La trasformazione digitale impone un ripensamento anche delle teorie vittimologiche. Se è vero, come sottolineato da Armando Saponaro[9], che la vittima non può essere considerata soltanto come destinataria passiva della condotta criminale, ma deve essere ricollocata all'interno delle relazioni e dei processi sociali attraverso i quali il crimine viene prodotto, interpretato e successivamente gestito dalle istituzioni; è vero anche che la relazione tra vittima, autore e collettività nella società digitale si trasforma, in quanto diverse sono le modalità di relazione tra vittima e autore del reato e anche tra vittima e collettività virtuale.

Un primo profilo riguarda, dunque, la relazione tra vittima e autore del reato, che la dimensione digitale può modificare profondamente, incidendo sulle modalità della vittimizzazione e sulla stessa percezione del rapporto tra chi agisce e chi subisce la condotta.

La distanza introdotta dallo schermo può modificare il modo in cui la persona che subisce la condotta viene percepita dall'autore. Quando la vittima non è un soggetto concretamente presente, conosciuto o incontrato, ma appare soltanto come un'immagine, un profilo o un'identità virtuale, può risultare più difficile riconoscerne pienamente l'umanità e di conseguenza gli effetti concreti dell'offesa. In questa prospettiva può essere richiamata la teoria del disimpegno morale di Albert Bandura: alcuni meccanismi cognitivi consentono di attenuare o neutralizzare l'autosanzione morale che normalmente inibisce la condotta lesiva[10]. La mediazione dello schermo può contribuire a rendere più agevoli tali processi, aumentando la distanza psicolo-

[8] Andrea Di Nicola, *Criminalità e criminologia nella società digitale*, Milano, 2021, p. 16.

[9] Si veda in particolare Armando Saponaro, *La devianza 2.0 reloaded. Mutamenti sociali e comportamenti devianti*, Ariccia, 2018.

[10] Albert Bandura, *Disimpegno morale. Come facciamo del male continuando a vivere bene,* Trento, 2017. Il testo originario in lingua inglese, *Moral Disengagement: How People Do Harm and Live with Themselves*, è stato pubblicato per la prima volta nel 2015 a New York.

gica dalla vittima e favorendone una rappresentazione più astratta o deumanizzata. La vittima rischia così di essere percepita non più come una persona concreta, ma come un'immagine, un profilo, un avatar o un membro di una categoria. La dimensione digitale non elimina, quindi, soltanto la prossimità fisica tra autore e vittima, ma può trasformare la stessa esperienza dell'altro, incidendo sui processi di immedesimazione, sulla capacità di empatia, sulla percezione delle conseguenze della condotta e, conseguentemente, sui meccanismi di controllo morale dell'azione.

Un secondo piano riguarda, come anticipato, il ruolo assunto dall'agorà digitale, che può trasformarsi da semplice spazio di comunicazione in luogo pubblico nel quale la vittima viene esposta allo sguardo, al giudizio e alle reazioni della collettività.

La ricerca di visibilità attraverso la diffusione dei video delle aggressioni, il riconoscimento ottenuto mediante i social network e la costruzione della reputazione online modificano profondamente il significato sociale della violenza. L'atto deviante non è più destinato esclusivamente alla vittima presente nello spazio fisico, ma ad una platea virtualmente illimitata di osservatori. Ciò contribuisce ad accrescere il valore simbolico del comportamento violento e, al tempo stesso, ad amplificare il danno subito dalla vittima, che è spesso minorenne a sua volta. Alla vittimizzazione originaria possono, infatti, aggiungersi forme di vittimizzazione secondaria, determinate dalla diffusione incontrollata dei contenuti digitali e dalla loro persistente reperibilità nel tempo, e alimentate spesso dal *victim blaming*, ossia dall'attribuzione, totale o parziale, della responsabilità dell'offesa alla stessa vittima.

Nell'agorà digitale la rappresentazione della vittima contribuisce a costruire la rappresentazione dell'autore di reato e viceversa, determinando un processo mediatico di proporzioni non contenibili e che sfugge ad ogni controllo. Antoine Garapon a tal proposito descrive la transizione dalla giustizia tradizionale (il «Palazzo») alla giustizia mediatica e digitale (la «Rete»), sottolineando la trasformazione dell'agorà virtuale in un tribunale permanente dove l'emozione immediata sostituisce il rito e la presunzione di colpevolezza prende il posto delle garanzie procedurali. Garapon, peraltro, osserva come le nuove tecnologie abbiano progressivamente contribuito ad una vera e propria «despazializzazione» non solo degli atti criminali, ma anche delle forme di esercizio del diritto e del controllo sociale[11]. Si pensi alla videosorveglianza intelligente, agli algoritmi utilizzati nell'analisi dei rischi,

[11] Per una riflessione sul pensiero di Garapon si leggano ANTOINE GARAPON, *La*

agli strumenti digitali di controllo, ma anche alla possibilità di effettuare udienze da remoto (nel caso dei minorenni raramente e per specifiche esigenze) o nel caso della messa alla prova dei minorenni la possibilità per gli assistenti sociali dell'Uffici dei Servizi Sociali Minorili di verificare l'andamento della stessa attraverso video-colloqui[12].

Il digitale, quindi, amplia gli spazi dell'apprendimento e della diffusione della condotta deviante, trasforma i luoghi nei quali essa viene osservata, rappresentata e sottoposta a controllo sociale e giuridico e determina l'introduzione di nuove norme di diritto. Nel caso della devianza dei minorenni questo ultimo aspetto risulta di particolare interesse, trattandosi di soggetti non ancora formati, ma persone in età evolutiva.

5. *Le risposte istituzionali alla devianza minorile in Italia*

In risposta alla devianza minorile in Italia, da un lato, permane il paradigma educativo che ha caratterizzato il processo penale minorile a partire dalla fine degli anni Ottanta del Novecento. Dall'altro, emergono oggi richieste sociali sempre più insistenti di sicurezza e di intervento repressivo.

Il D.P.R. 448/1988, che disciplina il processo penale minorile, rappresenta una vera e propria svolta culturale nella storia della giustizia minorile italiana. Il legislatore recepisce, infatti, una concezione del minorenne come persona in fase di sviluppo, la cui personalità è ancora in formazione e le cui potenzialità evolutive devono essere preservate anche nell'ambito della risposta sanzionatoria. Il procedimento penale minorile viene così costruito attorno ad alcuni princìpi fondamentali: finalità educativa; minima offensività del processo; residualità della detenzione; personalizzazione dell'intervento; valorizzazione delle opportunità di recupero e reinserimento sociale. Emblematica è, poi, l'introduzione dell'istituto della messa alla prova, che consente la sospensione del processo e, in caso di esito positivo del progetto educativo individualizzato e precedentemente accettato dal minorenne, l'estinzione del reato.

despazializzazione della giustizia, Milano-Udine, 2021 e Antoine Garapon, Jean Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021.

[12] Si consultino per i profili relativi alla digitalizzazione del processo e alle modalità di svolgimento da remoto i Decreti legislativi 149 e 150 del 2022 (Riforma Cartabia). Per i video-colloqui nell'ambito della messa alla prova si vedano, invece, le più recenti prassi applicative.

Dal punto di vista del Sociologo del diritto, questa disciplina è particolarmente interessante perché mostra come una determinata rappresentazione sociale dell'adolescenza influenzi direttamente la costruzione della norma giuridica. Il legislatore del 1988 ritiene che il giovane autore di reato non debba essere definito esclusivamente attraverso il fatto commesso, ma anche (e soprattutto) attraverso le sue potenzialità evolutive e relazionali.

Questi princìpi risultano coerenti anche con le «Regole minime delle Nazioni Unite per l'amministrazione della giustizia minorile», note come «Regole di Pechino», adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 40/33 del 29 novembre 1985. Esse invitano gli Stati a privilegiare la tutela dello sviluppo del minorenne e a ridurre gli effetti negativi dell'intervento giudiziario.

Come sostenuto dai *labelling theorists* Howard Becker ed Edwin Lemert[13], l'intervento istituzionale può contribuire, in alcuni casi, a costruire una stabile identità deviante. L'individuo può progressivamente interiorizzare l'etichetta di «criminale» attribuitagli dalla collettività e dalle istituzioni, arrivando in alcuni casi a conformare ad essa la propria identità e il proprio comportamento futuro.

Negli ultimi anni, tuttavia, si è progressivamente consolidato un diverso orientamento. Gli interventi legislativi hanno attribuito maggiore rilevanza alle esigenze di sicurezza collettiva, all'effettività della risposta sanzionatoria e agli interventi precoci nei confronti delle condotte devianti.

In questo quadro si colloca il cosiddetto «Decreto Caivano» (d.l. 123/2023, convertito in legge 159/2023), pacchetto di norme per contrastare il disagio giovanile, la dispersione scolastica e la criminalità minorile. Esso introduce, tra le altre misure, l'arresto in flagranza per alcune fattispecie di reato, amplia il ricorso agli strumenti custodiali e rafforza alcuni strumenti di prevenzione.

Più recentemente, poi, il Disegno di legge governativo in materia di giustizia e contrasto alla criminalità minorile (noto in Parlamento come ddl AC 3080), approvato dal Consiglio dei Ministri nel luglio 2026, propone di modificare l'articolo 98 del codice penale, introducendo una presunzione relativa (*iuris tantum*) di capacità di intendere e di volere per il minorenne che abbia compiuto i quattordici anni

[13] Howard Becker, *Outsiders. Saggi di sociologia della devianza*, Torino, 1987; Edwin Lemert, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milano, 1981. Si tratta delle prime traduzioni italiane dei seguenti testi: H. Becker, *Outsiders*: *Studies in the Sociology of Deviance,* New York, 1963; E. Lemert, *Human Deviance, Social Problems, and Social Control,* New Jersey, 1967.

ma non ancora i diciotto. Secondo la disciplina attualmente vigente, infatti, per i minori di età compresa tra quattordici e diciotto anni la capacità di intendere e di volere deve essere accertata in concreto; il disegno di legge propone invece di presumere tale capacità, salvo prova contraria. L'eventuale incapacità dovrebbe dunque essere dimostrata sulla base degli elementi acquisiti nel procedimento. La proposta modifica così il criterio di accertamento dell'imputabilità, spostando l'onere della prova dell'incapacità del minore e incidendo sul carattere individualizzato dell'accertamento della sua maturità psichica.

Il mutamento intervenuto negli ultimi anni non determina ovviamente una sostituzione integrale del paradigma educativo con un paradigma esclusivamente repressivo; piuttosto, introduce nuove tensioni all'interno del sistema di giustizia minorile, rendendo più evidente la compresenza di finalità educative, esigenze di sicurezza e istanze di controllo.

6. *Trasformazioni sociali e politica criminale*

Al di là di una lettura semplicemente contrappositiva tra il modello legislativo del 1988 e gli interventi più recenti, la Sociologia del diritto invita a domandarsi quali trasformazioni sociali abbiano reso possibile questo mutamento della politica criminale. La prospettiva sociologica non si pone in alternativa a quella propriamente giuridico-penalistica, ma opera su un diverso piano di osservazione. Se l'analisi penalistica è chiamata a interrogarsi sulla qualificazione giuridica del fatto, sulla responsabilità e sulle conseguenze previste dall'ordinamento, la sociologia del diritto e della devianza si interroga sui processi sociali che precedono e accompagnano tali qualificazioni, sulle modalità attraverso cui una società definisce ciò che considera deviante e sulle conseguenze sociali delle diverse forme di risposta. È precisamente l'interazione tra questi livelli a consentire di comprendere come il mutamento sociale possa tradursi in mutamento giuridico e come, a sua volta, il diritto possa incidere sui processi sociali. Come osserva Maria Ausilia Simonelli: «La concezione puramente formalistica del diritto ha progressivamente ceduto il passo ad una visione più ampia dell'esperienza giuridica, attenta alle sue molteplici dimensioni e alle sue concrete modalità di funzionamento. Lo sguardo sociologico si presenta come uno sguardo diverso, e tuttavia complementare, rispetto a quello della Scienza giuridica. Esso mostra come il diritto sia una concreta espressione della realtà sociale e come non possa essere pri-

vato di questa dimensione senza perdere una parte essenziale del proprio significato»[14].

Interrogarsi sulle ragioni per le quali oggi il legislatore ritiene necessario rafforzare gli strumenti repressivi rispetto alla devianza minorile e su che cosa stia influenzando la produzione normativa è dunque l'approccio da assumere in una seria riflessione sociologico-giuridica sul tema.

Particolarmente utile sul punto appare il contributo di David Garland, criminologo e sociologo scozzese-statunitense, tra i principali studiosi contemporanei della sociologia della pena, delle politiche di controllo della criminalità e delle trasformazioni dello Stato moderno. Nella sua opera *The Culture of Control*[15], l'Autore osserva come le società tardo-moderne siano caratterizzate da una crescente domanda di sicurezza che influenza profondamente le politiche criminali e le modalità di esercizio del controllo sociale. Le preoccupazioni collettive per la criminalità possono così orientare l'agenda politica più del rischio statistico reale. L'azione di governo finisce per dover mediare costantemente tra la gestione oggettiva del reato e la risposta soggettiva alla domanda di rassicurazione sociale[16].

In questa prospettiva, il «Decreto Caivano» e il successivo Disegno di Legge possono essere letti non soltanto come provvedimenti legislativi, ma come risposte istituzionali ad un mutamento del clima sociale e della percezione pubblica della devianza adolescenziale.

Le più recenti trasformazioni della criminalità minorile hanno inciso a loro volta sulla gestione di tali reati. Alcune ricerche empiriche, quali quella pubblicata dall'Associazione Save the Children[17], mostrano come, dopo la contrazione registrata durante il periodo pandemico e a fronte di una diminuzione nel lungo periodo del numero dei minorenni e giovani adulti segnalati agli Uffici dei Servizi Sociali Minorili,

[14] Maria Ausilia Simonelli, *Prendere parola sul diritto. Sociologia giuridica, dibattito pubblico e riforme della giustizia*, intervento al Convegno AIS nell'ambito del Laboratorio del Consiglio scientifico della Sezione di Sociologia del diritto, Bari, 3 luglio 2026.

[15] David Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, 2001, prima traduzione italiana a cura di Adolfo Ceretti e Francesca Gibellini, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, 2004.

[16] Sul punto si veda anche Rossella Selmini*, Dalla sicurezza urbana al controllo del dissenso politico. Una storia del diritto amministrativo punitivo*, Roma, 2020.

[17] Save the Children, Rapporto *(Dis)armati. Un'indagine sulla diffusione della violenza giovanile, tra percezione e realtà,* scaricabile sul sito https://www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/disarmati.

siano cambiate le tipologie di reato, aumentati alcuni reati violenti e variate le modalità attraverso cui tali condotte si manifestano. Nel 2024 i minorenni denunciati o arrestati per rapina risultavano più che raddoppiati rispetto al 2014. Analoga crescita si è avuta per il reato di lesioni personali e per quello relativo al porto abusivo di armi od oggetti atti ad offendere, inoltre tali comportamenti devianti, lo sottolinea la ricerca citata, possono essere amplificati dalla dimensione digitale.

Accanto ai reati tradizionalmente orientati all'acquisizione di un vantaggio economico sembrano, quindi, avere assunto maggiore rilievo comportamenti finalizzati all'affermazione dello status, del prestigio all'interno del gruppo e del controllo simbolico del territorio, la diffusione delle cosiddette baby gang rappresenta uno degli esempi più evidenti di questa trasformazione come d'altra parte l'aumento di alcuni reati digitali violenti, quali il cyberbullismo[18].

7. *L'importanza dei «vasi rotti»*

Se la trasformazione digitale modifica gli ambienti nei quali i processi di apprendimento sociale possono svilupparsi, i reati, i rei e persino le vittime, la risposta istituzionale deve necessariamente confrontarsi anche con la necessità di una intensificazione del controllo tecnologico attraverso la capacità delle piattaforme di intercettare, limitare o rimuovere i contenuti e le relazioni potenzialmente devianti, ma non può esaurirsi in questo.

Gli individui, ancor più se minorenni, infatti, continuano ad essere soggetti relazionali, portatori di bisogni affettivi, di ricerca di riconoscimento e di appartenenza che non possono essere ricondotti esclusivamente alla dimensione digitale. Per questo, accanto alla prevenzione che si esercita nello spazio virtuale, resta centrale una prevenzione capace di intervenire nei contesti sociali e relazionali nei quali le vulnerabilità si producono e si consolidano. Quando, tuttavia, il processo deviante si è già consolidato e il minorenne è entrato nel circuito penale, la questione non può essere ridotta alla necessità di interrompere il comportamento. Il compito delle istituzioni non può

[18] ISTAT, *Bullismo e cyberbullismo nei rapporti tra i ragazzi,* 2025. Secondo tale report, il 34% dei giovani 11-19enni ha subìto comportamenti vessatori online almeno una volta nel corso dei 12 mesi precedenti la rilevazione, il 7,8% ne è rimasto vittima più volte al mese. https://www.istat.it/wp-content/uploads/2025/06/Stat-today_Bullismo-e-cyberbullismo-nei-rapporti-tra-i-ragazzi.pdf

consistere soltanto nel sanzionare il comportamento illecito, ma deve poter creare le condizioni affinché il percorso di vita dell'adolescente possa essere ricostruito attraverso opportunità educative, relazionali e sociali. L'adolescente autore di reato non coincide, infatti, con il reato che ha commesso e, pertanto, la sua identità non può essere ridotta all'etichetta di deviante.

Nella tradizione giapponese esiste un'antica tecnica chiamata *kintsugi*: quando un oggetto di ceramica si rompe, le sue fratture non vengono nascoste. Al contrario, vengono riempite con oro. L'oggetto non torna identico a prima. Diventa qualcosa di diverso. Ed è proprio attraverso le sue fratture, che acquista un nuovo valore. Il minorenne reo non deve essere considerato un soggetto irrimediabilmente "fratturato": può diventare altro rispetto alla condizione nella quale il reato lo ha collocato.

Occorre intervenire sulle traiettorie che hanno prodotto il comportamento deviante e costruire condizioni alternative di relazione, apprendimento e riconoscimento. Naturalmente ciò non significa rinunciare alla tutela della collettività. Significa piuttosto riconoscere che sicurezza e inclusione non rappresentano necessariamente obiettivi contrapposti. Una risposta istituzionale capace di coniugare responsabilità, prevenzione e reintegrazione può costituire, invece, una delle forme più efficaci di tutela.

In questa prospettiva, il *kintsugi* diventa la metafora non della devianza, ma della funzione che il diritto può svolgere nella società: non cancellare le fratture prodotte dal reato, bensì trasformarle in occasioni di ricostruzione personale e sociale, valorizzando i talenti di ciascuno.

È proprio nello spazio di interazione tra diritto, società e trasformazione dei processi di regolazione che la Sociologia del diritto e della devianza trova oggi uno dei propri principali terreni di osservazione: comprendere come le trasformazioni della devianza adolescenziale, amplificate dalla dimensione digitale, interagiscano con la produzione delle norme, con le istituzioni e con le pratiche di controllo sociale.

Bibliografia essenziale

Bandura Albert, *Disimpegno morale. Come facciamo del male continuando a vivere bene,* Trento, 2017. Prima edizione *Moral Disengagement: How People Do Harm and Live with Themselves*, New York, 2015.

Becker Howard, *Outsiders. Saggi di sociologia della devianza*, Torino, 1987. Prima edizione: *Outsiders*: *Studies in the Sociology of Deviance,* New York, 1963.

De Leo, *La devianza minorile*, Roma, 2003.
Di Nicola Andrea, *Criminalità e criminologia nella società digitale*, Milano, 2021.
Ferrari Vincenzo, *Prima Lezione di Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 2010.
Garapon, Antoine, *La despazializzazione della giustizia*, Milano-Udine, 2021.
Garapon Antoine, Lassègue Jean, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021.
Garland David, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004. Prima edizione: *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, 2001.
Grossi Paolo, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.
Gulotta Guglielmo (a cura di), *La vittima*, Milano, 1976.
Holt Thomas J., Fox Bryanna, *Use of A Multitheoretic Model To Understand And Classify Juvenile Computer Hacking Behavior***,** Criminal Justice And Behavior, 2021, Vol. 48, No. 7, July 2020, https://www.researchgate.net/publication/346846088_Use_of_a_Multitheoretic_Model_to_Understand_and_Classify_Juvenile_Computer_Hacking_Behavior
Kranenbarg Marleen Weulen, Gonzalez-Garcia Abel, *Cyber Offending Among Young People: an Analysis of the Correlates for Different Categories of Cyber-Dependent Offending Using the Triple Risk Delinquency Framework*, Journal of Developmental and Life-Course Criminology 12 (1), August 2026, https://www.researchgate.net/publication/411941575_Cyber_Offending_Among_Young_People_an_Analysis_of_the_Correlates_for_Different_Categories_of_Cyber-Dependent_Offending_Using_the_Triple_Risk_Delinquency_Framework
ISTAT, *Bullismo e cyberbullismo nei rapporti tra i ragazzi,* 2025. https://www.istat.it/wp-content/uploads/2025/06/Stat-today_Bullismo-e-cyberbullismo-nei-rapporti-tra-i-ragazzi.pdf
Lemert Edwin, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milano, 1981. Prima edizione: *Human Deviance, Social Problems, and Social Control,* New Jersey, 1967.
Moro Alfredo C., *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002.
Omaggio Vincenzo, *Diritto in trasformazione*, Napoli, 2005.
Pitasi Andrea (a cura di), *Webcrimes,* Milano, 2006.
Romano Santi, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946.
Sales Isaia, *Teneri Assassini: Il mondo delle babygang,* Napoli, 2021.
Saponaro Armando, *La devianza 2.0 reloaded. Mutamenti sociali e comportamenti devianti*, Ariccia, 2018.
Save the Children, Rapporto *(Dis)armati. Un'indagine sulla diffusione della violenza giovanile, tra percezione e realtà,* https://www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/disarmati
Selmini Rossella, *Dalla sicurezza urbana al controllo del dissenso politico. Una storia del diritto amministrativo punitivo*, Roma, 2020.
Simonelli Maria Ausilia, *Prendere parola sul diritto. Sociologia giuridica, di-*

battito pubblico e riforme della giustizia, intervento al Convegno AIS nell'ambito del Laboratorio del Consiglio scientifico della Sezione di Sociologia del diritto, Bari, 3 luglio 2026.

Sutherland Edwin H., Cressey Donald R., *Criminologia*, Milano 1996 traduzione di *Principles of Criminology*, Philadelphia, 1978.

Transcrime, in collaborazione con il Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, *Le traiettorie della devianza giovanile*, 2024, https://www.transcrime.it/pubblicazioni/le-traiettorie-della-devianza-giovanile/

Treves Renato, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Milano, 2002. Prima edizione Torino, 1987.

Marco Parisi

Metodo bilaterale e confronto istituzionale tra Stato e confessioni religiose. Brevi riflessioni prospettiche

Abstract

Il valore costituzionalmente protetto della prescrizione di regolamentare in via bilaterale i rapporti delle potestà politiche centrali con le organizzazioni confessionali trova la sua giustificazione nel rispetto che lo Stato democratico, laico e pluralista garantisce all'autonomo modo di essere dei gruppi religiosi, raccordandosi con essi al fine di consentire la migliore realizzazione della loro specialità. Sulla base di tale assunto, la diffusione del metodo della bilateralità può contribuire a realizzare un dialogo più aperto e libero delle istituzioni civili con tutte le agenzie di senso, anche non confessionali, che animano il contesto sociale, indirizzando quest'ultimo verso un effettivo pluralismo culturale e spirituale. In questa ottica si colloca il recente sviluppo della bilateralità amministrativa che, dal contesto nazionale, si è spostata a quello regionale, per giungere alle amministrazioni locali, direttamente ed effettivamente coinvolte in alcuni problemi pratici della libertà di fede. Una prospettiva che si presterebbe a fungere da deterrente al concretizzarsi, in riferimento al godimento del diritto fondamentale di libertà religiosa, di un 'pluralismo della disparità', segnato da livelli di decrescente importanza e progressiva esclusione di alcune organizzazioni religiose.

The constitutionally protected value of the requirement to regulate in a bilateral way the relationships between the central political authorities and the religious organizations is justified by the respect that a democratic, secular and pluralist State guarantees for the autonomous existence of the religious groups, engaging with them to enable the best possible realization of their specificity. On this premise, the diffusion of the bilateral approach can contribute to a more open and free dialogue between the civil institutions and all the meaningful agencies, including the non-religious ones, that bring life to the social context, guiding it toward an effective cultural and spiritual pluralism. Within this framework, administrative bilateralism has recently evolved, shifting its focus away from the national level and toward the regional sphere, ultimately reaching the local administrations, directly and effectively involved in certain practical issues of freedom of faith. A standpoint that would serve as a safeguard against a 'pluralism of inequality' taking root within the scope of religious freedom, thereby preventing a system defined by shrinking standing and the step-by-step exclusion of some faith-based organizations.

Parole chiave: pluralismo, bilateralità, confessioni religiose, decentramento amministrativo

Key words: pluralism, bilateralism, religious confessions, administrative decentralization

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La metamorfosi della bilateralità. – 3. La collaborazione nella dimensione della bilateralità 'decentrata'. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La questione dell'assetto bilaterale dei rapporti tra lo Stato e le organizzazioni confessionali ha costituito, per interi decenni, l'oggetto principale delle riflessioni in sede ecclesiasticistica, al punto da indurre a considerare il tema della salvaguardia e della promozione della libertà di religione del tutto assorbito nelle speculazioni concernenti l'effettiva realizzazione del diritto negoziato con i culti.

Ciò, probabilmente, perché, come è noto, la dinamica concreta di attuazione della Costituzione repubblicana è stata (fin troppo) graduale e combattuta e nel momento in cui, a partire dal 1984, si è avuta l'apertura della nuova stagione concordataria, il principio pattizio ha potuto vedere il suo iniziale inveramento. Un passaggio giuridico-politico che, con la firma dell'Intesa Valdese e degli Accordi di Villa Madama, è sembrato consentire al sistema della bilateralità, superando uno stallo quasi quarantennale, il conseguimento dell'attesa valorizzazione delle specificità confessionali e della prima occasione di accantonamento della legislazione fascista sui 'culti ammessi nello Stato'[1]. Tuttavia, su questa scia, il diritto pattizio si è sostanzialmente mosso nella direzione di una standardizzazione delle norme bilateralmente convenute, nella logica di 'Intese fotocopia'[2], ovvero precipuamente finalizzate a permettere ai movimenti religiosi di minoranza l'accesso alla condizione di 'confessione più favorita'[3] e il raggiungimento di un

[1] M. PARISI, *A quarant'anni dagli Accordi di Villa Madama. Riflessioni sparse sui percorsi contemporanei delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 2, 909-910.

[2] F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Bari, 2013, 42.

[3] Con l'attivazione del modulo pattizio, invece di favorire principalmente il recepimento delle esigenze specifiche di ciascun gruppo religioso nel quadro delle libertà ugualmente garantite a tutti, si è realizzata una politica dell'inflazione dei privilegi già concessi alla Chiesa cattolica, distribuiti, però, in maniera ineguale e più limitata. Ha, così, trovato attuazione la clausola della 'confessione più favorita', per cui è stato valorizzato un meccanismo giuridico in forza del quale i vantaggi o i benefici concessi al gruppo religioso numericamente più consistente e storicamente più noto (ovvero la

medesimo trattamento giuridico[4], fatto salvo il rispetto di alcune peculiarità confessionali assolutamente distintive ed ineludibili.

Proprio sotto questo profilo può dirsi che, per molti versi, la bilateralità abbia manifestato i suoi limiti. Innanzitutto, soprattutto rispetto alla condizione privilegiata della Chiesa cattolica[5], è venuta ad essere confermata la pregressa situazione di disparità che l'attuazione del comma III dell'art. 8 della Carta non ha contribuito ad eliminare. Il riferimento più immediato corre ai diversi gruppi fideistici esclusi dalla negoziazione legislativa, con la conseguenza di una loro perdurante emarginazione politico-sociale e di un loro evidente *deficit* di libertà. Inoltre, l'assenza di collegamento pratico tra l'inciso costituzionale dell'eguaglianza nella libertà delle confessioni religiose e l'utilizzo dello strumento pattizio ha finito per mettere a disposizione della politica (del Governo, in particolare, e del Parlamento) un significativo potere discriminatorio. A conferma di ciò, si pensi all'avallo ricevuto anche dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 52 del 2016, ha conferito all'Esecutivo il potere di individuare, con piena discrezionalità, i soggetti da invitare e da estromettere dal confronto sulle trattative[6].

Chiesa di Roma) sono stati estesi, in forma molto contenuta, automaticamente o su richiesta ad altre confessioni. In sostanza, il ricorso al metodo pattizio si è contraddistinto, in diverse occasioni, per la concretizzazione di meri privilegi negoziati, determinando disparità tra i culti e tensioni con il principio costituzionale di eguaglianza nella libertà. Si veda V. Tozzi, *Fasi e mezzi per l'attuazione del disegno costituzionale di disciplina giuridica del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), maggio 2007, 24-26.

[4] Va evidenziato come la prassi degli 'accordi fotocopia' si sia prestata a ridurre, in termini significativi, la capacità dell'istituto pattizio di conferire rilevanza alle peculiarità delle organizzazioni confessionali interessate. Ciò al punto che, da strumento per sottolineare le identità, l'applicazione del comma III dell'art. 8 della Carta si è trasformata, agli effetti pratici, in una prova di affidabilità dei gruppi religiosi acattolici ad un modello ideale e standardizzato d'Intesa. Quest'ultimo, redatto sulla base delle indicazioni di un ristretto gruppo di religioni, è venuto ad affermarsi come il mezzo esclusivo per l'accesso a misure di favore fiscale o a risorse economico-finanziarie di natura pubblica. Cfr. F. Alicino, *Il sistema delle Intese e la (futura) legge sulla libertà religiosa*, in M. d'Arienzo, M. Ferrante, F. Di Prima (a cura di), *Le Intese: attualità e prospettive, prendendo spunto dalla recente Intesa con la Chiesa d'Inghilterra*, Cosenza, 2023, 58.

[5] L. Zannotti, *La sana democrazia. Verità della Chiesa e principi dello Stato*, Torino, 2005, 82-87.

[6] Su questa pronuncia si vedano i contributi presenti in M. Parisi (a cura di), *Bilateralità pattizia e diritto comune dei culti. A proposito della sentenza n. 52/2016*, Napoli, 2017.

La scelta di definire tale decisione del Governo come un 'atto politico', suscettibile di giustiziabilità solo in sede parlamentare, ha attribuito alla mera volontà delle istituzioni civili di vertice la determinazione di valutazioni strettamente connesse alla fruizione collettiva (ma anche individuale, di riflesso) dei diritti di libertà di religione. Di conseguenza, il metodo pattizio, che, in principio, avrebbe dovuto salvaguardare le organizzazioni confessionali da eventuali atteggiamenti di prevaricazione da parte dello Stato, si è trasformato, nei fatti, in un espediente politico in grado di consentire all'Esecutivo di contenere l'esercizio di un diritto di rango costituzionale. Naturalmente, il diritto chiamato in causa non è quello di giungere alla conclusione di un'Intesa tra i pubblici poteri centrali e una confessione istante, ma quello di permettere alle rappresentanze dei gruppi religiosi di tenere contatti (se non vere e proprie relazioni) con lo Stato, nella prospettiva verosimile di definirli, poi, a mezzo dello strumento legislativo.

Questo tema problematico, come è ampiamente risaputo, è stato posto dal contenzioso sorto tra l'Uaar e il Governo in riferimento all'apertura di un tavolo di trattative[7], ma esso, oltre ad evidenziare l'esistenza di incroci continui fra la dimensione della politica e quella del diritto, si colloca nella dimensione più ampia delle richieste di accordo avanzabili da altri movimenti confessionali, come, ad esempio, quelli afferenti alla galassia islamica. Peraltro, l'intervento della Con-

[7] La vicenda giudiziaria tra l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (Uaar) e il Governo italiano riguarda il diniego, risalente al 2003, all'apertura di trattative per un'Intesa *ex* art. 8 della Costituzione. Con la citata sentenza n. 52 del 10 marzo 2016, la Corte costituzionale ha dato ragione all'Esecutivo, stabilendo che la decisione di avviare negoziati è un atto politico insindacabile. L'Uaar, scontenta dell'esito del giudizio della Consulta, ha, quindi, portato il caso dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dei principi di non discriminazione e di libertà di religione, evidenziando come il sistema italiano di politica ecclesiastica abbia creato una gerarchia tra la religione cattolica (regolata dal Concordato), le religioni 'con Intesa', i gruppi confessionali privi di accordo con lo Stato e le associazioni atee o agnostiche, escluse a priori dai vantaggi del *welfare* e dell'otto per mille definiti, soprattutto, in sede di negoziazione legislativa.

Di recente, con sentenza dell'11 giugno 2026, tale sistema di totale discrezionalità politica difeso dal Governo italiano è stato scardinato a Strasburgo, con una storica condanna del nostro Paese nel caso *Testimoni di Geova contro Italia*. La Corte ha stabilito che la prolungata e immotivata mancata conclusione di un'Intesa costituisce una reale discriminazione e viola la neutralità dello Stato. Questo orientamento giurisdizionale europeo segna un punto di svolta anche per le rivendicazioni dell'Uaar, confermando che lo Stato non può esercitare un potere politico del tutto arbitrario e privo di controllo giurisdizionale in materia di accordi con i gruppi confessionali.

sulta, con la menzionata sentenza n. 52 del 2016, è stato tale da evidenziare una tendenza, sempre più frequente da parte dei giudici costituzionali, a volersi esprimere con decisioni contraddistinte da una coloritura politica, soprattutto allorquando sono emerse vicende relative ai conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato. La Corte, nell'esplicazione della sua funzione di giudice delle leggi, in modo specifico sui temi di natura ecclesiasticistica, ha dimostrato di essere in un continuo ondeggiamento tra un'attitudine meramente giurisdizionale e una più vicina a determinate idealità, favorendo, in diverse occasioni, la prevalenza della politica sulla tecnica giuridica[8].

Gli esiti della sentenza n. 52 del 2016, nel confermare la mancanza di un forte quadro di sistema finalizzato a proteggere e a realizzare l'uguale libertà delle confessioni religiose, si prestano ad attenuare il vigore degli sforzi di tutela giuridica apprestata in favore dei gruppi religiosi minoritari. Infatti, la concreta applicazione delle azioni protettive sembra, in modo crescente, affidata a meccanismi diversi dalla 'legge sulla base di Intese', la quale, invece, ha assunto la configurazione di strumento nelle mani degli organi di vertice dello Stato, liberi di usarlo con notevole discrezionalità e al riparo da conseguenze di natura giurisdizionale, spesso nel censurabile intento di selezionare gli interlocutori confessionali[9].

[8] Si tratta di uno dei nodi centrali del diritto ecclesiastico italiano: la tensione costante tra il rigore formale della tecnica giuridica e la sensibilità politica della Corte costituzionale. Il moto 'ondulatorio' della Consulta riflette il tentativo di bilanciare un principio supremo fermamente proclamato – la laicità dello Stato, di cui alla sentenza n. 203 dell'11-12 aprile 1989 – con la pragmatica necessità di non scardinare gli equilibri concordatari e i rapporti di forza politici. La sentenza n. 52 del 2016, relativa alla vicenda dell'Uaar, rappresenta l'apice della prevalenza della politica sulla tecnica, dato che, per evitare di dover normare o aprire le porte del pluralismo a un'associazione atea, la Corte ha qualificato l'avvio delle trattative *ex* art. 8 della Carta costituzionale come un atto politico insindacabile. In ciò un paradosso giuridico: la Consulta ha deliberatamente spogliato il giudice comune (ovvero, le Sezioni Unite della Cassazione) del potere di controllare la legalità dell'azione amministrativa, preferendo tutelare la totale discrezionalità del Governo e comportandosi come un organo di garanzia della pace sociale e politica.

[9] In questo caso, con la prevalenza di criteri politici nell'utilizzo dello strumento pattizio, si determinerebbe il venir meno della garanzia dell'uguaglianza di cui al comma I dell'art. 8 della Carta, conformemente ad una prassi distorta di inveramento delle guarentigie costituzionali. Cfr. A. Celotto, *Gli articoli 7 e 8 della Costituzione e il "metodo" delle Intese in Italia*, in P. Palumbo (a cura di), *Libertà religiosa e nuovi equilibri nelle relazioni tra Stato e confessioni religiose*, Napoli, 2019, 45.

2. *La metamorfosi della bilateralità*

Lo specifico ambito di libertà proclamato dal comma I dell'art. 8 della Carta costituzionale, verosimilmente, non è connesso, in forma diretta, alla prospettiva di accordi tra lo Stato e i gruppi confessionali, evocata dal comma III della stessa norma. Tuttavia, è da ritenersi che la dinamica delle relazioni fra i pubblici poteri e le religioni trova la sua migliore realizzazione a mezzo di contatti e dialoghi istituzionali, destinati a costituire una modalità concreta di attuazione dell'eguale libertà prospettata dalla Costituzione. Così, al di là dell'eventualità che si giunga all'esito convenzionale, il tradizionale strumento della bilateralità pattizia sembra avere perduto la sua principale e pregressa funzione di valorizzazione delle diversità, a beneficio del modo di essere delle varie esperienze fideistiche, divenendo mezzo per l'esercizio stesso della libertà di religione e di culto.

Partendo dalla convinzione che sia venuta meno l'originalità del metodo della legislazione bilateralmente convenuta, è naturale chiedersi se esistano altre espressioni del modello negoziale idonee a sostenere la realizzazione dell'uguale libertà religiosa nelle trasformazioni degli assetti socio-giuridici contemporanei. Nel momento in cui si considera la bilateralità, proprio per tenere conto dei cambiamenti in atto, il pensiero dovrebbe sempre andare al composito insieme delle connessioni istituzionali fra le formazioni sociali religiose (soprattutto, fra le espressioni apicali di esse, quali sono le organizzazioni confessionali) e le soggettività repubblicane (ovvero, gli enti statali, le Regioni, i Comuni e la Pubblica Amministrazione nella sua generalità[10]).

[10] Le stesse indicazioni di principio contenute nell'art. 5 della Carta hanno rappresentato la base normativa in forza della quale gli enti territoriali autonomi hanno potuto rivendicare – di fronte alle resistenze politiche e burocratiche a lungo frapposte per una pronta e piena attuazione dell'originario disegno tracciato dalla Costituzione – sempre più ampi spazi di autonomia ed estese competenze decentrate. Ciò in funzione di una più efficace gestione di interessi che la estrema complessità delle società moderne, ormai, suggerisce di non concentrare in ambiti troppo distanti dal territorio in cui emergono e in cui devono trovare adeguata soddisfazione. Si è progressivamente imposta all'attenzione della dottrina l'esistenza di interessi religiosi locali, giungendosi a segnalare l'urgenza di un approccio metodologico 'specialistico' nei confronti degli interventi normativi operati (con notevole frequenza) dalle Regioni, in contesti più o meno strettamente contigui con la materia ecclesiastica. L'obiettivo perseguito è apparso essere quello della salvaguardia delle peculiarità che una considerazione decentrata di quegli stessi interessi faceva emergere. Sul punto A. Licastro, *Libertà religiosa e competenze amministrative decentrate*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), novembre 2010, 7-8.

Può fondatamente dirsi che, ormai, sia operativa una sorta di 'bilateralità diffusa' che, nella verosimile metamorfosi dello strumento pattizio, sta favorendo l'infittirsi delle occasioni di dialogo costante e regolare fra le istituzioni pubbliche e le comunità di fede, in una logica di corretta sintonia costituzionale[11].

Al riguardo, un primo modulo convenzionale abbastanza alternativo è costituito dalla tendenza che, da un decennio a questa parte, sta caratterizzando i contatti con i gruppi di fede islamica. Questi ultimi, esclusi (per motivazioni di sostanziale opportunità politica) dalla strategia di attuazione del comma III dell'art. 8[12], sono stati coinvolti in diverse occasioni di confronto, variabilmente denominate e con risultati mutevoli, soprattutto con il Ministero degli Interni. Anche se questi tavoli di consultazione sembrano qualificarsi in forme selettive e penalizzanti rispetto a modalità di raccordo istituzionale più tradizionali e giuridicamente consolidate, va segnalata e apprezzata l'elasticità e l'adattabilità con cui gli attori religiosi cooptati hanno saputo fare fronte ai diversi momenti di dialogo instaurati e, allo stesso tempo, conseguire qualche risultato positivo[13]. Ovvero, da questo punto di vista, si possono menzionare, da un lato, il Protocollo d'Intesa del

[11] F. Di Prima e M. Toscano, *Il principio di bilateralità in espansione: la cooperazione tra istituzioni pubbliche e comunità di fede (verso un'efficiente garanzia di tutela degli interessi religiosi)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 2024, 14, 47-55.

[12] La condizione giuridica attuale dell'Islam nazionale può riassumersi in alcune constatazioni. Da un punto di vista sociologico, il più che trentennale processo d'insediamento della confessione islamica in Italia ha portato allo stanziamento sul territorio di numerose comunità, differenziate per nazionalità, numerosità, orientamento politico-religioso. Sotto il profilo giuridico, tale caratteristica ha reso complesse le prospettive di attuazione del modulo pattizio, a causa della frammentarietà e della concorrenza tra i vari movimenti di fede musulmana presenti nel Paese, ciascuno di essi rivendicante di essere l'unico referente dell'Islam italiano. Su ciò si è, poi, innestata la campagna di alcune formazioni politiche sovraniste, contrarie ad una legittimazione giuridica piena di una organizzazione confessionale ormai numericamente importante, e la sostanziale incapacità delle forze progressiste, anche nelle fasi di loro responsabilità di governo del Paese, di conseguire un importante risultato di politica ecclesiastica. Cfr. M. Parisi, *Immigrazione, pluralismo culturale e libertà religiosa. Il* test *dell'Islam italiano*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, 2, 525-550.

[13] La presenza attiva delle comunità musulmane, seppure eterogenee tra loro, ha permesso, negli ultimi anni, la proliferazione di accordi che, a livello locale e diffuso, costituiscono un fronte di riconoscimento dei presupposti religiosi e culturali di ortoprassi islamiche e, allo stesso tempo, fonti di codeterminazione, pubblica e privata, delle concrete modalità di realizzazione di simili attività. In proposito G. Anello, *Passato e futuro della minoranza musulmana in Italia, tra islamofobia e pluralismo*

2015 tra l'Amministrazione Penitenziaria e l'Unione delle Comunità Islamiche Italiane e, dall'altro, il 'Patto Nazionale per l'Islam Italiano' del 2017. In entrambi i casi, si è di fronte ad esiti che, pur non essendo inquadrabili nell'ambito della bilateralità pattizia più classica, sono le risultanti di una tendenza alla concretizzazione del metodo pattizio in senso sostanziale[14].

Una modalità ulteriore di raccordo bilaterale è costituita dalla stipula, avvenuta nel 2020, durante il periodo della emergenza sanitaria causata dal Covid, di Protocolli *ad hoc*, redatti al fine di consentire la ripresa delle celebrazioni collettive di culto nell'osservanza delle cautele definite per contrastare la pandemia. Infatti, in quella fase, del tutto eccezionale, venne decisa la sospensione di tutte le cerimonie civili e religiose, senza interpellare alcuna organizzazione confessionale e in totale negazione del principio di bilateralità[15]. Una netta mancanza di dialogo nel confronto tra i poteri civili e i gruppi religiosi, al

pragmatico-giuridico, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 2016, 32, 11.

[14] In riferimento al Protocollo d'Intesa del 2015, si tratta dell'applicazione del metodo pattizio in via di prassi, con l'obiettivo di mettere in atto un modello di cooperazione bilaterale amministrativa finalizzata ad integrare i diritti di culto e le esigenze di sicurezza, nella mancanza di un'Intesa formale tra l'Islam italiano e le autorità politiche centrali. Cfr. S. Angeletti, *L'accesso dei ministri di culto islamici negli istituti di detenzione, tra antichi problemi e prospettive di riforma. L'esperienza del Protocollo tra Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e UCOII*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 2018, 24, 8-19.

In relazione, invece, al 'Patto Nazionale per l'Islam Italiano' del 2017, si è di fronte ad un documento che può essere considerato uno strumento cruciale di *soft law* e di pluralismo ragionato, avente come suo fondamento il pieno riconoscimento del principio della libertà di culto come valore inalienabile. Va evidenziata, inoltre, la forma pattizia con cui è stato formalizzato il dialogo tra il Ministero degli Interni e le associazioni musulmane, poste sullo stesso piano nel confronto istituzionale avviato. Tale struttura bilaterale, pur nella esplicita sottolineatura del ruolo e dell'importanza della distinzione degli ordini e dell'autonomia confessionale, viene letta come una chiara apertura alla conclusione (in prospettiva) di uno o più accordi con le comunità islamiche di rilievo presenti nel territorio nazionale. Si veda A. Ferrari, *Il 'Governo giallo-verde' di fronte all'Islam: l'eredità della XVII legislatura*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, 3, 10-18.

[15] Deve ritenersi che in presenza di ragioni eccezionali, che impongono di preservare la vita dei consociati, lo Stato può legittimamente sospendere, temporaneamente e in modo ben definito, l'esercizio dei diritti di libertà, ivi compresa quella di religione e di culto. In tali circostanze, le istituzioni confessionali hanno il dovere di concorrere, per quanto di loro competenza, nel sostenere le misure di prevenzione adottate dalle istituzioni politiche, anche adattando le loro regole e consuetudini alle necessità

punto da determinare, tanto nella discussione sociale quanto nella dottrina giuridica, una divaricazione tra i sostenitori dello stato di necessità, inteso come fattore di giustificazione delle misure restrittive adottate, e i propugnatori di un presunto *deficit* democratico indotto dalle decisioni governative[16]. Tuttavia, nel mese di aprile del 2020, lentamente, le limitazioni imposte iniziarono ad essere attenuate, prima, con la proposizione di linee-guida facilitatrici del ripristino di tutte le funzioni religiose in condizioni di sicurezza sanitaria e, poi, con la firma, agli inizi di maggio dello stesso anno, di un accordo tra la Conferenza Episcopale Italiana e il Governo per la celebrazione in presenza di tutti gli atti di culto. Ci si riferisce, in particolare, al Protocollo Sanitario stipulato il 7 maggio 2020 che ha consentito alla Chiesa cattolica, a conferma della specialità concordataria di cui essa è beneficiaria, di seguire un canale privilegiato di contatto con le autorità statali[17].

Sembra chiaro come la bilateralità, nello specifico frangente dell'emergenza Covid, abbia assunto una caratterizzazione differente, come testimoniato, peraltro, dai percorsi di dialogo attivati dal Ministero degli Interni con le altre organizzazioni religiose e culminati, tra il 15 e il 25 maggio 2020, con la firma di altri sette Protocolli Sanitari. Questi ultimi evidenziano l'avvenuta strutturazione di un confronto istituzionale tra Stato e comunità di fede che si è dimostrato essere, almeno

dettate dall'emergenza. Diverse delle polemiche emerse durante la prima fase della pandemia hanno messo a nudo debolezze di vario genere ed entità, che possono essere superate con creatività politica e intelligenza giuridica, cercando di tenere fermi gli obiettivi di solidarietà sociale senza farli travolgere da un'assoluta e formalistica pretesa del rispetto di diritti e prassi, destinati a realizzarsi senza difficoltà nei momenti ordinari della convivenza civile.

[16] Tensioni dottrinali e giurisprudenziali «(…) che, fiaccando il vaglio logico-giuridico, hanno non di rado eretto insidiose barriere a indagini lucide e scientificamente sostenibili. Da questo punto di vista, la lezione fondamentale da trarre dalla pandemia è che la normativa emergenziale è indispensabile poiché consente a un sistema democratico di reagire alle emergenze mantenendo l'esercizio del potere nell'ambito dei limiti stabiliti dalla Costituzione. Se applicata con la dovuta attenzione, essa può fungere da meccanismo di autodifesa, funzionale all'esistenza di un ordinamento costituzionale: un modo per evitare derive democraticamente involutive e autofagiche, per un verso, e incrementare il grado di resilienza delle istituzioni pubbliche nel prevenire o attenuare gravi minacce, per l'altro». In questo senso F. Alicino, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 2020, 19, 2.

[17] D. Dimodugno, *Libertà religiosa e pandemia: verso un nuovo paradigma di relazioni tra Stato e confessioni religiose?*, in *Federalismi.it* (Rivista telematica, www.federalismi.it), 2023, 3, 65.

in parte, sganciato dalla condizione giuridica formale riconosciuta ai singoli attori religiosi coinvolti[18] ed efficace per la positività dei risultati conseguiti[19]. Ovvero, un dialogo aperto e regolare, come evocato dall'art. 17 del Trattato di Lisbona, che può incarnare una modalità relazionale sul modello delle 'Intese estese' «(…) quali espressioni di un impegno civico finalizzato a superare l'assenza della politica e facilitare la promozione di un metodo laico per la garanzia dei diritti di libertà religiosa[20]».

Un terzo modello alternativo di relazionalità, che ha avuto modo di contraddistinguere i rapporti tra i pubblici poteri e i gruppi religiosi, attiene al notevole insieme di azioni e di interventi con cui i movimenti fideistici stanno operando a livello dei singoli territori di loro insediamento. In questo caso, si è di fronte all'attuazione concreta del principio di sussidiarietà che, dopo essere stato formalmente costituzionalizzato con la riforma del Titolo V, ha dimostrato di esercitare un potere di condizionamento sulle dinamiche di attuazione della bilateralità[21]. Anche se, conformemente alle indicazioni dell'art. 117 della Carta costituzionale, i rapporti tra le istituzioni repubblicane e le confessioni religiose restano affidati alla competenza esclusiva dello Stato, tuttavia, tale esplicita riserva è da intendersi confinata alle mere relazioni di vertice. Tutte le altre eventuali forme di contatto e di interlocuzione tra

[18] P. Consorti, *Emergenza e libertà religiosa in Italia davanti alla paura della Covid-19*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 54, 2020, 15.

[19] Si è effettuato il ricorso al metodo rappresentato da contatti continui (formali e informali) tra pubblici poteri e organi ecclesiastici, che si è configurato come una soluzione pratica e veloce, ma tale da consentire l'acquisizione del punto di vista confessionale, nel rispetto del principio della leale collaborazione tra Stato ed organizzazioni religiose. Cfr. M. Parisi, *Le garanzie costituzionali di libertà religiosa nell'epoca del Covid-19*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, vol. II, Napoli, 2020, 1095.

[20] Così P. Consorti, *La bilateralità trasformata dagli infedeli. Prospettive per un dialogo religioso istituzionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2023, 1, 206.

[21] Ciò soprattutto ove la sussidiarietà tenda ad affermarsi come supremo criterio ordinatore delle fonti e dei rapporti giuridici, nella elusione del necessario bilanciamento di essa con gli altri principi costituzionali e della limitazione attraverso l'uso delle regole normative. Nell'impostazione costituzionale è da ritenersi esclusa qualsivoglia statalizzazione della concezione confessionale della sussidiarietà, essendo ammissibile solo una visione biunivoca e non unidirezionale del principio, destinato a svilupparsi nella logica di una paritaria collaborazione tra ordini distinti. Cfr. N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, 217-221.

pubblici poteri e comunità spirituali (pure di diversamente credenti o di non credenti), anche se collocate al di fuori della novellata disposizione costituzionale, sulla scia dell'influenza di essa, stanno legittimando i legami che, sempre più spesso, si realizzano tra i movimenti religiosi e le Regioni, le Province, i Comuni e le Città Metropolitane. Di sicuro, le manifestazioni di una tendenza alla negoziazione decentrata fra soggetti ecclesiastici e autonomie territoriali non costituiscono una novità del tempo presente, ma è constatabile come esse si siano moltiplicate per numero e per intensità[22], dando sostanza all'attitudine di non indifferenza religiosa dello Stato laico contemporaneo[23].

Sotto questo aspetto, può essere apprezzata l'operatività di diversi organismi collegiali variamente denominati ('Consulte' o 'Tavoli') che integrano, a livello locale, occasioni di dialogo e di cooperazione fra le istituzioni civili e i gruppi religiosi. Ciò a dimostrazione del fatto che il metodo pattizio, al di là della tradizionale realtà apicale di esso, può concretizzarsi su piani di maggiore vicinanza agli interessi immediati di un determinato ambito territoriale e, in ogni caso, in forme di compatibilità con il dettato costituzionale.

3. *La collaborazione nella dimensione della bilateralità 'decentrata'*

Nel momento in cui si riflette sui percorsi della bilateralità e del suo modo di essere a livello dei singoli territori, tenuto conto del fatto che le amministrazioni locali sono sempre più direttamente impegnate

[22] M. Parisi, *Fenomeno religioso ed esercizio delle competenze legislative nella prospettiva della differenziazione autonomistica regionale*, in F. Alicino (a cura di), *Riconoscere la libertà religiosa. Tra normativa unilaterale e bilaterale*, Soveria Mannelli, 2024, 75-79.

[23] L'attivismo dei poteri pubblici periferici nella sperimentazione del principio di collaborazione con i soggetti religiosi è una delle espressioni della laicità positiva tratteggiata dalla giurisprudenza costituzionale per descrivere il nostro Stato; laicità che riconosce la rilevanza sociale del fenomeno religioso ed interviene a sua tutela. Così, a livello locale (come già a quello centrale), la collaborazione costituisce l'altra 'faccia' del principio della separazione degli ordini civile e religioso, ponendosi come il naturale temperamento della distinzione, in grado di agevolare il raggiungimento di convergenze tra soggetti che afferiscono, per l'appunto, ad ordini distinti. In tal senso, dialogo e cooperazione si inseriscono perfettamente nella logica dello Stato laico sociale. Sul punto P. Floris, *Laicità e collaborazione a livello locale. Gli equilibri tra fonti centrali e periferiche nella disciplina del fenomeno religioso*, in R. Coppola e C. Ventrella (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, Bari, 2012, 89.

nel fronteggiare diverse questioni pratiche della libertà religiosa, vengono in evidenza sia gli interessi pubblici che quelli confessionali all'inveramento delle guarentigie costituzionali. Un dato inconfutabile è costituito, in questo quadro, dal fatto che, in conseguenza dell'intensificarsi del fenomeno dell'immigrazione, la composizione delle appartenenze religiose sul territorio italiano è tumultuosamente mutata, creando una situazione inedita tanto per la popolazione che per il legislatore italiani[24].

L'esigenza di gestire il territorio in termini democraticamente equilibrati impone alle potestà civili locali di procedere alla realizzazione dei servizi di interesse pubblico nelle forme più armoniche possibili, considerando adeguatamente anche le esigenze religiose. In connessione alla salvaguardia del diritto costituzionale alla disponibilità di un luogo di culto, l'edilizia religiosa e la questione delle sepolture cimiteriali, ragionevolmente, costituiscono due delle prime dimensioni di governo, a livello dei singoli territori, di aspettative e di necessità spiritualmente qualificate, stimolando il realizzarsi della bilateralità nelle logiche proprie del decentramento amministrativo.

In riferimento al primo tema, il definitivo compiersi del regionalismo, con la riforma del Titolo V della Carta costituzionale, aveva alimentato le speranze di quanti vedevano nella prossimità dei legislatori e degli organi di governo locale l'occasione propizia per cogliere in maniera diretta le istanze emergenti sul territorio, considerando anche quelle relative agli interessi spirituali delle popolazioni insediate[25], in una logica di equilibrio tra unità e differenziazione[26].

[24] G. Cimbalo, *Il diritto ecclesiastico oggi: la territorializzazione dei diritti di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), novembre 2010, 3.

[25] G. Casuscelli, *Prefazione*, in N. Marchei, *Il "diritto al tempio". Dai vincoli urbanistici alla prevenzione securitaria. Un percorso giurisprudenziale*, Napoli, 2018, XIII.

[26] L'intento perseguito (e solo parzialmente ottenuto) con la riforma del Titolo V della Carta costituzionale può essere verosimilmente individuato nell'articolazione della ripartizione di competenze tra Stato e Regioni sulla base della natura e della dimensione degli interessi da governare e amministrare, conformemente a principi di flessibilità e sistemi 'negoziati' di amministrazione, destinati a prendere il posto della tradizionale rigida attribuzione gerarchica delle competenze. Si è cercato di conseguire, così, obiettivi di maggiore efficienza del modello dei rapporti tra centro e periferia, per consentire ad esso di mediare dinamicamente, alla luce del criterio di ragionevolezza, tra le istanze di diversificazione, provenienti dal basso (e indotte dalla crescente complessità, tipica delle moderne società avanzate) e le ineludibili garanzie di unità

In realtà, invece, proprio nella materia dell'edilizia di culto, si è determinata una deprecabile involuzione in danno di alcune confessioni religiose, come dimostrato dalla annosa vicenda della Regione Lombardia, contraddistintasi dal varo di una legislazione fortemente abusiva dell'autonomia costituzionalmente conferita agli enti locali. Infatti, sia con la legge n. 20 del 9 maggio 1992 che con la legge n. 2 del 3 febbraio 2015 si è palesata una evidente avversione per l'assunzione di iniziative garantiste e (meno che mai) promozionali della libertà religiosa delle minoranze, del pluralismo confessionale e della laicità delle istituzioni pubbliche. Benché la bilateralità non venga direttamente considerata dalle norme regionali lombarde, è apparso evidente l'intento di limitare la pregnanza di valori e di principi di libertà destinati a restare insensibili alla dimensione territoriale e impermeabili rispetto a qualsiasi rivendicazione di autonomia locale. La difficoltà incontrata da alcune comunità di fede nell'accedere al sistema delle Intese e al riconoscimento della personalità giuridica quale ente di culto diverso dal cattolico ha finito per amplificare le rigidità amministrative presenti in una legislazione che, nascondendosi dietro il pretestuoso vincolo di una armonica pianificazione urbanistica, ha puntato a perseguire finalità di selezione politica degli interlocutori confessionali da parte del decisore pubblico e a contenere le occasioni istituzionali di dialogo per la realizzazione di una specifica garanzia costituzionale di libertà. Di certo, l'intervento della Consulta si è prestato ad abrogare le norme più palesemente in contrasto con il dettato costituzionale[27], ma resta sempre presente una latente tendenza alla vischio-

dell'ordinamento repubblicano. Cfr. A. Licastro, *Libertà religiosa e competenze amministrative decentrate*, cit., 24-25.

[27] La Corte costituzionale ha censurato in più occasioni le leggi della Regione Lombardia in materia di edilizia di culto, in particolare i vincoli restrittivi e discriminatori introdotti con le leggi del 1992 e del 2015. In riferimento al primo provvedimento regionale, va ricordata la sentenza n. 346 del 16 luglio 2002, con la quale la Consulta (sulla scia del precedente costituito dalla decisione n. 195 del 1993) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1 della contestata legge lombarda, nella parte in cui subordinava l'accesso ai contributi pubblici per l'edilizia di culto alla condizione che la confessione richiedente avesse stipulato un patto con il Governo centrale, riconoscendo la violazione dell'eguale libertà di culto nella negazione dell'accesso a fondi urbanistici o contributi per la realizzazione di spazi di preghiera ai gruppi 'non intesizzati'. Di seguito, la pronuncia di maggiore impatto è stata, senza dubbio, la n. 63 del 23 febbraio 2016, con la quale, in riferimento alla legge n. 2 del 2015, si è eliminato l'obbligo per i Comuni di approvare un apposito e separato 'Piano per le attrezzature religiose', inserito nel più generale 'Piano di Governo del Territorio', facendo venire meno requisiti sproporzionati e penalizzanti (es. videosorve-

sità degli apparati amministrativi nell'apprestare gli strumenti giuridici più opportuni per il migliore inveramento della libertà religiosa (soprattutto a beneficio delle minoranze)[28].

Sarebbe da auspicare, quindi, che il metodo negoziale a livello territoriale possa avere una prudente (ma fattiva) implementazione, nella consapevolezza della necessità di equi procedimenti di valutazione e di selezione delle istanze sociali, tali da favorire la conclusione di accordi tra enti locali e gruppi religiosi. Accordi da collocarsi a monte dell'atto di pianificazione, nella logica di una 'urbanistica consensuale', fondata sulla buona pratica dell'ascolto e sul conseguimento di un patto bilaterale utile a predeterminare la localizzazione degli edifici di culto e la ripartizione dello spazio urbano[29]. Questo metodo si presterebbe a favorire una più democratica e costituzionalmente coerente legislazione sull'edilizia di culto, tale da divenire uno strumento effettivo e preventivo, in questo ambito, per il soddisfacimento delle esi-

glianza delle aree, parcheggi enormi, rispetto paesaggistico stringente), peraltro applicati in modo discriminatorio. La Consulta ha colto l'occasione per ribadire che l'edilizia di culto, pur afferendo al governo del territorio come chiara competenza regionale, non può essere utilizzata per ostacolare l'esercizio della libertà religiosa, di cui all'art. 19 Cost., escludendo che la legislazione urbanistica possa in qualche modo essere utilizzata per discriminare le confessioni prive di accordo con lo Stato.

[28] A. Ferrari, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, 2012, 95-98, evidenzia come, anche successivamente alla sentenza n. 346 del 2002, i regolamenti e le prassi degli enti locali abbiano conservato una tendenza all'aleatorietà e all'incertezza giuridica, così da rendere più capziosi e stringenti i requisiti legali posti, in danno dei gruppi di minoranza e delle confessioni prive di Intesa (colpendo, in primo luogo, l'Islam).

[29] Va anche detto che la penuria di territorio occupabile, soprattutto nei centri storici, e i flussi migratori, sempre più massicci, rendono giuridicamente necessaria la previsione e la regolazione di istituti caratterizzati dai profili propri del giusto procedimento amministrativo, attivati a seguito di avvisi pubblici di manifestazione di interesse, scanditi nei termini e fondati su criteri selettivi trasparenti e non formalistici. Pertanto, la matrice intrinseca del diritto costituzionale ad un edificio di culto impone al legislatore regionale di non fondare le proprie scelte sul criterio quantitativo, ossia sul criterio maggiormente legittimante il perpetuarsi di esclusioni sociali delle minoranze confessionali. Sono di dubbia legittimità molte leggi regionali vigenti, tese a privilegiare, in una logica quantitativa e istituzionalista, i bisogni religiosi di spazi urbani della maggioranza o di confessioni già fortemente radicate e diffuse. Servono, al contrario, nuove discipline di procedimenti di valutazione e selezione delle istanze sociali, tese alla formazione degli accordi a monte (e non semplicemente a valle) dell'atto di pianificazione, nella prospettiva della richiamata 'urbanistica consensuale' e del confronto leale tra istituzioni civili e soggetti spirituali.

genze socialmente rilevate, per il controllo del territorio e per la sicurezza urbana.

Minori criticità per un più equilibrato ricorso alla tecnica della bilateralità 'decentrata' si sono registrate nella materia degli spazi cimiteriali, in riferimento alla quale, a causa dell'assenza di una produzione normativa primaria statale e della disponibilità di mere fonti regolamentari secondarie (ovvero il Decreto del Presidente della Repubblica n. 285 del 10 settembre 1990 in tema di polizia mortuaria), si sono limitati gli spazi di azione della potestà legislativa regionale. Questa situazione si è prestata a favorire la conclusione di protocolli e di convenzioni tra gli enti territoriali e alcuni gruppi religiosi, finalizzati a dare attuazione alle indicazioni dell'art. 100 del menzionato DPR n. 285 del 1990 che aveva previsto che i piani regolatori cimiteriali possono contemplare reparti speciali e separati per la sepoltura di cadaveri di persone professanti un culto diverso da quello cattolico.

In tal modo, anche le comunità di fedeli appartenenti a confessioni religiose che non hanno una Intesa con lo Stato sono nelle condizioni di richiedere al legislatore regionale, in sede di emanazione di una eventuale normativa locale sulla polizia mortuaria, e, soprattutto, alle amministrazioni territoriali, al momento della redazione e dell'approvazione del piano regolatore cimiteriale o del regolamento comunale di polizia mortuaria, di tenere conto dell'interesse religiosamente qualificato alla concreta fruizione di spazi cimiteriali riservati.

Su questa base legale di principio, a livello locale, la previsione esplicita di reparti particolari da destinarsi alle sepolture religiose è divenuta abbastanza frequente in fonti di carattere bilaterale come i Protocolli d'Intesa e gli Accordi conclusi tra le amministrazioni cittadine e le comunità religiose presenti sul territorio. Si tratta di atti convenzionali che hanno puntato ad individuare, da un lato, le modalità, i contenuti e i limiti della concessione di aree nei cimiteri comunali per le sepolture private religiose e, dall'altro, i soggetti confessionali interlocutori degli enti locali. Tali provvedimenti, nella generalità dei casi, ospitano norme che spaziano dai criteri di individuazione dei campi destinati alle sepolture confessionali o alle statuizioni relative alla durata delle convenzioni, dal titolo oneroso o gratuito delle stesse al richiamo delle regole civilistiche in materia di concessione. Ma sono contemplate, altresì, le regole più strettamente gestionali che riguardano l'articolazione delle competenze tra autorità civili e religiose nelle attività di diverso genere che insistono sul reparto speciale (come quelle concernenti gli interventi cimiteriali, la manutenzione dei campi inumativi, la costruzione di manufatti, l'apposizione di cippi e lapidi).

Ciò detto, andando oltre la variabilità dei contenuti di merito pre-

senti nei diversi atti bilaterali, l'elemento più significativo pare essere costituito dalla tecnica seguita per l'individuazione dei soggetti confessionali con cui gli enti locali vengono a confrontarsi per la conclusione dell'accordo. Infatti, si può osservare che, in diverse occasioni e come era presumibile, i rapporti di collaborazione con le comunità religiose di minoranza hanno interessato gruppi e associazioni legati a confessioni non beneficiarie di un'Intesa di vertice con lo Stato italiano, ma privilegiando i caratteri della loro presenza in un dato ambito territoriale e della loro capacità di farsi interpreti delle esigenze degli aderenti.

L'approccio pragmatico che ha caratterizzato, con intenti sicuramente meritori, l'azione della Pubblica Amministrazione nella selezione degli interlocutori confessionali sul territorio, non può, tuttavia, esimere dal rilevare alcuni aspetti di difficoltà. Nodi problematici che attengono, ad esempio, alla discrezionalità con cui le autorità comunali possono decidere o meno se concedere nei propri cimiteri reparti speciali alle comunità religiose del territorio, tale da tradursi in una potenziale lesione del diritto di libertà religiosa e in una sua non uniforme attuazione. Allo stesso tempo, un ulteriore elemento di perplessità è rappresentato dall'accertamento, da parte dell'ente locale, della comunità religiosa competente e dalla scelta del soggetto che, all'interno di tale comunità, possa essere riconosciuto titolare delle verifiche da compiersi in materia di ammissione delle salme nei reparti speciali, soprattutto nelle ipotesi (non frequenti) di frammentarietà e di eterogeneità di alcune realtà confessionali (ad esempio, nel caso dell'Islam[30]).

Ciò evidenzia come, allo stato attuale della legislazione, la prassi sulla bilateralità amministrativa seguita a livello locale sia tenuta a seguire un delicato cammino attuativo, contrassegnato dalla costante ricerca di un punto di sintesi tra le esigenze di riconoscimento formale dell'autonomia confessionale, in riferimento alla destinazione e all'utilizzo di luoghi e spazi, e il riconoscimento di criteri (non necessariamente rigidi) di rappresentanza delle comunità spirituali.

4. *Conclusioni*

Sulla base di quanto detto, pure al netto delle difficoltà segnalate, va rilevato che la diffusione del metodo della bilateralità nella discipli-

[30] A. Gianfreda, *Culto a los difuntos y libertad religiosa. Luces y sombras en el ordenamiento y en la práctica en Italia,* in *Cuestiones de pluralismo* (Rivista telematica, www.observatorioreligion.es), 2023, 2, 19.

na del generico fattore religioso si può ben prestare a rendere concreto un dialogo più aperto e libero delle istituzioni civili con tutte le agenzie di senso, anche non confessionali o più nuove e diverse idealmente, che animano il contesto sociale, indirizzando quest'ultimo verso un effettivo pluralismo spirituale e culturale[31].

L'implementazione di snelli e agili moduli convenzionali, come quelli applicabili a livello amministrativo locale, può risultare positiva ai fini del soddisfacimento delle esigenze religiose dei singoli territori. Ciò in quanto la maggiore flessibilità di tali accordi in sede decentrata deriverebbe dall'assenza delle classiche rigidità costituzionali, conseguenti all'attivazione dello specifico procedimento definito dal comma II dell'art. 7 e dal comma III dell'art. 8 della Carta per la definizione dei rapporti bilaterali con le organizzazioni confessionali. Basti pensare a che lo Stato non incorrerà nell'obbligo di osservare alla lettera l'esito della contrattazione normativa, con l'assenza di un eventuale giudizio di illegittimità costituzionale nell'ipotesi in cui la legge divergesse dalle condizioni pattuite con le soggettività religiose. Una situazione differente da quella concernente la materia dei rapporti di vertice tra i pubblici poteri centrali e i gruppi confessionali, tenuto conto del fatto che i Concordati e le Intese godono della natura giuridica di atti di diritto esterno, in quanto conclusi in un ordinamento 'altro' rispetto alle istituzioni originarie e autonome dello Stato e delle religioni, sovrane (rispettivamente) negli ordini temporale e spirituale. Norme concordatarie e disposizioni pattizie con le organizzazioni confessionali acattoliche che sono sottratte alla libera modificabilità unilaterale da parte del legislatore repubblicano. Al contrario, gli atti di negoziazione normativa conclusi a livello locale costituiscono il risultato di convenzioni di natura burocratica, che vengono a realizzarsi, a seconda del momento contingente, nell'ordine proprio delle potestà civili, tra queste ultime e le formazioni sociali religiose territorialmente presenti. Alla pari di quanto accade, ad esempio, tra gli enti locali e altri corpi intermedi (come, ad esempio, le organizzazioni sindacali), nella consapevolezza che l'obiettivo perseguito, tanto dalle istituzioni politiche quanto dai soggetti sociali, è il conseguimento del bene comune, pure a mezzo di più flessibili (ma democratiche) procedure giuridiche.

[31] Pluralismo nel quale si sviluppano, come accennato, i tratti di democrazia e di laicità con i quali il Costituente ha voluto delineare il volto della nostra Repubblica. In merito F. Freni, *I "nuovi accordi" Stato-confessioni in Italia tra bilateralità necessaria e diffusa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 2020, 15, 30-31.

Riflettendo sulle attuali potenzialità del principio pattizio, come dimostrato anche dalla duttilità dell'interazione tra lo Stato e le Chiese durante la fase dell'emergenza pandemica, si può dire che la bilateralità stia conoscendo una nuova (e diversa) stagione di attività. Grazie alla sua naturale propensione a reinventarsi, in conseguenza del moltiplicarsi dei contatti tra la sfera civile e quella confessionale, sulla base di un continuo dialogo collaborativo, la tendenza alla 'bilateralità diffusa' ha trovato espressione in un'azione amministrativa consensuale e concertata ai fini della soluzione di problemi pratici a mezzo del quotidiano intervento della Pubblica Amministrazione. Ciò soprattutto, come si è visto, per dare soddisfazione anche a diritti basilari di soggettività religiose prive di accordo con lo Stato o di riconoscimento istituzionale ai sensi della legge n. 1159 del 24 giugno 1929.

Si è concretato un naturale e fisiologico aprirsi al positivo riconoscimento dell'apporto costruttivo che possono fornire 'altre sovranità' (non statuali) in determinati settori della comunità, sulla base delle diverse e specifiche competenze soggettive e materiali, a beneficio, anzitutto, delle esigenze basilari della persona umana. Il carattere 'diffuso' della bilateralità è prova evidente della tendenza alla progressiva inclusione del paradigma collaborativo nel contesto dei generali processi di democratizzazione del pubblico potere amministrativo[32]. Si può, cioè, dire che il principio di collaborazione rappresenti, oramai, un vero e proprio principio di sistema e, in quanto tale, regoli non solo le relazioni tra ordinamenti, ovvero tra Stato e gruppi religiosi, ma, in senso ampio, l'interazione tra gli ordini del 'sacro' e del 'secolare', pur mantenendone ferma la distinzione costituzionalmente doverosa[33].

L'esigenza di dotare la libertà di religione del carattere dell'effettività dovrebbe indurre anche ad avviare una nuova riflessione sulla possibilità che i rappresentanti di tutte le confessioni religiose siano

[32] Collaborazione che è sempre più indispensabile per rendere concreti i diritti fondamentali della persona umana. La connessione tra libertà inalienabili e potere amministrativo rende necessaria l'attivazione della massima collaborazione per l'implementazione dei valori costituzionali (presupposti dalle stesse libertà fondamentali) che fanno capo ai principi di solidarietà, di eguaglianza sostanziale e di democrazia. L'effettività dei diritti fondamentali non può prescindere dall'esercizio della funzione amministrativa, dalla predisposizione di una compiuta ed efficiente struttura organizzativa e da una idonea rete di collaborazione tra l'amministrazione pubblica e i soggetti del 'privato-sociale' (nel novero dei quali, ovviamente, rientrano anche i gruppi religiosi). Per approfondimenti si veda A. Romeo, *Amministrazione pubblica e diritti fondamentali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 2019, 19, 34-57.

[33] G. D'Angelo e J. Pasquali Cerioli, *L'emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi*

abilitati al ricorso diretto, in via d'azione, alla Corte costituzionale per fare valere l'illegittimità di leggi statali e regionali che violassero il principio di laicità, l'uguale libertà dei gruppi religiosi, la loro autonomia, la libertà di culto, l'uguaglianza degli individui, la regola della negoziazione nella disciplina dei rapporti con lo Stato, il riparto delle competenze per la produzione normativa di settore[34]. Verosimilmente, non vanno trascurate le rilevanti implicazioni sistemiche che tale proposta comporterebbe sul piano della giustizia costituzionale, ponendosi l'esigenza di chiarire i presupposti, le modalità, i limiti e le conseguenze di un'ipotesi di accesso diretto alla Consulta.

Tuttavia, una tale eventualità non andrebbe esclusa, tenuto conto che, in riferimento all'esigenza di realizzazione della libertà religiosa collettiva, sembra fondata l'interpretazione funzionalista dei diritti fondamentali secondo la quale la tutela costituzionale è strumentale a sostenere la caratterizzazione laica e democratica dell'ordinamento[35], nella dimensione irrinunciabile del pluralismo che è patrimonio comune di tutti[36]. Il fondamento della libertà religiosa (dei singoli e dei

(prospettici) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 2019, 21, 52.

[34] G. Casuscelli, *Libertà religiosa collettiva, e nuove intese con le minoranze confessionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), marzo 2008, 14-15.

[35] Peraltro, conseguentemente al concetto di funzione sociale dei diritti impreteribili della persona umana, viene data soddisfazione ad un duplice ordine di esigenze: da un lato, la determinazione dei limiti (immanenti) dei diritti soggettivi e, dall'altro, l'obbligo di rispetto (nella sostanza) da parte del legislatore dei principi posti dagli stessi diritti fondamentali. Cfr. P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1996, 43-44.

[36] Proprio il pluralismo è la proprietà fondamentale della democrazia moderna, ponendosi come «(…) la condizione per il *living together* da cittadini liberi e uguali ma irriducibilmente diversi per opinioni politiche, condizioni personali e sociali, lingua e così via, secondo le previsioni dell'articolo 3 della Costituzione. Il disegno costituzionale è interamente innervato dal principio del pluralismo, che connota le varie libertà di associazione, di religione, di informazione, della famiglia, della scuola, economica, sindacale, partitica (rispettivamente, artt. 18, 19, 21, 29, 33, 39, 41, 49) per finire all'ultimo arrivato principio di sussidiarietà (art. 118). È il pluralismo che giustifica il riconoscimento delle autonomie, delle minoranze linguistiche, delle confessioni religiose (artt. 5, 6, 8). La Costituzione ne è un effetto: è la costituzionalizzazione della pluralità compressa violentemente sotto il fascismo. E a sua volta è causa del pluralismo di una serie indefinita di formazioni sociali che si ritrovano sotto la protezione dell'art. 2 (…)». Si è di fronte ad un principio performante che costituisce l'autentica 'cifra di riconoscimento' della Carta costituzionale e della democrazia con-

gruppi) non può che individuarsi nella chiara e generale predisposizione delle regole della laicità pluralista, competendo al legislatore nazionale di fissare gli obiettivi, di individuare i contenuti, di selezionare le procedure, di bilanciare i metodi per garantirne l'uniforme applicazione in tutti i settori dell'ordinamento e in tutto il territorio della Repubblica, anche avvalendosi di un uso ragionato e costituzionalmente coerente della regola della bilateralità pattizia e della sua attuazione in sede decentrata[37].

temporanea. Così N. Colaianni, *Effetto pluralismo. Dalla bilateralità alla unilateralità delle fonti del diritto ecclesiastico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2023, 1, 116-117.

[37] Ne è convinto F. Alicino, *Disciplina e prassi della bilateralità pattizia e amministrativa*, in G. D'Angelo (a cura di), *Libertà religiosa e collaborazione nei processi di differenziazione regionale*, Salerno, 2024, 145, per il quale ciò è tanto più vero in quanto, soprattutto in relazione al sistema di collegamento fra lo Stato e le organizzazioni confessionali, nell'ordinamento italiano «(…) è prevista la coesistenza fra fonti unilaterali e bilaterali. Si tratta di una convivenza fisiologica e ineludibile, la cui concreta operatività è oggi affidata anche allo sviluppo di forme di bilateralità amministrativa, sempre più coinvolte nella risoluzione dei problemi pratici della libertà».

Federico Pernazza*

Evoluzione della giurisprudenza e certezza del diritto nel sistema italiano: i limiti del *prospective overruling*

Abstract

Il contributo esamina il rapporto tra evoluzione della giurisprudenza e certezza del diritto nell'ordinamento italiano, con particolare riguardo ai limiti di applicazione del *prospective overruling*. L'analisi muove dalla tensione tra l'esigenza di adeguare l'interpretazione giurisprudenziale all'evoluzione dell'ordinamento e la necessità di garantire prevedibilità delle decisioni e tutela del legittimo affidamento. Dopo aver ricostruito l'origine e la funzione del *prospective overruling* nell'esperienza statunitense, il contributo ne esamina la progressiva ricezione nella giurisprudenza italiana, evidenziando i presupposti elaborati dalla Corte di cassazione e successivamente recepiti dal Consiglio di Stato: natura processuale della norma interpretata, imprevedibilità del mutamento rispetto a un orientamento consolidato e pregiudizio per l'esercizio del diritto di azione o di difesa. L'analisi critica, quindi, la limitazione dell'istituto alle sole norme processuali, soffermandosi sui costi dell'inapplicabilità alle norme di merito e, in particolare, sugli effetti prodotti dai mutamenti interpretativi su rapporti giuridici consolidati. Il contributo prospetta, infine, un ripensamento dell'istituto volto a rafforzare la tutela dell'affidamento, senza alterare il sistema italiano delle fonti.

This article examines the relationship between the evolution of case law and legal certainty in the Italian legal system, with particular regard to the limits on the application of *prospective overruling*. The analysis begins with the tension between the need to adapt judicial interpretation to the evolution of the legal system and the necessity of ensuring the predictability of decisions and the protection of legitimate expectations. After tracing the origin and function of *prospective overruling* in the U.S. legal system, this paper examines its gradual adoption in Italian case law, highlighting the criteria established by the Court of Cassation and subsequently adopted by the Council of State: the procedural nature of the provision being interpreted, the unpredictability of the change relative to an established legal position, and the prejudice to the exercise of the right to bring an action or to defend oneself. The critical analysis then addresses the limitation of this doctrine to procedural rules alone, focusing on the costs of its inapplicability to substantive rules and, in particular, on the effects produced by interpretive changes on established legal relationships. Finally, the article proposes a rethinking of

* Professore di Diritto Privato Comparato presso l'Università del Molise.

the doctrine aimed at strengthening the protection of legitimate expectations, without altering the Italian system of legal sources.

Parole chiave: mutamento giurisprudenziale; certezza del diritto; legittimo affidamento; comparazione con common law; *prospective overruling*; norme processuali e norme di merito
Keywords: overruling; legal certainty; legitimate expectations; comparison with common law prospective overruling; procedural rules and substantive rules

SOMMARIO: 1. La norma giuridica e le esigenze di certezza del diritto e di evoluzione normativa. – 2. Il *revirement* nella giurisprudenza: cause, forme e problematiche. – 3. Il *prospective overruling* nella giurisprudenza statunitense come soluzione di compromesso. – 4. Il cosiddetto *«overruling»* nella giurisprudenza italiana: condizioni e limiti di applicazione. – 5. Il costo dell'inapplicabilità del *prospective overruling* alle norme di merito. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *La norma giuridica e le esigenze di certezza del diritto e di evoluzione normativa*

La norma giuridica deve, per sua natura, conciliare due esigenze contrastanti: da un lato, deve corrispondere a valori consolidati e riconosciuti e, di conseguenza, la sua applicazione giurisdizionale e le conseguenze della violazione dei principi in essa enunciati devono essere coerenti e prevedibili; d'altra parte, la norma non può rimanere immutabile nel tempo, ma deve evolversi e adattarsi in funzione dell'organizzazione sociale e dei valori vigenti, nonché del corrispondente adeguamento degli strumenti giuridici che ne garantiscono la tutela[1].

La forma in cui la norma si esprime comporta diverse modalità che consentono di conciliare tali esigenze. La norma non verbalizzata e consuetudinaria, il principio giuridico sintetizzato in un'espressione epigrafica, la norma scritta al termine di un processo formalizzato di elaborazione, la norma codificata secondo un rigoroso sistema dogmatico, la norma che emerge da un flusso tumultuoso di decisioni giudiziarie, sono forme molto diverse di norme giuridiche potenzial-

[1] Sulla prevedibilità e l'adattabilità della norma cfr. A. PIN, *The (In)evitability of Precedent*, in The Italian Review of International and Comparative Law, 2022, 2, pp. 246 e segg.; A. PIN, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, in PDCE, 2021; R. J. KOZEL, *The Scope of Precedent*, in Mich. L. Rev., 113, 179, 2014; E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in Riv. Critica del Dir. Priv., 2009, n. 1, pp. 41 e segg.

mente idonee a dare corpo a una regolamentazione sociale a seconda dei contesti storici e dei sistemi in cui si inseriscono, ma tutte devono rispondere alla suddetta necessità intrinseca.

La norma consuetudinaria si evolve lentamente al mutare delle pratiche sociali, modificando il proprio ambito di applicazione e le modalità di applicazione; talvolta, quando non corrisponde più alle esigenze o al sentimento generale, cade in disuso.

Il principio di diritto, sebbene rimanga apparentemente immutato, è oggetto di una costante interpretazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, che in esso trovano ispirazione per nuove applicazioni o, coordinandolo con principi concorrenti o contrastanti nel corso del tempo, ne delimitano la portata, ampliandola o restringendola, senza che ciò comporti necessariamente una modifica legislativa.

La norma di origine legislativa o regolamentare evolve con maggiore difficoltà, poiché è legata al testo, ma la sua integrazione nel sistema delle fonti, il contributo della giurisprudenza e l'intervento di nuove fonti normative, anche di rango diverso, possono modificarne notevolmente il significato e la rilevanza. Nel caso di modifiche apportate da nuove norme legislative o regolamentari, la tutela del legittimo affidamento rispetto al diritto precedente è garantita dalla pubblicazione e, in linea di massima, dal principio di irretroattività.

2. *Il* revirement *nella giurisprudenza: cause, forme e problemi.*

Il *revirement* giurisprudenziale è una forma di evoluzione della norma giuridica operativa, che presenta caratteristiche diverse da quelle del cambiamento della norma legislativa.

Se per «norma» si intende il principio giuridico applicato ad un caso sottoposto a giudizio, anche il cambiamento di decisione del giudice rispetto alla giurisprudenza precedente riveste importanza ai fini della garanzia della certezza del diritto, nella misura in cui è proprio da tale cambiamento che deriva la decisione che concretizza l'applicazione della norma.

È tuttavia evidente che il *revirement* presenta caratteristiche ed effetti molto diversi da quelli di una modifica della norma legislativa, che dipendono dal valore attribuito al precedente giurisprudenziale in un determinato sistema.

In primo luogo, il mutamento giurisprudenziale è necessariamente legato alla causa oggetto della sentenza e quindi correlato agli elementi di fatto e di diritto che essa solleva. In altre parole, la «regola giurisprudenziale», nella maggior parte dei casi, è necessariamente

legata alle circostanze di fatto e procedurali che sono state sottoposte al giudice.

Ciò implica che, anche a prescindere da quanto formalizzato nella decisione, un orientamento giurisprudenziale possa essere applicato o scartato facendo riferimento ai suoi propri elementi di fatto, mettendo in evidenza le analogie o le differenze che emergono nei casi successivi in cui si desidera invocare tale precedente. Non è un caso che, nei sistemi di *common law*, dove il precedente è vincolante e la questione della sua efficacia è quindi essenziale, il fulcro dell'attività del giurista risieda in ciò che viene definito «*distinguishing*», ovvero l'identificazione degli elementi suscettibili di giustificare o meno l'applicazione della stessa *ratio decidendi*. Tale attività, in verità, sebbene in modo meno evidente, data la minore importanza del precedente, viene esercitata anche nei cosiddetti paesi di *civil law*, nella misura in cui l'adozione di un orientamento diverso da quello precedentemente seguito dalla giurisprudenza, se non deve essere giustificata da un vincolo formale di rispetto del precedente, deve comunque fondarsi sull'invocazione di un principio di diritto diverso da quello già applicato dalla giurisprudenza, la cui messa in evidenza può certamente essere facilitata dalla presenza, nei fatti e nello svolgimento del procedimento, di elementi diversi da quelli delle cause precedenti.

In secondo luogo, il *revirement* giurisprudenziale si inserisce nell'evoluzione di un *formante,*[2] ovvero le decisioni delle corti, ben più complesso e articolato del fattore normativo, sia esso legislativo o regolamentare. Certamente, l'autorità del tribunale che ha emesso le decisioni che definiscono «l'orientamento giurisprudenziale dominante» è fondamentale: indipendentemente dal carattere vincolante, suscettibile o meno di deroghe, delle decisioni dei tribunali di ultima istanza, è evidente che l'orientamento di tali tribunali sia rilevante, se non altro perché, se non venisse rispettato, le parti potrebbero adire le stesse corti superiori per ottenere la revisione della decisione che se ne discosta.

Una rilevanza possono assumere anche le decisioni dei tribunali che, pur non essendo di ultima istanza, rivestono comunque una particolare importanza in ragione del numero di cause loro sottoposte in

[2] Nella terminologia del diritto comparato si distingue tra i «formanti» e le "fonti" del diritto, al fine di includere quegli elementi che, pur non essendo formalmente riconosciuti come fonti all'interno di un sistema, appaiono senza alcun dubbio, all'analisi del comparatista, come strumenti di regolamentazione ed evoluzione di un sistema giuridico, tra i quali figurano in primo luogo la giurisprudenza e la dottrina: il termine «formante» è stato proposto da Rodolfo Sacco ed è illustrato, da ultimo, in *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 5ª ed. 2001, p. 46.

un determinato settore e della competenza e dell'esperienza specifiche dei giudici che ne fanno parte (ad esempio, in Italia, il Tribunale di Milano in materia societaria e finanziaria) e che, per tale motivo, si presume che siano meglio motivate e quindi suscettibili di essere riprese in casi simili.

Detto questo, il *revirement* giurisprudenziale può derivare da diverse cause e manifestarsi in numerose forme. Si può pensare, in particolare, ai profondi mutamenti di natura tecnica, sociale e politica che possono portare a considerare una norma, legislativa o giurisprudenziale, come obsoleta o in contraddizione con il sentimento generale o con nuove esigenze. Per quanto riguarda le forme che tale cambiamento può assumere, si possono logicamente distinguere i casi in cui essa è esplicita, e quindi espressamente motivata e, se del caso, giustificata, da quelli in cui interviene in modo surrettizio, senza fare riferimento al precedente orientamento contrario o mediante un'operazione di *distinguishing* puramente strumentale, vale a dire senza che questa possa effettivamente giustificare in modo autonomo l'applicazione della nuova *ratio decidendi*.

Il mutamento giurisprudenziale costituisce tuttavia uno degli strumenti che consentono a un sistema giuridico e giudiziario di adeguarsi costantemente alla realtà sociale, politica e tecnica in cui si inserisce; non si tratta quindi di un fenomeno che deve essere totalmente ostacolato o impedito, ma piuttosto esso va conciliato con l'esigenza di certezza del diritto e di fiducia dei cittadini, pena il rischio di compromettere l'autorità e l'efficacia del sistema giudiziario stesso, con conseguente pericolosa perdita di fiducia nel ricorso alla giustizia suscettibile di minare i fondamenti dello Stato di diritto.

Ciò che è evidente, tuttavia, è che, anche limitando l'analisi al diritto civile ed amministrativo, – poiché rispetto al diritto penale si pongono evidentemente esigenze accresciute di tutela che qui non vengono analizzate – il *revirement* giurisprudenziale deve conciliarsi con la fiducia che le parti ripongono nella prassi precedente dei tribunali per valutare, sia in sede giudiziaria che stragiudiziale, le prospettive di esito di una controversia. Trovare questo equilibrio è molto più difficile rispetto a quanto avvenga in caso di modifica di una norma legislativa o regolamentare, poiché, a differenza di queste ultime, non si applicano i principi di irretroattività e di correlazione tra l'entrata in vigore e un meccanismo ormai ben consolidato di pubblicazione delle fonti normative che garantiscono generalmente ai cittadini la conoscenza o la possibilità di conoscere in anticipo la nuova norma.[3]

[3] In passato era molto più difficile reperire informazioni sulle fonti, in un'epoca

Come abbiamo già sottolineato, l'importanza del mutamento giurisprudenziale, e quindi anche dei problemi che ne derivano per quanto riguarda i rischi di violazione del legittimo affidamento e del principio di certezza del diritto, è logicamente legata al valore del precedente; essa è tanto più marcata e grave quanto più quest'ultimo riveste un ampio campo di applicazione nella regolamentazione della vita sociale o di alcuni dei suoi settori. Logicamente, il problema si è quindi posto in primo luogo nei sistemi di *common law*, dove, soprattutto in passato, ma ancora oggi in numerosi ambiti (ad esempio, in materia di *torts*), la giurisprudenza prevale sulla legislazione e rimane fondata sul principio fondamentale dello *stare decisis*.

Il bilanciamento tra la necessità di consentire l'evoluzione della giurisprudenza, anche in deroga al principio del rispetto della giurisprudenza precedente, e quella di garantire la certezza del diritto e la fiducia riposta negli orientamenti consolidati della giurisprudenza ha dato origine, tra l'altro, negli Stati Uniti, a un'istituzione particolare denominata *«prospective* overruling», di cui è opportuno studiare l'applicabilità nei sistemi di di *civil law*, dopo una breve analisi delle sue caratteristiche originarie.

3. *Le origini del* «prospective overruling» *negli Stati Uniti*

L'*overruling* è il meccanismo previsto nei sistemi di *common law* per «annullare» una determinata linea giurisprudenziale (più precisamente, una determinata *ratio decidendi* stabilita in una serie di sentenze), con effetto sostitutivo, ovvero modificando la norma applicabile a una determinata situazione di fatto.

Questo principio costituisce un'eccezione al principio dello *stare decisis* (*et quieta non movere*)[4], e rappresenta quindi un mezzo per «slegarsi» da un precedente che sarebbe normalmente vincolante[5].

in cui l'accesso alle leggi e alle decisioni giurisprudenziali non era così agevole come oggi. R. J. Kozel, *The Scope of Precedent*, cit.; A. Pin, *The (In)evitability of Precedent*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, 2, pp. 246 e segg.; A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, cit., *passim*; V. Varano - V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, p. 294 e segg.

[4] R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford, 1968; D. Vong, *Binding precedent and English judicial law-making*, in Jura Falconis, 1985, pp. 320 e segg.

[5] S. Khan, *Evolution of Judicial Precedent in the Common Law System*, 2026, disponibile su: papers.ssrn.com; A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, cit.; J. Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*,

Per quanto riguarda gli effetti, l'annullamento di un precedente ha effetto retroattivo, applicandosi (fatti salvi i diritti acquisiti) a partire dal momento in cui la disposizione annullata era stata introdotta; non si tratta quindi né della modifica di una norma, né della creazione di un nuovo diritto, ma della correzione di un vizio o di un errore preesistente[6].

È opportuno distinguere l'*overruling* dal *distinguishing*, che è invece la tecnica con cui il giudice dichiara di non voler applicare, nella causa che deve decidere, un determinato precedente (teoricamente vincolante rispetto alla situazione in esame), poiché non sussistono le stesse condizioni di fatto che hanno giustificato l'adozione della norma che sarebbe altrimenti tenuto ad applicare, in quanto la nuova causa presenta particolarità che giustificano il ricorso ad un'altra *ratio decidendi*.

Questi due meccanismi sono presenti in tutti i sistemi di *common law*, ma negli Stati Uniti hanno subito uno sviluppo particolare, soprattutto per quanto riguarda le due tecniche note come *"anticipatory overruling"* e *"prospective overruling"*. La maggiore diffusione e lo sviluppo del concetto di *overruling* negli Stati Uniti si spiegano principalmente con la tendenza americana ad applicare la regola dello *stare decisis* in modo meno rigido rispetto alla «madre patria» inglese. Infatti, in Inghilterra, i tribunali si considerano direttamente e strettamente vincolati dalle decisioni dei tribunali superiori e, fino a pochi anni fa, anche i giudici d'appello (*Court of Appeal* e *House of Lords*, oggi *Supreme Court*) si consideravano vincolati dai propri precedenti[7].

Al contrario, i) le profonde disparità sociali ed economiche tra gli Stati americani e tra i distretti federali, ii) il numero considerevole di

111 Mich. L. Rev. 1, 4-5 (2012). F. Galgano, *Atlante di Diritto Privato Comparato*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 12; R. Pound, *Book Review: Precedent in English and Continental Law*. An Inaugural Lecture Delivered before the University of Oxford, 48 Harv. L. Rev., 1935.

[6] V. Varano - V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, p. 300.

[7] La House of Lords ha abbandonato l'obbligo di rispettare i propri precedenti con il *Practice Statement* del 1966: «*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so*», *Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

sentenze pubblicate, che non consentiva di tenere conto di tutti i precedenti, iii) la rapida evoluzione politica, sociale ed economica che ha determinato una rapida trasformazione dell'ordinamento giuridico[8], hanno portato ben presto i tribunali americani a sentirsi meno vincolati dalla giurisprudenza. Persino la Corte Suprema, in materia costituzionale, ha ritenuto di potersi discostare dalle proprie decisioni precedenti («*to overrule a precedent*»), evitando così la lunga e costosa procedura di modifica del testo costituzionale[9].

D'altra parte, la procedura dell'«*anticipatory overruling*» (applicata raramente) si è sviluppata negli anni '40 negli Stati Uniti e costituisce una deroga al principio dello *stare decisis* in senso verticale, secondo cui un tribunale di grado inferiore può rifiutarsi di seguire un precedente della Corte Suprema o di una Corte Superiore, qualora risulti ragionevolmente certo, sulla base delle decisioni giudiziarie emesse dai suoi membri, che quest'ultima non seguirà più tale precedente[10].

Anche il *"prospective overruling"* affonda le sue radici negli Stati Uniti e, fino a pochi decenni fa, non sembrava esistere in alcuna forma al di fuori di quel Paese, mentre oggi se ne osservano alcune varianti in Inghilterra (così come nei sistemi di *civil law*)[11], sebbene in misura

[8] «*Tradizionalmente, il diritto americano ha sempre fatto affidamento sull'operato dei tribunali per modernizzare e migliorare il proprio ordinamento* […]» G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 41.

[9] C. Bradley - T. Leigh Grove, *Disfavored Supreme Court Precedent in the Lower Federal Courts*, in University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper n. 1025, 2025; R. L. Hasen, «*Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law*», in Emory Law Journal, vol. 62, 2012; Zweigert - Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 312 e segg. Sulla cosiddetta *Judicial Review* (anche in Inghilterra) *cfr*. A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 121; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Tra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 25 e segg.; C. H. McLlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990 (prima edizione, 1947).

[10] *Jackson contro Southfield Neighborhood Revitalization Initiative*, Corte Suprema del Michigan (166320, 16 luglio 2025); *Stato del Wisconsin ex rel. Brian L. Buswell contro Tomah Area School District*, Corte Suprema del Wisconsin n. 2005AP2998*; Stato del Wisconsin contro Picotte*, 2003 WI 42, 42, 261 Wis. 2d 249, 661 N.W.2d 381; *Harmann contro Hadley,* 128 Wis. 2d 371, 377, 382 N.W. 2d 673 (1986); *Stato del Wisconsin contro Hobson*, 218 Wis. 2d 350, 381, 577 N.W.2d 825 (1998); cfr. anche F. M. Damosso, *Il precedente giudiziario nella tradizione inglese e americana*, in *Revista de Direito Social e Políticas Públicas* 2022; F. Galgano, *Atlante di Diritto Privato Comparato*, cit., p. 20.

[11] A. Lanzafame, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto*

ben minore rispetto agli Stati Uniti[12]. Questa tecnica consente al giudice di modificare un precedente ritenuto non più adeguato al caso di specie, per tutti i casi futuri, pur decidendo sulla causa in questione in applicazione della norma ormai superata (*overruled*)[13]. Questo meccanismo si scontra con il principio secondo cui il giudice non crea nuovo diritto, ma applica quello già esistente, nonché con il fatto che solo la *ratio decidendi*, e non *l'obiter dictum*, crea norme giuridiche vincolanti per i casi successivi[14]. Il cosiddetto «*overruling pro futuro*» – utilizzato solo in via eccezionale dalla giurisprudenza – cerca di conciliare le esigenze contrastanti di correggere gli errori del passato (ovvero di prendere atto dell'obsolescenza di una norma) e di tutelare il legittimo affidamento degli operatori nonché la certezza del diritto[15].

del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine della sentenza della Corte di Cassazione, Sezione Civile, VI, n. 174/2015, in *Judicium*, 2015; F. M. Damosso, *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, in La legislazione penale, 2020; *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit., p. 19.

[12] *Ex multis* contro *OG&E contro Stato* ex rel. Okla. Corp. Comm'n (People's), 2025 OK 15; *Alcatel-Lucent USA Inc. contro Commonwealth* (8 MAP 2023 / J-20-2024); *Loper Bright Enterprises contro Raimondo*, 603 U.S. ___ (2024), che ha ripristinato la «*supremazia giudiziaria*» e ha superato (*overruled*) la cosiddetta *dottrina Chevron,* precedentemente stabilita nella causa *Chevron U.S.A., Inc. contro Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), cfr. G. Portonera, «*L'overruling di Chevron: much ado about nothing?*», in Diritti Comparati, 2024; *State v. Waylon Picotte*, Corte Suprema del Wisconsin n. 01-3063-CR, 2003 [*Per i motivi esposti, concludiamo che la regola dell'«anno e un giorno» debba essere abrogata con effetto puramente prospettico*] p. 31; *State v. Kruse*, 101 Wis. 2d 387, 392, 305 N.W.2d 85 (1981); *Berger v. New York*, 388 U. S. 41 (1967); *Kaiser contro New York*, 394 U.S. 280 (1969); *Lee contro Florida*, 392 U.S. 378 (1968); *Chase contro Am. Cartage*, 176 Wis. 235, 238, 186 N.W. 598 (1922); *Great Northern Ry. Co. contro Sunburst Oil & Refining Co*., 287 U.S. 358 (1932), da cui deriva il termine «sunbursting», termine con cui talvolta viene indicato il «*prospective overruling*».

[13] Per un parallelo con una tecnica analoga della Corte di giustizia dell'Unione europea cfr. E. Calzolaio, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in Rivista Critica del Diritto Privato, n. 1, 2009, p. 55 (nota 44); per un'analisi comparativa con il diritto amministrativo italiano cfr. M. Magnarelli, *L'overruling tra teoria generale e diritto amministrativo,* in Ildirittoamministrativo.it, disponibile al link: https://lavatellilatorraca.com/wp-content/uploads/2021/05/Overruling-a-cura-di-MATTEO-MAGNARELLI-min.pdf

[14] *Am. Family Mut. Ins. Co. v. Shannon*, 120 Wis. 2d 560, 565, 356 N.W.2d 175 (1984); *Reiter contro Dyken*, 95 Wis. 2d 461, 474, 290 N.W.2d 510 (1980).

[15] A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, in DPCE online, 2021, p. 123.

Si cerca infatti di attenuare gli effetti dell'*overruling*, limitandone l'applicazione ai soli casi futuri. Tuttavia, questo strumento suscita inevitabilmente lo scetticismo dei tribunali, principalmente perché prevede l'applicazione di una norma di cui si nega la validità e che, di conseguenza, non dovrebbe né esistere né produrre effetti. Del resto, questa tecnica è contestata in linea di principio, poiché si teme che incoraggi l'attività creativa dei giudici, trasformandoli di fatto in legislatori[16].

L'idea di tutelare la fiducia della parte che si è attenuta alla norma vigente fino al momento della sentenza deriva da un principio di buon senso, elaborato nell'ambito della giustizia di *equity* inglese da Lord Nottingham, come linea guida generale per la sua Cancelleria (con precedenti nelle tecniche dei canonisti), e poi riscoperto in risposta all'eccessiva rigidità della regola dello *stare decisis*[17]. Infatti, è stato proprio lo sviluppo di uno spirito critico tra i giuristi americani a portarli a considerare l'evoluzione del diritto come un mezzo per perseguire obiettivi sociali, che è opportuno incoraggiare eliminando gli ostacoli più insidiosi del sistema giuridico. In quest'ottica, il ricorso al *prospective overruling* può servire ad «avvertire» i cittadini dell'imminente riforma, senza per questo commettere un'ingiustizia modificando bruscamente le norme attorno alle quali si era creata una fiducia prevedibile e legittima. Nel corso dell'ultimo secolo sono state elaborate norme più dettagliate in materia, sia dai giudici dei tribunali di grado inferiore che dalla Corte Suprema, il che ha reso il *prospective overruling* uno strumento a disposizione di tutti gli organi giurisdizionali, favorendo così lo sviluppo della giurisprudenza e tutelando le aspettative dei cittadini.

4) *Il cosiddetto* "overruling" *nella giurisprudenza italiana: condizioni e limiti di applicazione.*

La questione del coordinamento tra l'inevitabile e necessaria evoluzione della giurisprudenza e la tutela della certezza del diritto si pone in Italia, così come del resto nei paesi in cui non è riconosciuto

[16] A. Pin, *L'(in)evitabilità del precedente*, in The Italian Review of International and Comparative Law, n. 2, 2022, p. 257.

[17] F. M. Damosso, *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, in *La legislazione penale*, 2020, p. 2421 e segg.; A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, in DPCE online, 2021; F. Galgano, *Atlante di Diritto Privato Comparato*, cit., p. 21.

il valore vincolante del precedente giudiziario, sotto una prospettiva diversa da quella che emerge negli Stati Uniti e nei paesi di *common law*.

Infatti, il principio della separazione dei poteri comporta come corollario l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, nonché il fatto che questi sia soggetto solo alla legge (art. 101 della Costituzione italiana). Di conseguenza, la decisione del giudice non può essere vincolata alle istruzioni di un'autorità diversa da quella del legislatore; né le decisioni precedenti dello stesso giudice o di tribunali dello stesso grado, né quelle di gradi superiori hanno carattere vincolante.

Tuttavia, l'esistenza della Corte di cassazione, chiamata ad esercitare una funzione di controllo di conformità precisando la corretta interpretazione della norma giuridica e assicurandone il coordinamento con il sistema delle fonti, implica che le decisioni di questa Corte Suprema rivestano un'importanza fondamentale anche per gli altri organi giurisdizionali. Non è un caso che spetti proprio a questa stessa Corte annullare («cassare», nel gergo tecnico) le sentenze dei giudici di merito fondate su un'errata interpretazione delle norme di diritto. Di conseguenza, il ricorso all'orientamento interpretativo della Corte Suprema è costantemente utilizzato dalle parti e dai loro avvocati a sostegno delle rispettive richieste, e i tribunali di merito tendono ad allinearsi ad esso o, qualora se ne discostino, a precisare i motivi di tale scelta.[18]. Del resto, le decisioni dei giudici che si discostano dall'orientamento interpretativo della Corte di cassazione sono logicamente suscettibili di essere annullate a seguito di un ricorso per violazione o errata applicazione delle norme di diritto (art. 360, primo comma, n. 3 del codice di procedura civile)[19].

La giurisprudenza del Consiglio di Stato svolge un ruolo analogo

[18] Per quanto riguarda la decisione, l'articolo 118, primo comma, delle disposizioni di applicazione del Codice di procedura civile prevede che la motivazione della sentenza debba contenere, oltre alla sintesi dei fatti, i motivi giuridici della decisione, «*anche con riferimento a precedenti conformi*». In altre parole, il riferimento alla giurisprudenza precedente, sia essa emanata dalla Corte Suprema o, in sua assenza, dai tribunali di merito, costituisce un elemento della motivazione della sentenza; di conseguenza, l'assenza o l'inesattezza di tali riferimenti costituiscono elementi che consentono di valutare e contestare la motivazione.

[19] La giurisprudenza costante della Corte di cassazione ha assunto un'ulteriore rilevanza procedurale a seguito dell'introduzione, nel 2009, dell'articolo 360 bis del Codice di procedura civile, in virtù del quale il ricorso in cassazione è inammissibile quando la decisione impugnata ha risolto le questioni in conformità con la giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non fornisce alcun elemento che consenta di confermare o modificare l'orientamento di quest'ultima.

nelle controversie sottoposte al giudice amministrativo[20], che, pur non essendo un semplice giudice di legittimità, costituisce l'organo giurisdizionale di ultima istanza in materia amministrativa, ad eccezione delle questioni di competenza, per le quali le sue decisioni possono essere oggetto di ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione.

In realtà, quindi, la questione dell'equilibrio tra l'evoluzione della giurisprudenza e la tutela della parte che fa affidamento sull'interpretazione consolidata delle norme si pone in relazione ai *cambiamenti di orientamento* dei tribunali di ultima istanza: la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di tali tribunali, esistono norme procedurali specifiche volte a eliminare orientamenti divergenti, se non addirittura contraddittori, poiché questi ultimi possono minare la fiducia delle parti nella norma giuridica, così come interpretata dai tribunali di ultima istanza; in tal modo vengono indirettamente salvaguardati i principi di certezza del diritto e di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

A tal fine, le decisioni della Corte di cassazione sono generalmente emesse da sezioni singole, ma tra i casi in cui un ricorso in cassazione può essere rinviato alla Corte di cassazione a sezioni unite, ovvero dinanzi a un collegio composto da nove giudici provenienti da diverse sezioni e presieduto dal primo presidente, figura quello in cui il primo presidente constata che la questione di diritto è già stata oggetto di una decisione divergente da parte delle sezioni singole. Inoltre, se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, rinvia a queste ultime la decisione sul ricorso in cassazione, mediante una decisione motivata (art. 374 del Codice di procedura civile).

Analogamente, l'articolo 99 del codice di procedura amministrativa prevede che la sezione del Consiglio di Stato adita dal ricorso, qua-

[20] Il Consiglio di Stato viene spesso adito e la sua giurisprudenza è determinante nelle decisioni di questa stessa autorità e dei tribunali amministrativi regionali. Va inoltre osservato che, in presenza di un precedente conforme ai sensi dell'articolo 74 del codice di procedura amministrativa, la motivazione della sentenza può essere redatta in forma semplificata, limitandosi, sul piano giuridico, ad un riferimento a tale precedente. A questo proposito, si veda il convegno dedicato a tale tema "I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)", Consiglio di Stato, Roma, 28 giugno 2016, organizzato dall'Associazione italiana degli avvocati specializzati in diritto amministrativo in occasione della presentazione del volume «I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)», a cura di Enrico Follieri e Antonio Barone.

lora constati che la questione di diritto sottoposta al suo esame abbia dato luogo o possa dare luogo a divergenze giurisprudenziali, possa rinviare il ricorso all'Assemblea plenaria, ovvero dinanzi a un collegio composto dal primo presidente, dal presidente e da un consigliere di ciascuna delle sei sezioni giurisdizionali. Il rinvio all'Assemblea plenaria può essere disposto anche dal presidente del Consiglio di Stato al fine di risolvere divergenze giurisprudenziali. Inoltre, se una sezione non condivide un principio di diritto affermato dall'Assemblea plenaria, deve rinviare a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione relativa al ricorso.

Questi meccanismi sono senza dubbio utili per ridurre il fenomeno della divergenza tra gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di cassazione e quelli del Consiglio di Stato, ma la loro stessa esistenza testimonia l'importanza di tale fenomeno e, di conseguenza, il fatto che i mutamenti di orientamento non sono rari, tenuto conto del carattere non vincolante della giurisprudenza precedente[21].

Del resto, occorre tenere conto del fatto che in Italia i tribunali di ultima istanza, a differenza della *Supreme Court* britannica e di quella statunitense, sono molto strutturati (sei sezioni civili e sette sezioni penali per la Corte di cassazione; sei sezioni giurisdizionali per il Consiglio di Stato) ed emettono ogni anno decine di migliaia di sentenze, il che rende la divergenza tra gli orientamenti un fenomeno generalizzato ed endemico e aumenta di conseguenza i rischi di un *revirement* della giurisprudenza.

Ciononostante, fino al 2011, la questione della tutela del legittimo affidamento delle parti in caso di improvviso cambiamento di orientamento giurisprudenziale non è stata specificatamente affrontata dalla giurisprudenza, mentre gli interventi legislativi si sono limitati ad alcuni adeguamenti delle norme procedurali, tra cui l'introduzione dell'inammissibilità del ricorso in cassazione contro le sentenze pronunciate in conformità alla giurisprudenza della Corte di cassazione ai sensi dell'articolo 360 bis del Codice di procedura civile, in assenza di motivi specifici che giustifichino un *revirement*[22].

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla tutela delle parti di

[21] È possibile un *revirement* anche in presenza di un'interpretazione derivante da una decisione emessa a sezioni unite dalla Corte di cassazione o dall'Assemblea plenaria del Consiglio di Stato, come dimostrano gli articoli 374 del codice di procedura civile e 99 del codice di procedura amministrativa; tuttavia, in questo caso specifico, il rinvio obbligatorio della decisione alle sezioni unite o all'Assemblea plenaria rende, di fatto, meno probabile un cambiamento di orientamento.

[22] In realtà, l'inammissibilità del ricorso in questi casi, piuttosto che affrontare la

fronte a cambiamenti improvvisi e imprevedibili della giurisprudenza si è aperto a seguito della riforma dell'articolo 111 della Costituzione, che ha introdotto i principi del «processo equo»[23]. Sebbene nemmeno la nuova versione della norma costituzionale contenga un riferimento specifico alla tutela delle parti di fronte a cambiamenti giurisprudenziali improvvisi e imprevedibili, non vi è alcun dubbio che il rafforzamento delle garanzie relative allo svolgimento corretto, rapido e affidabile del processo abbia costituito il terreno fertile su cui tali rivendicazioni hanno poi trovato riconoscimento.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha svolto un ruolo trainante.

La necessità di preservare il principio di certezza del diritto è stata infatti oggetto di un monito da parte della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha così svolto un ruolo di vettore e di acceleratore della giurisprudenza dei tribunali nazionali. In diverse occasioni, in particolare nelle cause *Beian c. Romania*[24], ovvero *Santos c. Portogallo*[25], la Corte EDU ha precisato che l'esistenza di orientamenti contraddittori a cui i tribunali non pongono rimedio costituisce una violazione dell'art. 6 della CEDU[26]. In altre parole, il fatto di non conoscere le norme applicabili al caso di specie costituisce una violazione del principio del processo equo.

Da questo principio non si può tuttavia dedurre un divieto di modificare gli orientamenti giurisprudenziali. Come affermato dalla Corte EDU nella causa *Unedic c. Francia*[27], «*l'evoluzione della giurisprudenza non è, di per sé, contraria alla corretta amministrazione della giustizia, poiché la mancata adozione di un approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di ostacolare le riforme o i miglioramenti*». Per i giudici di Strasburgo, l'evoluzione della giurisprudenza è un fenomeno naturale e, fintantoché non incida negativamente sulle norme relative al processo equo, deve essere preservata e incoraggiata poiché apporta riforme e miglioramenti all'ordinamento giuridico. Lo stesso principio è stato ribadito in numerose altre sentenze della Corte EDU, tra

questione del cambiamento di orientamento, sembra mirare a mettere in atto meccanismi volti a semplificare il processo decisionale.

[23] Legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2.

[24] Corte EDU, sez. III, sentenza del 6 dicembre 2007, causa Beian c. Romania.

[25] Corte EDU, sez. IV, sentenza 13 maggio 2008, causa Santos c. Portogallo.

[26] R. Conti, *Overruling giurisprudenziale e tutela della certezza del diritto*, in *Dialogando sui diritti, Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica Napoli, 2016, pp. 183-192.

[27] Corte EDU, sez. V, sentenza del 18 dicembre 2008, causa UNEDIC c. Francia.

cui, *Sepe e Di Leta c. Italia*[28], in cui si afferma che «*la Corte osserva che le esigenze di certezza del diritto e di tutela della fiducia dei cittadini non conferiscono un diritto acquisito alla coerenza giurisprudenziale (cfr. Unédic c. Francia, n. 20153/04 § 74, 18 dicembre 2008)». L'evoluzione della giurisprudenza non è, di per sé, contraria alla corretta amministrazione della giustizia, poiché la mancanza di un approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di ostacolare le riforme o il miglioramento (cfr. Atanasovski c. «Ex Repubblica jugoslava di Macedonia», n. 36815/03, § 38, 14 gennaio 2010). Inoltre, un ricorso individuale alla Corte non può essere utilizzato come mezzo per affrontare o eliminare i conflitti giurisprudenziali che possono sorgere nel diritto interno né come meccanismo di riesame per correggere le incongruenze delle decisioni dei diversi tribunali interni (Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia, (GC), 13279/05, § 95, 20 ottobre 2011)*".

In Italia, l'estensione del diritto alla difesa operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nella sua interpretazione dell'articolo 6 della CEDU ha trovato inizialmente eco nella sentenza n. 317 del 2009 della Corte costituzionale, la quale, nel contesto nazionale, ha fatto riferimento agli articoli 24 e 111, primo comma, della Costituzione per affermare il diritto di conoscere in anticipo la norma applicabile, intesa sia in senso formale, ovvero la norma di diritto, sia in senso materiale, ovvero la norma di diritto così come interpretata dalla giurisprudenza.

È su questa base che la Corte di cassazione ha definito il percorso italiano verso il «*prospective overruling*», attraverso due sentenze.

In un primo momento, una sentenza emessa da una sezione singola ha individuato la «soluzione tecnica» che ha permesso di giungere a un risultato simile a quello previsto dal *Common Law*, ovvero affermare una nuova interpretazione della norma, tutelando al contempo le parti che si erano basate sull'interpretazione consolidata.

Infatti, nel 2010, la Corte di cassazione, in un'ordinanza emessa dalla seconda sezione[29], in virtù dei principi dell'equo processo, ha stabilito che la proroga del termine è applicabile ai sensi dell'art. 184-*bis* del codice di procedura civile (allora in vigore) in caso di «errore scusabile» relativo a una norma procedurale. La particolarità di questo caso risiedeva nel fatto che l'adozione di una condotta processuale fondata sull'interpretazione costante della Corte di cassazione di una norma procedurale è stata qualificata come «errore scusabile», mentre un cambiamento improvviso e imprevedibile dell'orientamento della

[28] Corte EDU, sentenza del 16 settembre 2014, causa Sepe e Di Leta c. Italia.

[29] Corte di Cassazione, sez. II, ordinanza del 17.6.2010, n. 14627.

Corte suprema avrebbe portato a considerare l'azione intentata come inammissibile improcedibile.[30]

Una parte della dottrina ha criticato tale approccio, sostenendo che non sussistessero i presupposti per la concessione della proroga previsti dall'articolo 184-*bis* del Codice di procedura civile e che l'applicazione di tale istituto costituisse una vera e propria *fictio iuris*: si proponeva, in via alternativa, di considerare il cambiamento della giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione delle norme procedurali come uno «*ius superveniens irretroattivo*»[31]. Questo approccio diverso non ha trovato riscontro nella giurisprudenza.

La seconda, decisiva, evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema è avvenuta nel 2011 con una sentenza emessa a sezioni unite[32], che ha valorizzato l'approccio adottato nella suddetta sentenza integrandolo in una innovativa rielaborazione del sistema delle fonti e giungendo a una definizione precisa delle condizioni di applicazione del cosiddetto "*overruling*" (o, più precisamente, «*prospective overruling*») nell'ordinamento giuridico italiano.

Anche questa decisione riguardava una norma procedurale, nella fattispecie relativa al termine entro il quale è possibile presentare ricorso in cassazione contro le decisioni del Tribunale superiore delle acque, che, a seguito di un cambiamento di interpretazione da parte della Corte Suprema, decorre da una fase del procedimento anteriore a quella precedentemente presa in considerazione, con la conseguenza che i ricorsi presentati entro il termine precedentemente in vigore potevano risultare tardivi alla luce della nuova interpretazione[33].

[30] Si trattava dell'interpretazione dell'articolo 645 del Codice di procedura civile, che prevede un termine (ridotto della metà) per la costituzione dell'opponente e della controparte in caso di opposizione a un'ingiunzione di pagamento; a seguito della sentenza della Corte di cassazione in sedute congiunte del 9 settembre 2010, n. 19246, contrariamente all'interpretazione precedente, la riduzione della metà del termine è stata considerata un effetto automatico dell'opposizione e non è più lasciata alla discrezionalità dell'opponente.

[31] R. Caponi, *Il mutamento della giurisprudenza costante della Corte di Cassazione in materia di interpretazione delle norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro italiano*, 2010, V, 311-318. Questo diverso approccio era già stato proposto in R. Caponi, *Tempus regit processum - Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo,* in *Riv. dir. proc.* 2006, 449.

[32] Corte di cassazione, Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

[33] Secondo la giurisprudenza più antica, il termine per presentare ricorso decorreva dalla notifica della copia integrale del dispositivo della sentenza del Tribunale superiore delle acque, dopo la sua registrazione (condizione necessaria all'epoca per

In questa sentenza, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno esaminato la questione, già sollevata in dottrina, se un atto processuale compiuto in conformità all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza allora prevalente potesse essere considerato nullo alla luce dell'interpretazione oggetto di *overruling*. Si è quindi posta, per così dire *«ex cathedra»*, la questione se la giurisprudenza abbia una funzione puramente «dichiarativa» o (anche a titolo concorrente) «creativa» alla luce del ruolo riconosciuto al giudice dalla Costituzione. Dopo aver ribadito che la Costituzione italiana riconosce esclusivamente alla legge (e agli atti ad essa assimilati) la funzione di produrre norme e che il giudice è soggetto a queste e solo a queste, la Corte rileva che la particolarità della norma giuridica risiede nella sua struttura ternaria, composta da un significante (un frammento lessicale), da un significato (il contenuto normativo) e da un giudizio di valore (il riconoscimento di un interesse meritevole di tutela). Da questa natura deriva che la norma fondata su un valore che si inserisce in un sistema complesso è suscettibile di assumere significati diversi nel corso del tempo, entro i limiti consentiti dal significante (il testo).

È opportuno sottolineare in particolare il passaggio della decisione in cui si afferma che *«l'interesse tutelato dalla norma – in ragione della sua connotazione dinamica e inalienabile legata all'espressione di un'aspirazione della collettività verso un bene della vita – non può ovviamente rimanere imprigionato nella gabbia del testo della norma giuridica, ma ne costituisce al contrario l'elemento mobile, quasi la linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi»*.

Ecco perché il *diritto vivente*, legato alla natura assiologica della norma e determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema, ha bisogno della funzione di verifica della giurisprudenza che lo «rivela», senza però «crearlo».

Detto questo, la Corte Suprema ha esaminato la questione di come trattare il caso in cui la modifica di una norma procedurale sia caratterizzata sia dalla sua *imprevedibilità* (a causa del carattere consolidato nel tempo della giurisprudenza precedente) sia da un *effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa* della parte che si è ragionevolmente basata sulla stabilità della giurisprudenza precedente.

ottenere la copia integrale della sentenza), mentre, a seguito della sentenza della Corte di cassazione del 30 marzo 2010, n. 2010 (che ha constatato che la registrazione della sentenza non era più necessaria per ottenerne la copia integrale), il termine è stato fissato a decorrere dalla notifica della copia integrale del dispositivo della sentenza, indipendentemente dalla sua previa registrazione.

Dopo aver ribadito il principio dell'equo processo, non solo per quanto riguarda le garanzie strutturali previste dall'art. 111 della Costituzione, ma anche nel suo significato rafforzato derivante dall'art. 6 della CEDU, nonché alla giurisprudenza della Corte costituzionale relativa ai limiti di tale principio in relazione al principio di ragionevolezza, che si applica anche alla retroattività delle disposizioni di legge, la Corte giunge ad affermare che lo stesso principio deve applicarsi in caso di evoluzione della giurisprudenza, la quale non deve ledere la fiducia che il cittadino ha riposto nel precedente orientamento interpretativo.

Al fine di bilanciare gli interessi in gioco, la Corte non ha individuato uno strumento prestabilito, ma ha lasciato aperta la possibilità di ricorrere a diverse soluzioni, ribadendo al contempo la legittimità della proroga concessa dalla Corte di cassazione, Sez. II, n. 14627/2010, in relazione a un ricorso che non rispetti le formalità del procedimento civile prescritte dalla nuova giurisprudenza.

Sulla base di tale decisione, la giurisprudenza della Corte Suprema si è consolidata individuando le tre condizioni seguenti, che devono essere soddisfatte affinché il nuovo orientamento non si applichi alla causa oggetto della decisione che modifica l'orientamento giurisprudenziale (per analogia con il *«prospective overruling»* statunitense):

a) la nuova interpretazione della Corte Suprema deve riguardare le norme procedurali;

b) il cambiamento di giurisprudenza deve essere imprevedibile e contrapporsi a un orientamento diverso, consolidatosi nel tempo, tale da aver indotto la parte a nutrire un ragionevole affidamento nella persistenza della validità dell'orientamento precedente;

c) l'*overruling* deve impedire alle parti di esercitare il proprio diritto di azione o di difesa[34].

Tali presupposti per l'applicazione degli effetti di ciò che in Italia viene definito *«overruling»* sono stati ribaditi da una giurisprudenza costante della Corte di cassazione[35].

Tra le sentenze più recenti, va menzionata quella della Corte di

[34] La soluzione è stata commentata dagli stessi servizi della Corte Suprema in *«Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto»*, in *«Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza* - Corte Suprema di Cassazione», 2011; *«L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile»*, Relazione tematica - Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, n. 31, 2011.

[35] Si vedano in particolare, tra i più recenti, Cass. civ., Sez. II, ordinanza 10 maggio 2018, n. 11300; Cass. civ., Sez. un., sentenza 3 ottobre 2018, n. 24133; Cass. civ.,

cassazione, Sezioni Unite, del 12 febbraio 2019, n. 4135, che, dopo aver sostanzialmente ribadito le condizioni sopra menzionate, ha precisato la terza affermando che il «*prospective overruling*» *"non può essere invocato nel caso in cui il nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione amplii le facoltà e i poteri procedurali che la parte non ha esercitato a causa di un'errata interpretazione delle norme procedurali in senso autolimitativo, non indotta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'effetto pregiudizievole derivando direttamente ed esclusivamente dall'errore di interpretazione della parte*».

Si ribadisce quindi la funzione limitata di tutela della parte contro qualsiasi limitazione dei suoi diritti di agire in giudizio, che trova origine nei riferimenti al diritto a un processo equo e al diritto alla difesa previsti dall'articolo 111 della Costituzione italiana e dall'articolo 6 della CEDU.

Ancora più significativo è il pronunciamento della Corte di cassazione del 14 gennaio 2021, n. 552, secondo cui l'effetto sopra menzionato dell'*overruling* «*non può quindi essere invocato in caso di cambiamenti giurisprudenziali riguardanti norme di merito, poiché in tale ipotesi il diritto di azione della parte e il potere del giudice di decidere la controversia non sono esclusi*».

Si evidenzia così la principale differenza che caratterizza il cosiddetto *"overruling"*, così come riconosciuto dalla Corte Suprema italiana, e il *"prospective overruling"*, così come concepito e utilizzato negli Stati Uniti e nei paesi di *common law*. In Italia e nei paesi che non riconoscono alla giurisprudenza il valore di fonte dell'ordinamento giuridico, la giurisprudenza può giustificare la mancata applicazione di una norma, così come interpretata dalla dottrina più recente della Corte Suprema, solo se ciò è imposto dalla necessità di tutelare il principio della certezza del diritto nell'ambito dell'ordinamento giuridico in cui tale principio è ritenuto più rilevante, ovvero il diritto processuale.

Si ritiene infatti, sulla base della dottrina italiana e straniera, in particolare quella tedesca[36], che, per quanto riguarda le norme proce-

Sez. un., sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135; Cass., Sezione lavoro, ordinanza 13 gennaio 2020, n. 403; Cass., Sezione lavoro, 14 gennaio 2021, n. 552.

[36] Tra i primi in Germania: F. Baur, *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht*, in *Summum ius summa iniuria*, Tubinga, 1963, p. 97 e segg.; J. Burmeister, *Vertrauensschutz im Prozessrecht, Juristische Gesellschaft*, Berlino, 1979, p. 32; in Italia A. Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo*, *Foro it.,* I, 2001, I, p. 117; R. Caponi, *Il mutamento della giurisprudenza costante in materia di interpretazione delle norme processuali come ius superveniens irretroattivo, Foro it.*, 2010, V, p. 311.

durali, occorra prestare la massima attenzione alla certezza e all'affidabilità per il cittadino, poiché l'oscurità e l'imprecisione di tali norme, suscettibili di indurre in errore il cittadino, si traducono inevitabilmente in una lesione della tutela che il giudice può offrire e, di conseguenza, potenzialmente in un diniego di giustizia. Del resto, la norma procedurale non deriva, se non nei suoi principi fondamentali, dal sentimento comune di una comunità, ma è concepita come una modalità di esercizio del servizio di giustizia da parte della stessa amministrazione, cosicché l'incertezza relativa a tale norma sarebbe esclusivamente imputabile a quest'ultima. Per contro, trattandosi di una norma di merito, l'incertezza non sarebbe esclusivamente imputabile alla giurisprudenza, essendo questa lo strumento attraverso il quale si interpretano norme che sono espressione di valori e pratiche sociali.

Prima di approfondire la questione, è tuttavia opportuno ricordare la posizione del Consiglio di Stato in merito all'adozione del principio del *"prospective overruling"* nel contenzioso amministrativo.

In questo contesto, si distinguono due correnti giurisprudenziali, che si riferiscono a due fenomeni diversi, tenendo conto anche delle peculiarità dell'oggetto e dell'effetto del procedimento dinanzi al giudice amministrativo. Infatti, l'oggetto principale della giurisdizione amministrativa è costituito da controversie in cui sono in gioco interessi legittimi legati all'esercizio o al mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti misure, atti, accordi o comportamenti che possano essere ricondotti, anche indirettamente, all'esercizio di tale potere, attuati da amministrazioni pubbliche[37]; il procedimento si conclude generalmente con una decisione relativa alla loro decadenza (annullamento/nullità), nonché a una serie di effetti che ne derivano.

Dal 2015, la giurisprudenza amministrativa si è allineata all'orientamento della Corte di cassazione, così come emerge dalla citata sentenza dell'11 luglio 2015, n. 15.144. Infatti, con la sentenza n. 9 emessa dal Consiglio di Stato in Adunanza plenaria il 2 novembre 2015, sono state esplicitamente ribadite le tre condizioni preliminari sopra evidenziate affinché anche il giudice amministrativo possa escludere gli effetti retroattivi di una sentenza che opera un *revirement*, tra cui

Per un'analisi comparativa, cfr. P. Mouzouraki, *Le principe de confiance légitime en droit allemand, français, et anglais: un exemple de convergence des droits administratifs*; Bruxelles, Bruylant, 2011.

[37] Si veda l'articolo 7 del Codice di procedura amministrativa, che definisce in dettaglio le competenze del giudice amministrativo, compresi i casi di competenza esclusiva, nei quali esso si pronuncia anche sulle controversie relative ai diritti soggettivi.

figura in particolare quella secondo cui la nuova interpretazione, che deve essere respinta, riguarda norme procedurali e impedisce l'esercizio del diritto di azione o di difesa[38].

Tale orientamento è stato sistematicamente ripreso dal Consiglio di Stato in una serie di altre decisioni, nelle quali le condizioni del *"prospective overruling"* sono state interpretate in modo piuttosto rigoroso[39].

Con la sentenza n. 13 del 22 dicembre 2017, emessa dal Consiglio di Stato in Adunanza plenaria, è emersa una diversa linea interpretativa. Tale decisione riprende una precedente sentenza dello stesso Consiglio di Stato che stabiliva una distinzione tra la limitazione degli effetti retroattivi della sentenza del giudice amministrativo, a seconda che riguardassero gli effetti conformativi rispetto al successivo esercizio della funzione pubblica o gli effetti demolitivi dell'annullamento *ex tunc* degli atti contestati[40].

Sulla base di tale distinzione, l'Adunanza plenaria, accogliendo la

[38] Nel caso di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. del 2 novembre 2015, n. 9, tali condizioni non erano soddisfatte e, di conseguenza, l'adozione della posizione della Corte Suprema in merito all'ambito di applicazione del *prospective overruling* risulta dalle motivazioni della sentenza, ma non dal suo dispositivo.

[39] Tra queste figurano, in particolare, le decisioni che hanno escluso la possibilità di rinviare nel tempo l'applicazione dei principi di diritto enunciati in materia di riapertura delle graduatorie in ordine di esaurimento (Cons. St., Ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4; Cons. St., Sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2266), ovvero sul superamento della questione pregiudiziale amministrativa nella domanda di risarcimento del danno (Cons. St., Sez. III, sentenza 22 febbraio 2019, n. 1230; Cons. St., Sez. IV, sentenza 28 giugno 2018, n. 3977). Tali decisioni evidenziano, la riluttanza del Consiglio di Stato a riconoscere che sussistano i presupposti del *prospective overruling*, così come definiti dalla Corte di cassazione, sotto diversi aspetti: ad esempio, in quanto la molteplicità delle decisioni adottate in un breve lasso di tempo non giustificherebbe un legittimo affidamento; ovvero quando l'evoluzione della giurisprudenza non incide sulla possibilità di agire o di difendersi nell'ambito del procedimento.

[40] Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755. A dire il vero, tale decisione non ha affermato in modo categorico la possibilità di limitare l'effetto retroattivo delle decisioni del giudice amministrativo, ma ha distinto gli effetti conformativi, legati all'esercizio successivo della funzione pubblica, dagli effetti demolitivi dell'annullamento *ex tunc* degli atti impugnati. Conformemente all'approccio tradizionale e al principio dell'effettività della tutela, il giudice amministrativo deve procedere alla soppressione integrale degli effetti dell'atto illegittimo, con effetto *ex tunc*. Il Consiglio di Stato ha tuttavia ritenuto che, qualora ciò comportasse effetti iniqui, tenuto conto della modifica della legislazione intervenuta nel frattempo, il giudice amministrativo possa adeguare gli effetti delle proprie decisioni, in particolare quelle innovative, in modo che siano coerenti con il sistema, vale a dire in armonia con i principi

tesi della cosiddetta «discontinuità» dell'efficacia del vincolo preliminare derivante dalle proposte di dichiarazione di interesse pubblico rilevante prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 42 del 22 gennaio 2004, ha deciso di estendere la portata del *prospective overruling* all'interpretazione delle disposizioni di merito.

Successivamente, trattandosi di un caso che rientra nell'ambito di applicazione dei principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria n. 13 del 2017, il Consiglio di Stato ha inoltre sostenuto che *«anche nell'ambito di un procedimento amministrativo (nel caso di specie, la chiusura del procedimento di espropriazione), così come nell'ambito di un procedimento giudiziario, la modifica della giurisprudenza precedente non può che comportare per la parte (nel caso di specie, l'amministrazione) conseguenze fino a quel momento imprevedibili»*[41].

È tuttavia opportuno sottolineare che il potere di far valere *ex nunc* le sentenze di natura interpretativa non può essere equiparato alle tecniche di modulazione della portata delle decisioni di annullamento degli atti illegittimi. Queste ultime non incidono sulla stabilità dei precedenti giurisprudenziali consolidati, poiché contengono inevitabilmente un accertamento circa la legittimità o l'illegittimità dell'atto amministrativo contestato al fine di soddisfare un interesse tutelato dal diritto sostanziale. Le prime, invece, determinano il momento a partire dal quale deve essere applicato il nuovo orientamento interpretativo.

Di conseguenza, come precisato dallo stesso Consiglio di Stato in un parere successivo, la gradazione degli effetti dell'annullamento deve essere effettuata sulla base di criteri distinti da quelli a cui ricorre la giurisprudenza ordinaria e amministrativa per giustificare la utilizzabilità del *"prospective overruling"*[42].

5. *Il costo dell'inapplicabilità del* «prospective overruling» *alla luce delle norme di merito*

La posizione adottata dalla Corte di cassazione, ormai seguita in modo uniforme dai tribunali di merito, che consiste nel limitare gli effetti del *"prospective overruling"* nel contenzioso civile sulla base del-

generali dell'ordinamento giuridico e dell'efficacia della tutela, nonché con la *regula iuris* enunciata.

[41] Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 3 dicembre 2018, n. 6858.

[42] Consiglio di Stato, Sez. I, parere 30 giugno 2020, n. 1233, in *www.giustizia-amministrativa.it*

le condizioni sopra menzionate – escludendo così tutti i casi in cui il *revirement* riguarda l'interpretazione di norme "di merito" – comporta, in alcuni casi, effetti oggettivamente dirompenti.

Un caso emblematico che illustra il costo legato alla mancata estensione del *prospective overruling* alle questioni di diritto sostanziale in materia civile è quello relativo all'interpretazione dell'articolo 35 della legge n. 865/1971 sul prezzo massimo di cessione degli alloggi costruiti nell'ambito dell'edilizia sociale.

La sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite, del 16 settembre 2015, n. 18135, ha affermato che, in assenza di un accordo di riscatto con il Comune (cosiddetta *"affrancazione"*), il prezzo massimo di cessione dell'immobile costruito nell'ambito di un programma di edilizia sociale ai sensi dell'articolo 35 della legge n. 865 del 1971 *«accompagna il bene in occasione dei trasferimenti di proprietà, a titolo di onere reale, con effetto indefinito, tenuto conto della ratio legis volta a garantire un alloggio ai più bisognosi, senza consentire operazioni speculative di rivendita*».

Nella suddetta sentenza è stato inoltre precisato che, poiché la normativa in materia di restrizioni deriva da norme imperative, anche attraverso convenzioni dal contenuto imperativo stipulate tra il comune e il concessionario, la violazione della restrizione relativa al prezzo massimo di cessione comporta la nullità parziale del contratto di cessione – e, in particolare, della clausola relativa al prezzo di vendita, nei limiti della differenza tra il prezzo concordato e il prezzo massimo – per non conformità a una norma imperativa, ai sensi dell'articolo 1419, secondo comma, del Codice civile, nonché la sostituzione automatica della clausola viziata, ai sensi dell'articolo 1339 del Codice civile.

Questa sentenza ha modificato radicalmente l'approccio adottato dalla precedente giurisprudenza della stessa Corte di cassazione, la quale, dando priorità all'autonomia contrattuale, sosteneva che sia i divieti di alienazione sia i criteri normativi per la determinazione del prezzo o del canone di locazione fossero applicabili solo al primo acquirente[43].

[43] Corte di cassazione, seconda sezione civile, sentenze n. 7630 del 4 aprile 2011 e n. 13006 del 2 ottobre 2000, relative agli alloggi sociali ai sensi della legge n. 10 del 28 gennaio 1977, recante «Norme relative all'urbanizzazione del territorio». Va tuttavia segnalato che la giurisprudenza della Corte Suprema aveva già evidenziato in precedenza l'approccio interpretativo che è stato poi definitivamente adottato nel 2015 e che, partendo dal principio del carattere imperativo delle norme vincolanti, aveva affermato che tutti i contratti stipulati in violazione dei parametri legali relativi al

Va inoltre sottolineato che l'interpretazione estensiva della restrizione adottata dalla Corte di cassazione nel 2015 si è basata anche su una disposizione legislativa introdotta nel 2011, che ha precisato *a posteriori*, diversi anni dopo, la normativa del 1971, subordinando la revoca della restrizione a condizioni specifiche, tra cui quella del decorso di almeno cinque anni a partire dal primo trasferimento.[44]

La sentenza emessa nel 2015 dalla Corte di cassazione ha avuto come conseguenza che decine di migliaia di contratti di vendita di immobili costruiti nell'ambito di convenzioni relative all'edilizia sociale tra il 1971 e il 1977 (data in cui il regime è poi cambiato), sebbene fossero stati regolarmente stipulati con atto notarile, si sono rivelati viziati da una nullità parziale irrimediabile e le successive vendite di tali immobili sono state di fatto bloccate fino a quando i proprietari non hanno portato a termine le procedure di affrancamento. Tenuto conto del numero di immobili interessati, in alcuni comuni tali proce-

prezzo fossero viziati da nullità parziale (Corte di cassazione, seconda sezione civile, sentenze n. 3018 del 10 febbraio 2010 e n. 11032 del 21 dicembre 1994).

[44] La disposizione contenuta nel decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modifiche, nella legge n. 106 del 12 luglio 2011, ha aggiunto al comma 49 dell'articolo 31 (Disposizioni particolari relative agli enti locali) della legge n. 448 del 23 dicembre 1998 (Misure di finanza pubblica a favore della stabilizzazione e dello sviluppo) il comma 49-bis, il cui testo recita: «*I vincoli relativi alla determinazione del prezzo massimo di cessione delle singole unità abitative e delle loro pertinenze, nonché del canone massimo di locazione delle stesse, contenuti nelle convenzioni di cui all'articolo 35 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e successive modifiche, per la cessione del diritto di proprietà stipulate prima della data di entrata in vigore della legge 18 febbraio 1992, n. 179, ovvero per la cessione del diritto di superficie, possono essere rimossi, trascorsi almeno cinque anni dalla data del primo trasferimento, mediante convenzione in forma pubblica stipulata su richiesta del singolo proprietario e soggetta a trascrizione per un corrispettivo proporzionale alla corrispondente quota millesimale, determinato, anche per le unità in diritto di superficie, in misura pari a una percentuale del corrispettivo risultante dall'applicazione del comma 48 del presente articolo. La percentuale di cui al presente comma è stabilita, anche con l'applicazione di eventuali riduzioni in relazione alla durata residua del vincolo, con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281".* Pertanto, in virtù della suddetta legge del 2011, la possibilità di revocare le restrizioni relative alla fissazione del prezzo massimo di cessione (nonché del canone massimo di locazione) previsto in una convenzione P.E.E.P. è stata subordinata a tre condizioni: 1) un termine di almeno cinque anni a decorrere dalla data del primo trasferimento; 2) una richiesta presentata dal proprietario interessato; 3) la determinazione da parte del comune della percentuale del corrispettivo, calcolata secondo criteri di legge.

dure hanno richiesto diversi anni, periodo durante il quale l'importo del corrispettivo per l'affrancamento non era stato determinato.

Ne sono scaturite migliaia di controversie tra venditori e acquirenti che avevano stipulato contratti di compravendita immobiliare basandosi sull'inapplicabilità di tale restrizione, in conformità con l'interpretazione giurisprudenziale della Corte Suprema precedente al 2015. Tale contenzioso ha quindi finito per ridefinire le condizioni dei contratti di vendita che le parti avevano negoziato basandosi su un quadro giuridico diverso da quello che è stato successivamente ritenuto corretto e imposto *a posteriori*.

La complessità della questione e l'ampiezza del contenzioso che ne è derivato hanno infine portato a un intervento legislativo nel 2018, che ha riqualificato gli effetti della violazione dei limiti costituiti dal prezzo massimo di cessione degli immobili oggetto delle convenzioni di cui all'articolo 35 della legge n. 865 del 22 ottobre 1971, passando dalla nullità all'inefficacia, in entrambi i casi parziale.[45]

I costi legati alle controversie, all'incertezza giuridica e alle procedure amministrative di regolarizzazione immobiliare che questa vicenda ha comportato inducono a chiedersi, in un'ottica di interpretazione del sistema vigente o *de iure condendo*, se sia possibile prevedere l'introduzione di meccanismi più efficaci, simili al *prospective overruling*, anche per norme che non soddisfano i rigorosi criteri richiesti dalla Corte Suprema, senza compromettere i principi fondamentali relativi alla separazione dei poteri, al ruolo del giudice e ai rapporti tra le giurisdizioni

6. *Considerazioni conclusive*

La questione dell'equilibrio tra la necessità di far evolvere la norma giuridica e la fiducia suscitata da norme che sono state in vigore e applicate per lungo tempo, come sottolineato nell'introduzione, è comune a tutti i sistemi giuridici e a diverse fonti.

Nei sistemi di *civil law*, in cui le decisioni dei tribunali non sono riconosciute come fonte di diritto e la giurisprudenza non è vincolan-

[45] L'art. *25-undecies* del D.L. 23 ottobre 2018 n. 119, convertito nella legge 17 dicembre 2018 n. 136, che ha modificato il comma 49 bis e introdotto il comma 49 quater nell'art. 31 della legge 23 dicembre 1998 n. 448. D'altra parte, sebbene tale provvedimento legislativo abbia attenuato la gravità degli effetti, non ha dissipato tutti i dubbi interpretativi: cfr. U. Grassi, *Edilizia convenzionata: una nuova proposta ricostruttiva*, in *Rassegna di diritto civile*, 1/2020, p. 102.

te, un cambiamento di orientamento giurisprudenziale impone il ricorso a strumenti specifici per conciliare gli interessi contrastanti.

È evidente, innanzitutto, che, per varie ragioni, si sta assistendo a un'evoluzione in cui le decisioni delle Corti supreme – in Italia, quelle della Corte di cassazione, in particolare quando sono pronunciate a sezioni unite – rivestono un'importanza particolare. Sebbene i giudici chiamati a pronunciarsi successivamente su controversie riguardanti le stesse questioni di diritto non siano tenuti a conformarsi a tali precedenti, sono stati istituiti strumenti che, di fatto, limitano notevolmente la possibilità di adottare soluzioni divergenti.[46].

Alla luce di questo fenomeno, la differenza tra i sistemi caratterizzati dal carattere vincolante del precedente e il sistema italiano tende ad attenuarsi.

Di conseguenza, la tutela delle parti che hanno agito basandosi su un determinato quadro giuridico, come emerge in particolare dall'interpretazione costante delle norme proposta dalla Corte di cassazione, assume un'importanza crescente di fronte a un cambiamento improvviso che incide in modo significativo e irreversibile su condotte procedurali o comportamenti già adottati e che non possono essere modificati *a posteriori.*

La soluzione adottata in Italia consiste nel consentire la sospensione dei termini di decadenza in materia di azioni giudiziarie qualora siano soddisfatte le tre condizioni rigorose definite sulla base della citata sentenza della Corte di cassazione del 16 settembre 2015, n. 18135, mediante lo strumento ormai codificato della proroga dei termini.

Tuttavia, l'inapplicabilità di soluzioni simili al cambiamento di orientamento in materia di interpretazione di norme diverse da quelle procedurali può comportare conseguenze di grande portata, incidendo in modo iniquo su rapporti ormai consolidati da tempo[47].

[46] Cfr. *supra* par. 2.

[47] Un'estensione dell'ambito di applicazione è stata presa in considerazione dalla dottrina in situazioni in cui si manifestano aspetti sia di merito che procedurali: cfr. M. Magnarelli, «*L'overruling tra teoria generale e diritto amministrativo*», in www.ildirittoamministrativo.it, in cui l'autore cita come esempio la clausola penale di cui all'articolo 1384 c.c. relativa alla riduzione della penale: «*è stata oggetto dell'attenzione della Corte di Cassazione che, in definitiva, ha stabilito, in contrasto con l'ordinamento all'epoca dominante, la possibilità di ridurre d'ufficio la penale manifestamente eccessiva. La congruità tra lo scambio contrattuale e la clausola penale ha ovviamente natura sostanziale, ma nel momento in cui si discute della rilevabilità d'ufficio di quest'ultima, il problema si sposta sul piano processuale*».

Sarebbe quindi opportuno valutare la possibilità di riconoscere alla sola Corte di cassazione, in materia civile, il potere di limitare in via eccezionale gli effetti delle decisioni, escludendo che questi si applichino ai rapporti nei quali si possa dimostrare che le decisioni delle parti si sono fondate sulla fiducia di queste ultime in un orientamento interpretativo ben consolidato delle norme vigenti. Del resto, la tutela del legittimo affidamento è stata ormai estesa all'attività legislativa stessa e, di conseguenza, agli interventi della Corte costituzionale che, avendo un effetto di annullamento, possono avere conseguenze analoghe[48].

Questo approccio non deve necessariamente essere percepito come una messa in discussione radicale del valore delle fonti, che implichi un'assimilazione della giurisprudenza precedente alla norma legislativa o regolamentare, ma semplicemente come un'ulteriore applicazione del principio di tutela del cittadino di fronte all'esercizio di un potere pubblico e, di conseguenza, della legittima aspettativa creata non solo dalla norma, ma anche dalla sua interpretazione costante. A tal fine, si potrebbe mantenere l'approccio cosiddetto dell'«*overruling*» già adottato dalla Corte Suprema, rinunciando unicamente alla sua limitazione alle norme relative all'azione o alla difesa processuale. Di conseguenza, la limitazione degli effetti della sentenza in caso di revoca sarebbe strettamente circoscritta e, di fatto, eccezionale, poiché sarebbe comunque necessario che le precedenti decisioni della Corte Suprema abbiano consolidato un orientamento interpretativo univoco e sarebbe invece irrilevante che la Corte Suprema avesse risolto un conflitto tra orientamenti divergenti. È tuttavia evidente che un simile approccio avrebbe anche un effetto negativo, dissuadendo dal ricorso in cassazione coloro che desiderano vedere confermata una nuova interpretazione della norma, poiché vi sarebbe il rischio che la tutela del legittimo affidamento induca la Corte Suprema ad affermare il nuovo principio per il futuro, ma allo stesso tempo a non applicarlo nella causa sottoposta al suo esame, non garantendo così soddisfazione al ricorrente. Questo effetto negativo potrebbe tuttavia essere attenuato limitando la tutela del legittimo affidamento a casi veramente eccezionali.

Del resto, finché tale approccio non sarà stato adottato, persisterà il rischio che, come nel caso sopra citato, un mutamento di giurisprudenza comporti conseguenze catastrofiche, talvolta per migliaia di si-

[48] La Corte Costituzionale ha affermato che le sue decisioni non hanno, in genere, effetto retroattivo e che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità decorrono dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (Corte Cost. 11 febbraio 2015, n. 10, in www.cortecostituzionale.it)

tuazioni simili, con effetti potenzialmente iniqui nei confronti delle persone che si sono basate su un quadro normativo diverso. In questi casi, la soluzione non può che essere di natura legislativa (come del resto è avvenuto nella causa citata), ma richiede un coordinamento rapido e preciso tra l'intervento della Corte Suprema e quello legislativo, con effetti retroattivi: il coordinamento tra le due istituzioni richiede una serie di «mediazioni» e di passaggi istituzionali, che inevitabilmente allungano i tempi e possono aumentare ulteriormente il numero delle controversie.

Di fronte a un problema così complesso ovviamente non esistono soluzioni "semplici", ma la soluzione proposta, che consiste nel ripensare l'istituzione del *prospective overruling* al fine di renderlo compatibile con la teoria delle fonti del diritto propria del sistema italiano (e, più in generale, dei sistemi di *civil law*), sarebbe «gestita» da un'unica istituzione, anziché imporre un coordinamento tra giurisprudenza e legislatore, producendo auspicabilmente risultati più rapidi e coerenti.

Paolo Pizzuti

La codatorialita' "atipica" nel diritto vivente

Abstract

Il saggio è volto ad esaminare lo stato dell'arte della giurisprudenza in materia di codatorialità "atipica", specie sotto il profilo della protezione che l'ordinamento garantisce al lavoratore subordinato che opera in regime di codatorialità.

The essay aims to examine the state of the art of case law regarding codatoriality "atypical", particularly from the perspective of the protection that the legal system guarantees to the employee working under a codatorial regime.

Parole chiave: lavoro subordinato – codatorialità – tutele – impugnativa del licenziamento
Keywords: subordinate work – codatoriality – protections – contesting dismissal

Sommario: 1. L'istituto della codatorialità nella più recente giurisprudenza di legittimità. – 2. L'apparato protettivo del lavoratore in codatorialità. – 3. La posizione della Suprema Corte sulla impugnativa del licenziamento.

1. *L'istituto della codatorialità nella più recente giurisprudenza di legittimità*

Sul tema della codatorialità "atipica", cioè quella non disciplinata dal legislatore nell'ambito delle reti d'impresa[1], la giurisprudenza di legittimità ha effettuato un lungo percorso ricostruttivo che si è sviluppato in diverse tappe, e successivi approdi, sino ad arrivare alle ultime due sentenze della Suprema Corte, n. 16839/2025 e n. 336/2026, nelle quali si perfezionano alcuni aspetti dell'istituto, soprattutto rispetto al diverso fenomeno del gruppo di imprese (sia quello fraudolento che quello genuino)[2].

[1] Sulla differenza tra le due fattispecie ci sia consentito il richiamo a P. Pizzuti, *Codatorialità tipica ed atipica nel rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 875; per l'uso di tale nomenclatura v. Cass. n. 16839/2025.

[2] Sul tema del rapporto di lavoro in contesti organizzativi complessi v. G. Proia, *Manuale di diritto del lavoro*, settima edizione, Milano, 2026, 201 ss.; A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, quattordicesima edizione, vol. II, 2025, 688 ss.; R. Pessi e A.D. Zumbo, *Diritto del lavoro, mercato globale, nuove tecnologie e organiz-*

È la stessa Corte di Cassazione, riferendosi al fenomeno della pluralità di datori di lavoro, ad osservare che "l'iniziale approccio della giurisprudenza era incentrato sulle frammentazioni fraudolente tra più società, finalizzate all'elusione di norme imperative"[3]. In questa prospettiva, si parlava di codatorialità, cioè dell'uso promiscuo ed indifferenziato della manodopera, soprattutto (o soltanto) come uno degli elementi necessari per la configurazione del gruppo fraudolento. I due elementi, dunque, apparivano strettamente saldati: la codatorialità era uno dei requisiti dell'unico centro di imputazione, mentre la non genuinità del collegamento societario rappresentava il substrato necessario della codatorialità.

Ciò comportava per il lavoratore il gravoso onere di dimostrare in giudizio la presenza di tutti i presupposti del centro unitario di imputazione, e cioè: a) l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo indirizzato verso uno scopo comune; d) infine, appunto, l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società, in maniera indifferenziata e contemporanea.

Successivamente, però, la prospettiva della giurisprudenza di legittimità è mutata, si è affinata, liberando la codatorialità dalla presenza del gruppo societario fraudolento. Come si legge nella decisione n. 267/2019[4], "un passo successivo nella sistemazione dogmatica del tema, nel senso della ammissione di una codatorialità in riferimento a gruppi genuini, è stato compiuto, sulla scia della nozione di 'direzione e coordinamento' di società, introdotta nell'art. 2497 c.c., in coerenza col peso attribuito dall'ordinamento Eurounitario alla nozione di gruppo di imprese".

In particolare, si è affermato che la direzione e il coordinamento

zazione dell'impresa, in R. Pessi, G. Proia, A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Torino, 2021, 1 ss. In precedenza, si v. anche G. De Simone, *I gruppi di imprese*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in *Tratt. dir. lav*. Persiani e Carinci, Padova 2012, 1509 ss.; R. De Luca Tamajo, *Gruppi di imprese e rapporti di lavoro: spunti preliminari*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, 67 ss.; B. Veneziani, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1990, 609 ss.; G. Meliadò, *Il rapporto di lavoro nell'impresa di gruppo*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, I, 628 ss.; G. Branca, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano 1965, *passim*.

[3] Così, Cass. 27 giugno 2024, n. 17736, par. 11; in senso analogo Cass. 23 giugno 2025, n. 16839, par. 7.

[4] Cass. 9 gennaio 2019, par. 13.

che compete alla società capogruppo e che qualifica, anche in sede normativa (art. 2497 c.c.), il fenomeno dell'integrazione societaria, può esprimersi in forme molteplici che possono riflettere una ingerenza molto pervasiva, in grado di annullare l'autonomia organizzativa delle singole società o comunque di realizzare un rilevante – ma fisiologico e non fraudolento – livello di integrazione[5]. Anche in precedenza, qualche decisione aveva già puntualizzato il medesimo concetto, affermando che in presenza di gruppi genuini, ma fortemente integrati, è giuridicamente possibile concepire un'impresa unitaria che alimenta varie attività formalmente affidate a soggetti diversi, il che "non comporta sempre la necessità di superare lo schermo della persona giuridica, né di negare la pluralità di quei soggetti, ben potendo esistere un rapporto di lavoro che veda nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione del datore di lavoro più persone"[6].

Con le due recenti decisioni citate sopra, la Suprema Corte consolida definitivamente questa posizione, confermando "lo sganciamento della necessità di prova dell'abusiva frammentazione societaria ai fini dell'ammissione della codatorialità", cioè di un rapporto di lavoro che veda nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione del datore di lavoro più persone, rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro, secondo lo schema dell'obbligazione complessa[7].

Per la verità, in molte delle decisioni citate aleggia ancora l'idea che la presenza di una organizzazione integrata, un gruppo (pur se genuino), sia necessaria per la stessa configurabilità del rapporto di lavoro subordinato, ai sensi dell'art. 2094 e 2104 del codice civile. Come se il potere direttivo e di controllo dovesse essere esercitato necessariamente da un solo soggetto: "l'esigenza di individuare con precisione un unico centro di imputazione cui ricondurre la gestione del singolo rapporto di lavoro, al di là degli schemi societari ovvero di una pluralità di strutture organizzative, risponde al dato normativo base dell'art. 2094 c.c., che impone di individuare l'interlocutore tipico del lavoratore subordinato nella persona (fisica o giuridica) del 'datore di lavoro', e cioè di chi, di fatto detiene ed esercita i suoi poteri (direttivo e disciplinare) nei confronti della controparte dipendente"[8]. La giurisprudenza, quindi, resta in qualche modo ancorata alla sussi-

[5] Cfr. Cass. 9 gennaio 2019, n. 267, par. 14.

[6] Si v., in particolare, Cass. 24 marzo 2003, n. 4274.

[7] Il virgolettato è di Cass. 23 giugno 2025, n. 16839, par. 10; nello stesso senso anche Cass. n. 36/2026, par. 21.1.

[8] Cass. 3 dicembre 2019, n. 31519, par. 6.2. La stessa opzione è espressa in modo chiaro anche da altre decisioni, come Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, ma anche dalla

stenza di una impresa sostanzialmente unitaria, un "interlocutore unico", costituita dal gruppo di società (anche se non fraudolento). Il concetto di codatorialità, comunque, viene definitivamente sganciato dalla sussistenza di un collegamento societario fraudolento, sicché il gruppo di imprese diventa semplicemente il luogo nel quale prende forma l'istituto della codatorialità volto a soddisfare contemporaneamente l'interesse delle varie entità imprenditoriali collegate tra di loro.

Al riguardo, potrebbe essere fatto un passo ulteriore, proprio utilizzando i principi più volte affermati dalla Suprema Corte, secondo cui l'accertamento della codatorialità deve avvenire utilizzando il principio di effettività che tradizionalmente governa il processo di qualificazione del rapporto di lavoro, e, in particolare, basandosi sulla titolarità del potere direttivo, organizzativo e di controllo[9]. Ne consegue che la gestione del lavoratore in codatorialità può realizzarsi anche in mancanza di un collegamento tra le imprese, quando più soggetti decidano di condividere la prestazione di un medesimo lavoratore per la realizzazione dei loro (separati) interessi e per l'esistenza di una reciproca convenienza, che può essere di natura organizzativa, economica o di qualunque altro tipo[10].

In questo modello di codatorialità, senza un vero e proprio collegamento organizzativo tra i datori, il dipendente rimane costantemente a disposizione di essi, svolgendo indifferentemente la sua mansione a favore di tutti, i quali esercitano i poteri previsti dal codice civile e ricevono dal lavoratore una collaborazione nell'ambito della loro organizzazione produttiva. A tal fine, non si può escludere che gli stessi

recente Cass. 23 giugno 2025, n. 16839, secondo cui "la condivisione della prestazione del lavoratore, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo, da parte delle diverse società, che esercitano i tipici poteri datoriali e diventano datori sostanziali, si fonda sul principio di effettività e determina la configurabilità in concreto di un unico soggetto datoriale".

[9] In giurisprudenza si v., *ex multis*, Cass. 14 marzo 2019, n. 7305; Cass. 25 febbraio 2019, n. 5423; Cass. 14 giugno 2018, n. 15631; Cass. 2 ottobre 2017, n. 22984; Cass. 31 ottobre 2016, n. 21979; Cass. 22 aprile 2013, n. 13829; Cass. 25 maggio 2012, n. 8300; Cass. 9 marzo 2009, n. 5645; Cass. 28 marzo 2003, n. 4770.

[10] Gli esempi concreti sono molteplici: si pensi al caso del personale di segreteria di cui si servano contemporaneamente distinti professionisti, o a quello di un contabile subordinato che presti la propria opera indifferentemente per più società (non collegate), o, ancora, a quello di un custode che svolga la sua mansione in favore di più stabili commerciali adiacenti. Sul punto, v. App. Torino, 19 febbraio 2015, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1201 ss., nella quale si afferma che «il fenomeno della "codatorialità" è relativamente frequente nella pratica, a vari livelli», elencando alcuni casi assimilabili a quelli indicati in precedenza.

codatori decidano a monte di suddividere tra loro alcune funzioni, come il controllo sulla prestazione, il compito di comunicare alcune direttive o altre indicazioni organizzative del lavoro (realizzando cioè una sorta di "regole di ingaggio", anche se fuori dal contesto di rete)[11]. Una simile soluzione non appare preclusa dai princìpi del nostro ordinamento giuslavoristico, atteso che tale accordo non andrebbe a modificare alcun aspetto della posizione debitoria e creditoria del lavoratore bensì solo a regolare la gestione condivisa della prestazione. Proprio sulla base del principio di effettività, infatti, ciò che qualifica giuridicamente la codatorialità non è tanto la presenza di un interesse comune o del collegamento tra le imprese, bensì la circostanza che il potere direttivo (e le altre prerogative datoriali) sia esercitato contestualmente da una pluralità di soggetti.

Questa prospettiva, peraltro, trova conferma anche in qualche decisione di legittimità, in base alla quale, se la prestazione è in codatorialità, l'effetto dell'imputazione del contratto di lavoro in capo ai diversi datori di lavoro avviene "di per sé, prescindendo dalla circostanza che esista, anche, oppure no, un gruppo di impresa"[12]; si allinea a questa posizione, in un passaggio, anche la citata sentenza n. 16839/2025, affermando che la prestazione lavorativa resa contestualmente in favore di più società determina il verificarsi di una situazione di codatorialità "anche al di là della prova dell'esistenza di un vero e proprio gruppo societario"[13]. In questi casi, l'impostazione della Suprema Corte è proprio quella di verificare in concreto la sussistenza dei tratti fondamentali che autorizzano l'applicazione dell'art. 2094 c.c., guardando all'effettivo sviluppo dei poteri attribuiti in capo ai datori di lavoro e all'utilità che questi ricavano per la propria organizzazione, a prescindere dall'esistenza di un gruppo societario integrato[14].

[11] Normalmente, la scelta negoziale di condividere l'attività del lavoratore porterà i codatori a condividerne anche la gestione, al fine di evitare la conflittualità soprattutto nell'uso del potere direttivo e di controllo.

[12] Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904.

[13] Si v. il par. 14 della sentenza n. 16839/2025.

[14] Si v. la motivazione di Cass. 11 febbraio 2019, n. 3899, secondo cui ove "sia accertato che l'attività amministrativo contabile era resa alla lavoratrice, contemporaneamente ed indifferentemente, in favore di tutte le diverse società convenute e che la prestazione, nell'orario di lavoro definito contrattualmente dalla società che formalmente aveva in carico la dipendente, andava a vantaggio anche delle altre società, si deve ritenere che sussista un unico rapporto alle dipendenze di più datori di lavoro".

2. *L'apparato protettivo del lavoratore in codatorialità*

Come detto, sul piano sostanziale la prima e più rilevante conseguenza della codatorialità consiste nel fatto che lo schema plurisoggettivo estende la tutela del lavoratore-creditore nei confronti di tutti i soggetti giuridici coinvolti dalla parte datoriale-debitrice, in termini di responsabilità solidale, non mutando la natura delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro. In particolare, in caso di codatorialità tutti i fruitori dell'attività lavorativa devono essere considerati responsabili delle obbligazioni che scaturiscono da quel rapporto, in virtù della presunzione di solidarietà prevista dall'art. 1294 c.c., in caso di obbligazione con pluralità di debitori[15]. In altre parole, realizzati tutti gli elementi dell'obbligazione soggettivamente complessa, la conseguenza è la creazione di un regime di solidarietà attiva e passiva in capo a tutti i codatori di lavoro *ex* art. 1294 c.c., sicché il dipendente potrà pretendere il pagamento dell'intera retribuzione da ciascuno di questi, salvo il diritto di regresso dell'adempiente verso gli altri.

Naturalmente ciò non comporta una duplicazione delle tutele e delle retribuzioni, dato che "la codatorialità determina una situazione di solidarietà, non di cumulo o raddoppio del rapporto di credito-debito, in assenza di prova del danno o di ragioni di maggiorazioni retributive"[16]. D'altro canto, il lavoratore sarà a sua volta debitore nei confronti dei codatori della prestazione di lavoro: ciascun datore potrà quindi pretendere dal lavoratore l'intero adempimento lavorativo, rispettando i limiti prescritti dall'ordinamento in materia di orario di lavoro, riposi, ferie, permessi etc., i quali non subiscono deroghe in ragione della presenza di più datori di lavoro.

Una seconda tutela riconosciuta dalla giurisprudenza, di non poco rilievo per il lavoratore in codatorialità, consiste nel fatto che anche in ordine al requisito dimensionale preso in considerazione dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, si debba far riferimento al complessivo numero di lavoratori occupati alle proprie dipendenze da tutti i co-datori[17]. Opinare diversamente, infatti, afferma la Cassazione, significherebbe "svuotare dall'interno la tutela da riconoscere al lavoratore in caso di accertata codatorialità anche e soprattutto quando il licenziamento individuale sia ascrivibile ad una parte datoriale complessa"[18]. Si tratta di una posizione in parte creativa della Corte, poiché la som-

[15] Così Cass. n. 16839/2025, par. 28; nello stesso senso Cass. n. 336/2026, par. 9.
[16] Cfr. sempre Cass. n. 16839/2025, par. 27.
[17] In questo senso Cass. n. 336/2026, par. 22.
[18] Cass. n. 336/2026, par. 22.1.

matoria dei lavoratori dipendenti da soggetti giuridici distinti non è contemplata dall'art. 18, la quale sembra però rispettare la natura dell'istituto in questione, ove, anche se non formalmente, l'entità economica che utilizza le prestazioni – intesa come sommatoria dei datori di lavoro (formali e sostanziali) – deve essere valutata nel suo complesso anche ai fini dimensionali.

Una simile impostazione dovrebbe influenzare la stessa motivazione dell'atto di recesso: considerare le aziende codatrici come un contesto unitario, infatti, non può che incidere sulla sussistenza delle ragioni oggettive di licenziamento (si pensi alla soppressione di un posto di lavoro per motivi economici), e quindi al corretto esperimento del c.d. *repêchage*. Secondo questa prospettiva, nel licenziamento per motivi di tipo economico, il posto di lavoro dovrà essere indisponibile con riferimento a tutto il "contesto imprenditoriale" venutosi a creare per effetto della codatorialità; analogamente, il requisito della cessazione aziendale necessario, ad esempio, per procedere al licenziamento della lavoratrice madre durante il periodo di interdizione (art. 54, co. 3, lett. b, d.lg. n. 151/2001), dovrà riguardare tutti i codatori e non soltanto il soggetto formalmente titolare del rapporto[19].

Dal punto di vista processuale, infine, la configurazione di un datore di lavoro plurale comporta, in base al "principio di effettività", che nel caso di domanda del lavoratore intesa ad accertare un rapporto plurisoggettivo di codatorialità, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., è necessaria l'estensione del contraddittorio a tutti i soggetti individuati quali contitolari del rapporto di lavoro. Ciò discende direttamente dalla natura della codatorialità quale fenomeno giuridico che determina, per il lavoratore, la garanzia della solidarietà dei vari datori di lavoro per i debiti retributivi e risarcitori o reintegratori in caso di illegittimità del recesso[20].

3. *La posizione della Suprema Corte sulla impugnativa del licenziamento*

In un passaggio della sentenza n. 16839/2025 si legge che la protezione per il licenziamento illegittimo deve essere preceduta dalla "necessaria impugnazione nei confronti di tutti i soggetti identificabili come co-datori", e che in mancanza di tale impugnativa "plurima" non opererebbe la solidarietà passiva derivante dall'unicità del rap-

[19] Come affermato dalla già richiamata Cass. 11 febbraio 2019, n. 3899.

[20] Cfr. Cass. 23 giugno 2025, n. 16839, par. 24.

porto[21]. Dunque il lavoratore avrebbe l'onere di rivolgere l'impugnativa stragiudiziale verso tutti i datori di lavoro, altrimenti perderebbe la possibilità di far valere, ad esempio, la solidarietà passiva tra di loro.

Ora, in merito a questa posizione sembra opportuno effettuare almeno due osservazioni, di tipo logico-giuridico.

La prima osservazione è che, specie nella codatorialità atipica, ma anche in quella tipica, l'atto di licenziamento viene intimato normalmente dall'unico datore di lavoro formale, cioè quello che ha sottoscritto il contratto con il lavoratore, anche se poi la prestazione è stata utilizzata indistintamente da più imprenditori. In questo caso, la giurisprudenza – dopo aver affermato che la parte datoriale complessa è tenuta all'obbligo legale di comunicare per iscritto il licenziamento (ex art. 2 della legge n. 604/1966) – afferma che "in perfetta conformità al disposto di cui all'art. 1292 c.c.", l'adempimento di detto obbligo da parte del datore di lavoro formale libera tutti gli altri co-datori sostanziali dal medesimo incombente[22]. Più nello specifico, la Corte sostiene che il licenziamento intimato dal solo codatore di lavoro formale spiega i suoi effetti sull'intero rapporto, incidendo in radice sul sottostante assetto di interessi negoziale, senza alcuna necessità (ai fini della sua efficacia) che gli altri codatori di lavoro sostanziali siano tenuti a manifestare, a pena d'inefficacia, una identica volontà risolutiva[23]. Su questa base, ad esempio, nel caso esaminato da Cass. n. 336/2026, veniva respinta la domanda del lavoratore che chiedeva la nullità del licenziamento (per vizio di oralità) e la conseguente reintegrazione nei confronti delle co-datrici che non avevano intimato formalmente il recesso, valendo anche per esse la forma scritta utilizzata dal datore di lavoro formale.

Ed allora, se il licenziamento è unico, e vale come recesso per tutti i datori di lavoro, formali e non formali, anche l'impugnativa del lavoratore dovrebbe essere unica, volta a contestare la legittimità del recesso ed indirizzata al soggetto che ha emesso il provvedimento in questione, con effetto anche nei confronti di tutti i co-datori sostanziali. In altre parole, poiché il licenziamento interrompe il rapporto verso tutti i co-datori, dovrebbe essere rilevante la contestazione oggettiva e formale di quell'atto ma non la condivisione dell'impugnativa verso tutti gli interessati sostanziali[24].

La seconda osservazione, più sostanziale che formale, parte dal

[21] Cfr., al riguardo, i par. 26 e 28 della sentenza in questione.

[22] Cass. n. 336/2026, par. 12.

[23] Così sempre Cass. n. 336/2026, par. 6.

[24] Diversa è l'ipotesi in cui vi siano più co-datori di lavoro formali e più lettere di

presupposto che la decadenza, istituto storico in tema di licenziamento, è comunque un baluardo severo per il lavoratore, date le conseguenze che un'eventuale violazione del termine determina. Di conseguenza, appare forse un po' eccessivo addossare al soggetto licenziato – che peraltro in fase stragiudiziale potrebbe essere privo di assistenza legale – l'onere di identificare la sussistenza di una fattispecie di codatorialità, e quindi di comprendere la necessità che l'impugnativa sia estesa anche a quei soggetti che non risultano formalmente come mittenti della lettera di licenziamento[25].

licenziamento, laddove si può immaginare di onerare il dipendente di una corrispondente impugnativa plurima del medesimo licenziamento.

[25] Si pensi che la prestazione resa (anche o soltanto) a favore di terzi è configurabile, con differenti modalità, in una serie di istituti: ad esempio, in regime di appalto, di somministrazione regolare e irregolare, di unico centro di imputazione, di distacco, o, appunto, di codatorialità, sicché si richiederebbe al lavoratore subordinato licenziato un notevole sforzo qualificatorio.

Andrea Rallo

Il libero accesso agli arenili: l'ultima spiaggia di un antico demanio pubblico*

Su quella spiaggia
*era la mia libera vita…**

Sommario: 1. L'impatto eurounitario sugli antichi istituti: la fine delle rendite di posizione. – 2. L'uso della spiaggia e l'inutilità (in astratto) delle concessioni turistico-balneari. – 3. L'incidenza della Direttiva Bolkestein (e delle sue discendenze) sull'uso diretto del demanio balneare. – 4. Le spiagge libere e l'accesso gratuito alla battigia: un rilancio dei diritti civici sul demanio pubblico per il bilanciamento tra interessi contrapposti. – 5. Uno sguardo al concreto: il PUAD della Regione Campania ed i bandi 2025 di Roma Capitale per le concessioni sul litorale di Ostia.

1. *L'impatto eurounitario sugli antichi istituti: la fine delle rendite di posizione*

Come ampiamente noto, per il sistema giuridico delle concessioni pubbliche aventi ad oggetto il demanio marino, e con specifico riferimento alle concessioni di spiaggia[1], gli ultimi 15 anni sono stati – e sono tuttora – permeati da un ribaltamento di quel pensiero ottocentesco sull'uso del demanio naturale[2], che aveva caratterizzato il pigro e pacifico ripetersi dell'applicazione normativa dell'art. 822 c.c. (… *fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia…*) e dell'art. 28 c.n., con formula sostanzialmente uguale; mentre la loro

* Questo contributo è aggiornato al 31 luglio 2026 ed è destinato ad essere pubblicato anche negli Scritti in onore di Alfredo Contieri.

** Vincenzo Consolo, *La grande vacanza orientale-occidentale*, Dante & Descartes, Napoli, 2001.

[1] Nell'impossibilità di ripercorrere tutta l'infinita dottrina e giurisprudenza sulla questione, in prosieguo verranno indicati solo alcuni degli studi e delle sentenze per argomenti, del tutto arbitrariamente scelte ed alle quali si rinvia per ulteriori approfondimenti. Quando non diversamente indicato, la giurisprudenza di TAR e Consiglio di Stato è rinvenibile in giustizia-amministrativa.it; per le Decisioni della Corte Costituzionale, in cortecostituzionale.it.

[2] A.M. Sandulli, voce *Beni Pubblici* in Enc. del Dir., Milano, 1959; E Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934. Per una ricostruzione completa ed esaustiva si v. B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto, universi e categorie ottocentesche a confronto*, in Dir. Amm., 1995; Id., *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

gestione, almeno sino al D.L. n. 400/93, si crogiolava nella facoltà dell'Amministrazione statale (poi comunale), di affidare a privati il patrimonio pubblico "*compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, [l'amministrazione marittima] può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo" (art. 36 c.n.)* [3].

Anche il regime della "concorrenza" era pigramente tranquillo. Vero che già nel Codice della Navigazione si ventilava di un possibile confronto concorrenziale "*Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico"*[4], ma – almeno sino alla sua abrogazione, avvenuta con la L. 26 febbraio 2010 n. 25 – sulla "stabilità degli affidamenti" vigilava il cd. "diritto di insistenza" (art. 37 u.c. c.n.)[5], a norma del quale «*È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze*».

Questa situazione giuridica, pacificamente metabolizzata anche in considerazione dell'elevata tutela paesaggistica, garantiva tranquillità e certezza amministrativa, poiché in pratica – soprattutto per concessioni "semplici" come quelle di spiaggia (praticamente esauribili nel solo uso "turistico-ricreativo[6]) – era nei fatti impossibile che venisse proposta una chissà quale più "proficua utilizzazione" della spiaggia stessa, diversa dall'uso balneare-ricreativo.

[3] Per una ricostruzione completa ed esaustiva si v. G. della Cananea e F. Di Lascio, *Dalle spiagge alle coste,* (a cura di), Napoli, 2026; e ivi, M. Gnes, *Le concessioni balneari, problemi e prospettive,* pp. 229 e ss. Si v. anche, M. Gnes, *Le spiagge e le coste, problemi o risorse*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, Milano, 2023 p. 15; nonché *ivi* G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo, un mutamento di prospettiva,* pp 32 e ss. Sempre G. della Cananea da ult. in *Terra e Mare, le aree costiere nel prisma del diritto,* Napoli, 2026, in part. pp. 59 e ss., con la ricostruzione della riva del mare come *res communis omnium.* Per la giurisprudenza si v. da ult. C.di S., VII, 18.8.2026 n. 6539,

[4] Per un esempio, si v. TAR Napoli, VII, 12.5.2017 n. 2541.

[5] Cfr. F. Armenante, *La non disciplina delle concessioni demaniali, dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, in Riv. Giur. Ed. 2020, pp. 261 e ss.

[6] Dunque senza possibilità di invocare un miglior uso del demanio per l'interesse pubblico come titolo di preferenza per subentrare e sostituire un precedente concessionario a norma dell'art. 36 c.n. "*è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico*".

Si aveva dunque un sistema che assicurava stabilità pressocché definitiva ai concessionari, proteggendo gli interessi economici di "*chi c'era*" a danno di "*chi avrebbe voluto esserci*", una sorta di rendita di posizione autorizzata, alla quale tuttavia si deve – per converso – anche una significativa parte del successo internazionale del comparto turistico del Paese.

L'assetto degli interessi sopra sintetizzato, in realtà, è perdurato fino all'eliminazione del cd. "diritto di insistenza" ad opera dell'art. 02 D.L. 5 ottobre 1993 n. 400 e poi dall'art. 1, comma 18, del D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. con modific. con L. 26 febbraio 2010, n. 25, che disponeva appunto l'abrogazione del 2 co. dell'art. 37, anche in funzione del "*superamento del diritto di insistenza"* [7].

Del resto, già a metà degli anni novanta, in diretta conseguenza con l'approvazione delle norme di applicazione della Direttiva Servizi n. 52/90/CEE di cui al D.Lgs. 157/95, con qualche iniziale, coraggiosa sentenza dei Giudici di legittimità[8], si iniziava a vedere il demanio marittimo, in generale, non più soggetto all'insistenza del concessionario precedente, ma come "bene" pubblico suscettibile di costituire oggetto di assegnazione differenziata, mediante licitazione privata, sia pur in mancanza degli originari titoli di preferenza per miglior uso pubblico del bene stesso ed in presenza di più domande di concessione[9].

Ai nostri fini, va tuttavia notato come anche nell'*ancien regime,* il rapporto concessorio sui beni demaniali fosse concentrato esclusivamente sui due soggetti principali, concedente e concessionario; mentre del terzo soggetto – l'utente – non si aveva traccia, se non in qualche angolo dei vari "Piani di Gestione", che il richiedente privato era tenuto a presentare, ma ovviamente in forma ben poco incisiva e vincolante (soprattutto per ciò che attiene a tariffe e servizi)[10]: il che, fin

[7] Benché, sia pur in tempi recenti, il Consiglio di Stato abbia affermato (VII, 28/11/2023 n. 10237) che "*Il rilascio di una concessione balneare non assicura al suo titolare un diritto di insistenza sine die o, comunque, un incondizionato* ***diritto*** *di permanenza sul bene demaniale*" (in Riv. Giur. Ed. *2023, 6, I, 1288*). In dottrina si v. anche M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in RTDP, 2020 pp. 1069 e ss.

[8] Si v. ad esempio TAR Napoli, I, n. 613 del 6.12.1996, in Foro Amm. 1997, p 2117.

[9] Cfr. F. Armenante, *Op. Cit*, pp. 270 e ss.

[10] Come del resto accade tuttora, stante la riconosciuta non vincolatività del Piano Economico Finanziario (PEF) che i concorrenti ad una concessione devono comunque presentare in sede di gara, TAR Venezia, I, 9.1.2026 n. 37 e Genova, I, 10.1.2026 n. 17.

da allora, dava luogo ad una prospettiva significativamente errata, essendo la concessione amministrativa indirizzata, per sua propria natura, a garantire "*alla collettività migliori condizioni di fruibilità del bene stesso*"[11]. Ciò inevitabilmente comporta che, per questo tipo di concessioni – come si vedrà in prosieguo – il rapporto giuridico rilevante è, e deve essere, certamente trilaterale, non potendosi esaurire il vantaggio (provvedimentale) in un'esclusiva utilità del concessionario, per dover essere invece questa rivolta, sia pure mediatamente, in favore della collettività indifferenziata, per un miglior utilizzo del bene pubblico.

2. *L'uso della spiaggia e l'inutilità (in astratto) delle concessioni turistico-balneari*

È del resto facilmente dimostrabile, tanto in via logica quanto empirica, che il comune cittadino potrebbe facilmente usufruire del mare, a scopi ricreativo-sportivo-balneari, anche senza alcuna concessione da parte dell'amministrazione pubblica ad altri soggetti privati[12], essendo questo demanio naturale certamente un bene pubblico ad accesso libero (fatte salve le limitazioni di legge e di ordine pubblico[13]): dunque la concessione demaniale di spiaggia non serve a rende-

[11] Così P. Cucumile, *Lo stato dell'arte sulla proroga delle concessioni demaniali marittime,* in Lexitalia.it, dic 2024, nota 30, con ampi riferimenti giurisprudenziali. Per un inquadramento più dogmatico e dottrinale, v. M. A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria,* in Diritto e Società, Numero Speciale, 2021.

[12] È naturalmente evidente che si tratta di un'approssimazione che riguarda solo i diritti di "balneazione", poiché gli utilizzi della risorsa demaniale per finalità turistico ricreative sono ben più ampie, tra cui gli esercizi di ristorazione, il noleggio di imbarcazioni, di strutture ricreative e sportive, ecc., a norma dell'art. 1 del D.L. 400/1993. Sul punto si v. G. Carullo e A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi, la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione,* in federalismi.it, 2020.

[13] Cfr. TAR Napoli, VII, Ord. 1.10.2024 nn. 1891 e 1893, dove si ammettono limitazioni destinate a "*garantire una fruizione pubblica, sicura ed ecosostenibile dell'area di balneazione pubblica*". Seguendo questi principi, su impulso della Prefettura e della Guardia Costiera, la Giunta Municipale da adottato le Determinazioni nn. 250 e 251 del 5 giugno 2025 per limitare gli accessi alle spiagge pubbliche, correggendo tuttavia quelle limitazioni soggettive (in particolare per ciò che attiene agli accessi ed alle prenotazioni di ragazzi e anziani) che erano state qualificate come illegittime dalle Ordinanze del 2024.

re fruibile il bene pubblico in sé[14], ma solo a consentirne un utilizzo più comodo o più appagante mediante la predisposizione di servizi accessori[15]: utili certo, ma sicuramente non indispensabili, essendone l'uso principale esercitabile anche senza.

L'unico caso di concreta e diretta necessità di servizi per la sua reale utilizzazione riguarda (alcuni) Portatori di disabilità, di cui ad es. all'art. 4, co. 6, lett. b, l. 118/22, come mod. da D.L. 131/24, nei cui riguardi occorrono specifiche o comunque idonee attrezzature per consentire il loro accesso al mare, diversamente spesso non praticabile in autonomia, come si vedrà in prosieguo.

È evidente quindi che la concessione di spiaggia sottrae la stessa all'uso pubblico indifferenziato e, quel che è peggio, la destina al medesimo utilizzo balneare ma soggettivamente differenziato: non più un'utenza libera, ma un'utenza pagante per quell'uso turistico-ricreativo che quel bene ha sempre consentito (naturalmente a fronte di servizi, di comfort e di sicurezza), nella sua diretta utilizzazione da parte di "chiunque"[16].

Sul punto, e senza necessità di far riferimento all'amplissima dottrina classica sull'uso generale dei beni pubblici (da Santi Romano a Guicciardi, da Sandulli a Giannini e Benvenuti[17]), resta la circostanza che – al netto delle comodità e del confort di fruizione – nella sua essenza la concessione "balneare" sottrae il bene all'uso pubblico indif-

[14] Che poi questo significa che è il rapporto concessorio in sé ad essersi modificato nel tempo, è opinione di R. Dipace, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime, verso l'erosione della categoria,* in Numero Speciale di Diritto e Società, 2021. Si v. anche A. Travi, *Utenza di beni pubblici e utenza di servizi pubblici*, in Urb. e App., 2001.

[15] Del resto, lo stesso Consiglio di Stato esclude che si tratti di concessione di servizi, per l'assorbente considerazione che nella concessione di beni demaniali non c'è alcun trasferimento di servizio pubblico dall'amministrazione al privato, ma solo un consenso per esercitare un'attività imprenditoriale sul bene demaniale stesso, cfr C. di S., 15.3.2019 n. 1707.

[16] Giustamente E. Scotti parla dell'accesso alla spiaggia come "diritto universale", coinvolgendo i principi costituzioni di eguaglianza e di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni pubbliche di cui all'art. 117, co. 2, lett. m della Cost., so v. E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello stato, pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in *Le concessioni balneari…* a cura di M. Gnes, cit, p. 227.

[17] Ottimi ed esaustivi gli studi di R. Cavallo Perin, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà,* in Dir. Amm., 2018, p. 839 e ss.; G. D. Comporti, *Le concessioni di beni pubblici, quel che resta dell'antico ius privilegium dell'amministrazione pubblica*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 2024, pp. 249 e ss.

ferenziato e lo consegna ad un uso pubblico individuale e "tariffato", senza che in realtà vi sia stata alcuna modificazione intrinseca del bene stesso (spiaggia), né in senso fisico, né giuridico, e neppure del suo utilizzo a scopo balneare-ricreativo[18]. E dunque senza comparazione tra vari usi del bene, né per scegliere il "se" della concessione, né per scegliere il "chi" della stessa.

Né in contrario sembra soddisfacente la (pur ineccepibile) spiegazione di (F.) Benvenuti, a norma della quale il vantaggio per la collettività è dato dall'aumento della ricchezza prodotta per il concessionario dall'uso del bene in esclusiva[19]: perché qui si tratta della sottrazione ad un uso collettivo pacificamente esercitabile (sia pur, scomodamente) di un bene, da riservare a favore di un singolo individuo, che però ne consentirà il medesimo uso alle sue proprie condizioni e tariffe.

Ora è chiaro che questa operazione alla "Robin Hood *en reverse*" è tale solo sul piano astratto, perché in un moderno paese a vocazione turistica, qual è l'Italia, sarebbe impensabile immaginare spiagge e arenili senza i servizi e l'organizzazione che le concessioni balneari realizzano da quasi due secoli, con tutti i meriti economici e sociali che ne sono derivati e che derivano tuttora da questo indispensabile comparto produttivo.

Ma ciò non significa che sia senza conseguenze, o che non meriti una riflessione, l'innegabile circostanza che, in sé, il demanio "balneare" non necessiti di concessioni esclusive ed escludenti, per essere astrattamente idoneo ad essere utilizzato tal quale, senza limitazioni o tariffazioni, come del resto avviene per le spiagge libere. Il che si conferma con un semplice sguardo di diritto comparato: a sostegno delle tesi della sottrazione ai cittadini italiani del "demanio Costituzionale"[20], può infatti facilmente portarsi il caso della Francia[21], laddove si prescrive che almeno l'80% della lunghezza della battigia e della su-

[18] Modificazione intrinseca che anzi è assolutamente vieta e sanzionata anche penalmente dagli artt. 54 e 1161 c.n. Per una disamina della tutela penale e per l'ampia citazione di giurisprudenza si v. A. Degl'Innocenti, *Il reato previsto dall'art. 1161 del codice della navigazione*, in lexambiente.com, 2025.

[19] Come ampiamente riportato da G.D. Comporti, *op.cit.,* sua nota n. 81.

[20] Si v. P. Maddalena, *Taxi, spiagge e demanio costituzionale, sull'impossibilità giuridica di "privatizzare" i beni pubblici essenziali*, in lantidiplomatico.it, 3 dic 2021. La dottrina costituzionalistica è anch'essa estremamente ampia, per una efficace sintesi si v. A. Cossiri, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari, quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?* In federalismi.it, 2022.

[21] Per un approfondimento sul sistema francese si v. F. P. Grossi, *L'attuazione della Direttiva 2014/89/UE sulla pianificazione dello spazio marittimo nel sistema francese,* in *Dalle spiagge alle coste* …, op. cit pp 207.

perficie della spiaggia debbano essere lasciati liberi da beni e strutture[22], queste ultime da realizzare comunque – nel restante 20% – in modo ecocompatibile e con strutture che garantiscano il ripristino delle condizioni *quo ante* al termine del rapporto con le autorità concedenti[23].

3. *L'incidenza della Direttiva Bolkestein (e delle sue discendenze) sull'uso diretto del demanio balneare*

La questione della contrapposizione tra questi interessi (della collettività e di ciascuno *uti civis et uti singulus* e del singolo esclusivo beneficiario) è stata affrontata specificamente sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina di commento, che però pervengono a risultati solo parzialmente soddisfacenti, mancando spesso di individuare e separare le tre distinte posizioni soggettive rinvenibili nei procedimenti concessori: quella del concessionario, quella del singolo e della collettività indifferenziata, quella dell'amministrazione e del suo potere di gestione del bene ex art. 822 c.c.

Ed è proprio questa mancata individuazione e differenziazione che impedisce di stabilire un ordine di preferenza, se non quello derivante del principio di legalità connesso con il potere di disporne da parte della p.A., sia pur nei limiti della legittimità e della ragionevolezza.[24]

Occorre in questo senso affrontare direttamente la questione della natura dei diritti soggettivi di cittadinanza sui beni pubblici, restando da vedere se, anche a seguito e tenuto conto degli impatti che si sono avuti nel settore in virtù del "ciclone Bolkestein"[25], delle Sentenze della Corte di Giustizia UE[26], dell'Adunanza Plenaria, della Cassazione[27] e della Corte Costituzionale[28], si sia avuto un mutamento nella posi-

[22] A norma dell'art. R2124-16 del Code General de la propriété des personnes publique (CGPPP), v. anche F. Di Lascio, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole,* in Dir. Amm., 2022, p. 1037.

[23] Cfr. G. Guzzo e E. Del Greco, *La disciplina europea delle concessioni demaniali*, in Lexitalia.it, 2019.

[24] Si v. TAR Lecce, I, 5.5.2005 n. 2650; C. di S., VI, 31.5.2006 n. 3313 (appello) e l'ottima ricostruzione di O. M. Calsolaro, *Amministrazione ed uso del demanio, alla ricerca dell'interesse pubblico,* in Foro Amm., CDS, 2007, pp. 1036 e ss.

[25] Dir 2006/123/CEE.

[26] CGUE 14.7.2016 in C-418/14 e C-67/15. 20.4.2022 in C-348/22.

[27] A.P. 9.11.2021 nn. 17 e 18; Cass. 23.11.2023 n. 32559/23.

[28] Corte Cost., 16.4.2024 n. 109.

zione tutelata del "*cittadino allo stato brado*"[29]: se cioè la quotidianità delle sentenze, leggi ed interpretazioni sulle concessioni balneari e la loro "presenza" ineludibile nel panorama giurisprudenziale e dottrinale del diritto pubblico nell'ultimo decennio (frutto anche della mancata rassegnazione immediata del legislatore all'abbandono delle pratiche, più o meno velate, per la tutela dell'insistenza dei concessionari in atto) abbia o meno coinvolto anche il regime dei diritti di cittadinanza esercitabili sul demanio marittimo[30].

Sul punto si deve precisare che dall'Unione, con la Decisione della Corte 11.7.2024 in C-598/22 e dal legislatore italiano (prima con la L. 5.8.2022 n. 118 e poi con la L. 14.11.2024 n. 166), che pure si sono concentrati sulla questione dell'indennizzo e sul tentativo di dare parametri equi per l'assegnazione a gara delle concessioni[31], ci si sarebbe potuto aspettare che – insieme con questi – si fosse garantito un miglioramento delle tutele legali per garantire il diritto di accesso libero alla spiaggia ed al mare; per ampliare le fasce di cittadinanza che possano fruire della risorsa demaniale; per evitare discriminazioni dipendenti dal reddito o dall'affidamento a privati dei servizi in concessione.[32]

Da questo punto di vista il legislatore ha invece del tutto omesso ogni possibile cura per il cittadino indifferenziato, il cui interesse non è in alcun modo preso in considerazione, né direttamente, né indirettamente nell'ambito dei criteri di aggiudicazione di cui all'art. 4 della l. 118/22, come modificato dalla L. 166/24.

In nessuna di queste occasioni legislative e di approfondimento delle questioni relative alle concessioni balneari infatti si modifica l'ottica del rapporto concessorio come rapporto bilaterale, senza tener

[29] Secondo l'espressione iconica di M. Nigro, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in Dir. Proc. Amm., 1989, pp. 2049 e ss., usata per intendere il cittadino semplice ed all'oscuro delle dinamiche politiche ed amministrative, la cui posizione, benché indifferenziata, è comunque interessata all'efficienza *tout court* degli apparati e dei servizi pubblici.

[30] Quantomeno a partire dalla data di trasposizione della Direttiva Servizi 2006/123/CE (28.12.2009), ricordando che tutte le concessioni rilasciate anteriormente a tale data conservano la durata indicata dalla concessione stessa (cfr. TAR Firenze, 10.3.2025 n. 431 e la significativa giurisprudenza ivi richiamata).

[31] Come testualmente disposto dall'art. 8 del D.L. n. 32/2026, che assegna al MIT l'onere di predisporre un Bando tipo per l'"avvio" delle procedure di gara per l'assegnazione delle concessioni demaniali.

[32] Il che era stato peraltro da tempo "sollecitato" dalla stessa giurisprudenza amministrativa, cfr. TAR Palermo, I, 11.12.2020 n. 2815; C. di S., VI, 11.12.2009 n. 7765.

conto degli effetti diretti ed indiretti che questo accordo determina al contorno ed agli altri beneficiari residuali del bene dato in concessione (la cittadinanza *tout court*). E questo avviene nonostante sia evidente che il "disciplinare" della concessione, che sarà frutto delle risposte del concorrente ai requisiti di gara di cui all'art. 4, co. 4, L. n. 118/22 (e s.m.i.), ben potrebbe individuare criteri preferenziali di assegnazione aventi ad oggetto, ad esempio, la "cura" anche delle parti da lasciare al libero uso della cittadinanza, come la parte di battigia[33](2/5 m dalla linea del mare), la garanzia dei servizi di soccorso e di pulizia, facilmente estensibili anche alle eventuali zone di arenile libero confinanti con quelle in concessione (ovviamente da specificare caso per caso), ecc.[34].

Eguali mancanze devono poi segnalarsi quanto ai criteri di aggiudicazione del confronto concorrenziale, di cui all'art. 4, co. 6, L. n. 118/22 (e s.m.i.). Qui l'unica "apertura" è rappresentata dal criterio di cui al co. 6, lett. b) ed e) art. cit., laddove si dovranno valutare comparativamente le opere dirette a migliorare l'accessibilità e la fruibilità dell'area demaniale da parte delle persone con disabilità: il che, come si vedrà, ha una ricaduta indiretta anche sulle aree libere e sugli accessi liberi alla battigia[35].

In sostanza, tutto ciò che ha travolto il tranquillo istituto delle concessioni balneari – soprattutto nell'ultimo quinquennio e soprattutto dopo le Adunanze Plenarie del 2021, con il loro "ordine" di disapplicazione[36] – non ha praticamente avuto effetti sull'assetto degli

[33] Per "*battigia*" si intende, semplificando, la fascia costiera (spiaggia o roccia che sia, interessata dall'ordinario flusso e riflusso delle onde durante le normali burrasche annuali. Si v. TAR Catania, I, 23.3.2012 n. 830.

[34] Come già avviene in alcuni Bandi locali, si v. ad esempio le gare indette dall'Autorità di Sistema Portuale del Tirreno Centrale n. 24509/2026 in G.U.S. n. 9/2026 del 14.1.2026.

[35] Al momento (31.7.2026) non è stato ancora emanato il DM sul Bando-tipo per le gare per le concessioni demaniali marittime previsto dall'art. 8 del DL 11.3.2026 n. 32, conv. con L. 8.5.2026 n. 71.

[36] Per una recente "applicazione" della disapplicazione indicata da A.P., v. C. di S., VII, 4.4.2025 n. 2907, secondo cui "*l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali non conformi al diritto comunitario (nella specie, tutte le disposizioni nazionali che hanno introdotto e continuano ad introdurre, con una sistematica violazione del diritto dell'Unione, le proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative) incombe non solo sui giudici, ma anche sulle autorità amministrative ivi comprese quelle comunali (cfr. Corte di Giustizia 20 aprile 2023, resa nella causa C-348-22; Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4481; id., 20 maggio 2024, nn. 4479 e 4480;*

interessi esterni al rapporto bilaterale tra concedente e concessionario (al netto delle questioni riguardanti le ricadute sui concessionari "uscenti") e certamente non ha portato alcun miglioramento per l'uso pubblico del bene demaniale da parte del cittadino *uti cives ed uti homine*, al quale il nuovo assetto degli interessi eurocomunitari non ha portato benefici diretti.

In verità, come meglio si vedrà oltre, un'altra fonte sarebbe legittimata ad ampliare e/o difendere il diritto di cittadinanza, ed è quella regionale, in sede di approvazione dei Piani di Utilizzo delle coste, Piano imposto dall'art. 3, co. 1, lett. e) del D.L. n. 400/93, come modificato dal co. 251, art. 1 L. n. 296/06. Ma questa linea di difesa degli

Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2018, n. 9)" e TAR Genova, I, 14.12.2024 n. 869 e soprattutto 19.2.2025 n. 183, la cui sintesi dello stato dell'arte vale la pena di riportare per esteso "*Sulla base del quadro regolatorio attualmente vigente, in forza delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021, recepite dall'art. 3della legge n. 118/2022, le* ***concessioni*** *demaniali marittime per attività turistico-ricreative, beneficiarie di plurime proroghe ex lege, hanno cessato i loro effetti in data 31dicembre 2023, sicché le nuove assegnazioni devono avvenire mediante selezioni imparziali e trasparenti tra i potenziali candidati, ai sensi dell'art. 12 della direttiva2006/123/CE (c.d. Bolkestein) e dell'art. 49 TFUE. Segnatamente, secondo l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'art. 12, comma 6-sexies, del d.l. n. 198/2022, conv. in l. n. 14/2023, che ha posticipato al 31dicembre 2024 la scadenza delle* ***concessioni****, dev'essere disapplicato per contrasto con la direttiva Bolkestein (in tal senso cfr. Cons. St., sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3940; Cons.St., sez. VI, 28 agosto 2023, n. 7992; Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192; C.G.A.Reg. Sic., sez. riun., parere n. 342 in data 20 giugno 2023; T.A.R. Campania, Salerno, sez. III, 6 giugno 2023, n. 1306; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 11 maggio 2023, n. 755). La disapplicazione investe oggi anche l'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1.1), del d.l. n. 131/2024, conv. in l. n. 166/2024, che ha differito al 30 settembre 2027 il termine finale di durata dei titoli concessori (sul punto v. T.A.R. Liguria, sez. I, 14 dicembre 2024, n. 869). Per contro, non vale ai deducenti invocare un accordo tra lo Stato italiano e la Commissione europea, secondo cui le Amministrazioni avrebbero l'obbligo di prorogare le* ***concessioni*** *balneari sino al settembre 2027, e ciò sia perché non risulta esistente un documento scritto racchiudente tale patto; sia in quanto, in ogni caso, un simile accordo non potrebbe prevalere sul dictum della Corte di Giustizia in ordine all'incompatibilità unionale del rinnovo automatico delle* ***concessioni*** *demaniali per finalità turistico-ricreative (CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15 Promoimpresa e Melis; id., sez. III, 20 aprile 2023, causa C-348/22, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), essendo la Curia europea l'organo deputato all'interpretazione autentica del diritto eurounitario, con effetti vincolanti sia nei confronti delle autorità nazionali che delle altre istituzioni dell'Unione*". V. anche C. di S., VII, 26.2.2025 n. 1688; TAR Napoli, VII, n. 4623 del 19.6.2025.

interessi collettivi appare aleatoria[37] dal momento che si tratta di norme (quasi) di soft-law, ben diverse da quelle che il cittadino richiederebbe a protezione dei propri diritti di cittadinanza, che imporrebbero scelte politiche legislativamente imposte[38].

4. *Le spiagge libere e l'accesso gratuito alla battigia: un rilancio dei diritti civici sul demanio pubblico per il bilanciamento tra interessi contrapposti*

Così inquadrata la questione delle concessioni e dei loro effetti sul cittadino comune, i diritti di quest'ultimo – al quale è stato sottratto il libero uso del bene nelle aree in concessione – si limitano e si trasferiscono in due sole tipologie legali, protette da legge e giurisprudenza: l'uso delle spiagge libere e l'accesso gratuito alla battigia.

Su questi punti vi è uno stato dell'arte che va precisato, a difesa da ogni (eventuale) tentativo di eliminazione e/o riduzione da parte dei concessionari.

Occorre premettere che il legislatore nazionale ha avuto ben chiara la situazione ed ha stabilito una serie di paletti inderogabili, in primo luogo con la Legge Finanziaria del 2007 n. 296 del 27.12.2006. Infatti il co. 251 dell'art. 1 l. cit., nel modificare l'art. 3, co. 1, lett. e) del DL n. 400/93, afferma anzitutto il diritto al libero accesso e transito verso la battigia per "chiunque" lo voglia[39], anche attraverso gli accessi in concessione[40]ed anche a fini di balneazione. Questo diritto viene poi ribadito dall'art. 11, co. 2, lett. d) della L. n. 217/11, che

[37] Avremo sicuramente regioni che non approveranno il PUAD o che sospenderanno temporaneamente il limite del 40% di aree da destinare a spiaggia libera, almeno sino al 31.12.2027. Si tratta di pratiche del tutto illegittime perché *contra legem*, ma con le quali andranno comunque fatti i conti nei prossimi anni. Questa specifica illegittimità dell'azione amministrativa è affermata anche da C. di S., VII, 20.5.2024 n. 4480, secondo cui non possono essere date in concessione "*aree necessariamente rientranti nelle percentuali di spiagge libere*". Si v. anche TAR Napoli, VII, 14.1.2025 n. 365.

[38] Qualche spunto lodevole, da verificare nel testo futuro e nella sua applicazione pratica, ad esempio nella progettata revisione del PUAD della Regione Campania, come da Comunicato istituzionale del 24.2.2026 (v. Nota 55).

[39] Espressamente impone ai concessionari un "*obbligo per i titolari delle concessioni di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione*".

[40] Si tratta di affermazioni giuridiche costanti e durature. Si v. ad es. TAR Palermo, 29.11.1986 n. 390. Più di recente v. TAR Bari, II, 14.6.2013 n. 963. Tale obbligo

espressamente qualifica come "*assoluto*" il diritto di accesso e di fruizione della battigia, anche a scopi balneari.

Quanto alle spiagge libere, nella medesima Finanziaria 2007, art. 1, comma 254, il legislatore ha imposto una norma generale, secondo cui "*Le regioni, nel predisporre i piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto - legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, sentiti i comuni interessati, devono altresì individuare un corretto equilibrio tra le aree concesse a soggetti privati e gli arenili liberamente fruibili; devono inoltre individuare le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione*".

Si ha così un importante riferimento normativo nazionale – sia pur datato[41] – la cui disciplina rende la battigia sempre gratuitamente accessibile a chiunque ed il suo uso e transito, anche a fini balneari, sempre garantito; mentre le regioni devono comunque bilanciare gli interessi pubblici della collettività con quelli dei concessionari, riservando una congrua percentuale degli arenili alla libera fruizione (spiagge libere) e con l'obbligo di riservare varchi per l'accesso balneare alla battigia anche a fini balneari: di qui l'illegittimità di un'occupazione totale degli arenili da parte di concessionari.

Dunque una funzione regionale precisa, che ottiene l'espresso crisma della legalità dalla stessa Corte Costituzionale: quest'ultima infatti riconosce come la legge nazionale (Finanziaria 2007) abbia appunto chiesto alla pianificazione regionale di garantire "*un corretto equilibrio tra l'estensione delle aree concesse a soggetti privati e quella degli arenili liberamente fruibili*"[42].

Si delinea così un quadro assolutamente idoneo a coniugare la sottrazione delle funzioni pubbliche del demanio marittimo alla collettività ed ai suoi diritti comuni, in favore dei concessionari e di una migliore offerta turistica, con uno schema in qualche modo sovrapponibile a quello francese di cui all'art. R2124-16 CGPPP[43], nel senso che

vale però solo per i concessionari e non anche a carico di proprietà private, cfr TAR Latina, II, 30.11.2023 n. 826.

[41] L'unica altra norma successiva a quella di cui alla L. 296/06 è l'art. 11, co. 2, lett. d) della L. n. 217/11, che così, incidentalmente, dispone, "*fermo restando, in assoluto, il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione*".

[42] Cfr. Corte Cost., 10.1.2017 n. 40.

[43] Anche se qui la questione si sposa soprattutto con la tutela paesaggistica e con

una percentuale delle coste e delle spiagge devono restare libere, cioè a disposizione di tutti. Con in più, l'espressa previsione secondo cui l'accesso alla battigia non può essere impedito ad alcun cittadino, che potrà utilizzarla liberamente anche a fini balneari: ma senza l'affermazione della naturale vocazione delle spiagge a poter essere utilizzate in modo libero e gratuito, come espressamente dichiarato dalla Repubblica Francese[44] e come (si spera) possa essere dichiarato dal Parlamento Europeo, dinanzi al quale è stata recentemente presentata (Petizione n. 0191/2025) una richiesta di verifica della compatibilità tra affidamento in concessione e protezione ambientale delle spiagge ricadenti nelle zone cd Natura 2000[45]

Su queste questioni la giurisprudenza sembra però seguire alcune costanti linee di pensiero: anzitutto, le modalità di accesso alla battigia non possono essere disciplinate che dallo Stato centrale[46]; in secondo luogo, viene riconosciuta esistente una specifica funzione pubblica consistente nell'obbligo, ricadente in capo all'amministrazione pub-

i principi del Code de L'environnement, il cui art. L. 321-9 inoltre, testualmente dispone che "*L'usage libre et gratuit par le public constitue la destination fondamentale des plages au même titre que leur affectation aux activités de pêche et de cultures marines".* Si v. in proposito anche L. Vigni, *Proprietà privata sostenibile, esperienze giuridiche europee di tutela privatistica dell'ambiente e del benessere della comunità*, in La cittadinanza europea on line, 2022. Per una seria presa in considerazione delle esigenze di tutela paesaggistica in connessione con i diritti di uso del mare si v. C. di S., VI, 10.3.2023 n. 2559.

[44] Come spesso accade, questa funzione è svolta suppletivamente dal Giudice amministrativo, che – ad esempio – con la Sentenza C. di S. VI n. 3313 del 31.5.2006, che conferma TAR Lecce, I, 5.5.2005 n. 2650 ha affermato che "*la scelta dell'Amministrazione stessa di concedere spazi di arenile va effettuata considerando sempre il superiore interesse pubblico a garantire la libera balneazione e rapportando, quindi, tale esigenza alla situazione effettiva delle persone e alla esistenza di spiagge sufficienti a soddisfare il bisogno collettivo"* Ed ancora*, "la concessione di un bene demaniale, e in particolare di tratti di arenile, ad un soggetto privato è giustificata soltanto quando, in sede di comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, l'accoglimento dell'istanza consenta, oltre che di soddisfare il particolare interesse del richiedente, di non compromettere altri interessi pubblici e nel caso di cui trattasi, come accennato, appare evidente la sussistenza dell'interesse della collettività al mantenimento della possibilità di disporre liberamente per la balneazione di uno dei pochi tratti di litorale accessibili ancora rimasti utilizzabili nella zona considerata e l'interesse pubblico alla migliore tutela di tale rilevante esigenza".*

[45] Questa Petizione è stata dichiarata ricevibile dall'apposita Commissione Parlamentare, la documentazione è disponibile sul sito dell'European Parliament-Petizioni.

[46] Corte Cost., 22.7.2011 n. 235 cit.

blica, di garantire alla collettività la libera fruizione del mare[47]; in terzo luogo, il bilanciamento degli interessi tra uso esclusivo ed uso pubblico richiede che il secondo non sia limitato, se non per ragioni di tutela della pubblica incolumità o dell'ambiente [48].

Viene così affermata la vigenza anche di "*principi costituzionali di solidarietà economica e sociale e di tutela dell'ambiente e del paesaggio … [*che garantiscono gli accessi alle spiagge*] in modo libero e gratuito anche ai soggetti meno abbienti*". Con il loro "*diritto soggettivo dell'utente di godere del bene marittimo, con accesso libero alla spiaggia onde posizionarsi, a suo piacimento, ovunque intenda godere dell'ambiente balneare senza dover subire condizionamenti o preclusioni di sorta dalla presenza in loco di eventuali strutture offerte da terzi, volte evidentemente a conseguire utilità economiche in relazione ai servizi resi disponibili*"[49].

In ogni caso, va rilevato come uno dei meriti della giurisprudenza sia stato quello di avere sostanzialmente e volutamente evitato di farsi trascinare in dibattiti meramente dottrinali sulla consistenza delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte, limitandosi a sostenere che il demanio marittimo e la spiaggia hanno in sé una destinazione (vocazione) specifica a consentire di svolgervi i "*legittimi usi del mare*". Tra questi rientra la balneazione (anche a norma dell'art. 1, co. 251 e 254 L. n. 296/06 e dell'art. 11, co. 2, lett. d) L. n. 217/11), determinando una sorta di diritto pubblico soggettivo attribuito a ciascun membro della collettività[50], che non necessita pertanto di alcun atto provvedimentale costitutivo o dichiarativo, sussistendo uno specifico obbligo di legge che garantisce a chiunque il libero esercizio di questo diritto *uti cives et uti singuli* ed *erga omnes.*

Più in particolare, i giudici di legittimità si sono concentrati sul bilanciamento tra l'interesse pubblico al libero accesso alla spiaggia e quello delle imprese balneari, da cui hanno poi tratto una serie di corollari, forti anche delle asciutte ma efficaci previsioni della normazione primaria statale[51]. La giurisprudenza dichiara pertanto che "*il demanio marittimo è direttamente ed inscindibilmente connesso con il*

[47] Cfr. C.G.Si., 4.10.2022 n. 990.

[48] Ordd. TAR Napoli, nn. 1891 e 1893 dell'1.10.2024 cit.

[49] Testualmente C. di S., VI, 14.2.2006 n. 3313. A questo riguardo occorre precisare che il tratto di arenile di libero accesso è quello che va dall'acqua alla porzione di riva sottoposto alle mareggiate ordinarie e straordinarie.

[50] V. TAR Catanzaro, I, 27.3.2012 n. 333.

[51] V. A. Cossiri, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari, quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie*? in Federalismi.it, 2022.

carattere pubblico della sua fruizione collettiva, cui è naturalmente destinato"[52]: e ciò basta a ritenere che "*l'esclusività che nasce dalla concessione costituisce eccezione … e costituisce clausola necessaria del provvedimento concessorio l'obbligo per il titolari delle concessioni di consentire il libero e gratuito accesso e transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione*"[53].

Anche in ordine all'inquadramento costituzionale, la giurisprudenza amministrativa ha un approccio semplificato: da una parte, afferma il diritto al libero godimento del demanio marittimo che, in quanto bene pubblico, "*afferisce alla tutela della personalità umana ed al suo corretto svolgimento nell'ambito dello stato sociale e l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica alla luce degli artt. 2, 9 e 42 della Costituzione*"[54]; dall'altra, dichiara che l'accesso indifferenziato alla spiaggia è da intendersi come diritto a tutela delle fasce deboli e povere della popolazione[55].

5. *Uno sguardo al concreto: il PUAD della Regione Campania ed i bandi 2025 di Roma Capitale per le concessioni sul litorale di Ostia*[56]

Sul piano applicativo, uno sguardo molto rapido, e "di prossimità", sulla prassi seguita da due Amministrazioni rivierasche, rende più chiara la situazione relativa al libero accesso agli arenili, sia quando l'accesso è realizzato attraverso spiagge "libere" (cioè non in concessione a privati), sia quando si realizza attraverso accessi e varchi pub-

[52] C. di S., VI, Ord. 10.6.2015 n. 2543.

[53] C. di S., VI, Ord. ult. cit.

[54] Così TAR Napoli, VII, Ord. 1.2.2024 n. 242 e 22.8.2024 n. 4651. Il TAR richiama anche SS.UU. n. 3665/2011 e C.G.Si. n. 990/22.

[55] TAR Napoli, VII, Ordd. nn. 1499 e 1498 del 30.7.2024, conf. nel merito – sia pure ai fini della sola soccombenza virtuale – da Sent. 10.3.2025 n. 1988 e 17.3.2025 n. 2206. Ben più diffusamente sempre la VII Sezione del TAR Napoli nn. 869 e 870 del 6.2.2026.

[56] È chiaro che saranno adottati una serie di altri PUAD (ad es. Regione Puglia con Determinazione Dirigenziale N. 00251 del 16/04/2025; Abruzzo DGR n. 7436 del 10.4.2025), e presumibilmente interverrà uno schema tipo ministeriale per bandi di gara e Piani Attuativi. Credo tuttavia che non verranno toccati i limiti di utilizzo della battigia e la gratuità del loro utilizzo. I provvedimenti che seguono costituiscono dunque semplici esempi storici, presumibilmente non più validi ed efficaci.

blici o in concessione per il raggiungimento della battigia (in genere, 5 m dalla linea di contatto col mare).

Iniziando da un compiuto e completo atto di Pianificazione regionale, può prendersi in considerazione il PUAD della Regione Campania[57], il cui articolo 2 (delle Disposizioni generali) è interamente dedicato alle necessarie definizioni[58]; mentre il successivo art. 3 si occupa diffusamente di dare indicazioni ai comuni campani anche e soprattutto in tema di accessi liberi alla battigia[59].

[57] Piano di Utilizzazione delle Aree Demaniali Marittime della Regione Campania, adottato con delibera di GR n. 712 del 20.12.2022 e successivamente approvato dal CR il 23.4.2024 e pubblicato sul BURC n. 34 del 29.4.2024.

[58] Come già indicato nella precedente Nota n. 34, il PUAD è in fase di revisione, tuttavia le Disposizioni che seguono sono indicative della volontà di definizione delle posizioni soggettive in discussione. Art. 2 Disp. Gen. PUAD Campania "a*) **battigia**: la prima fascia di demanio marittimo immediatamente prospicente la linea di costa, individuata in 5 metri lineari dal limitare del mare, eccezionalmente ridotti a 3 metri lineari tenuto conto della situazione orografica e nel caso in cui la profondità dell'area concessa sia inferiore a metri lineari 20,00; b)* **soggiorno all'ombra**: *la seconda fascia di profondità variabile successiva alla battigia, parallela al mare, destinata alla sistemazione di dispositivi di ombreggiatura; c)* **stabilimenti balneari**: *strutture, poste di norma su aree oggetto di concessione demaniale marittima, attrezzate per la balneazione, ed eventualmente dotate di annessi servizi di ristorazione, bar, intrattenimento, attività ludico ricreative; d)* **spiaggia libera**: *area demaniale marittima idonea per la balneazione e disponibile liberamente e gratuitamente all'uso pubblico; e)* **spiaggia libera attrezzata**: *area demaniale marittima affidata in gestione a ente pubblico o soggetto privato che eroga servizi legati alla balneazione direttamente o con affidamento a terzi, garantendo gratuitamente i seguenti servizi minimi: pulizia, sorveglianza, salvamento, servizi igienici e docce. f)* **servizi di spiaggia**: *l'insieme delle strutture e attrezzature connesse all'attività dello stabilimento quali depositi per sedie, ombrelloni ed altri arredi mobili; ufficio del gestore; cabine, spogliatoi; servizi igienici; tende; capanne; servizi di ristorazione, bar o chioschi o ogni altro servizio assimilabile;* **concessione demaniale marittima**: *il provvedimento amministrativo che legittima l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali marittimi; h)* **attività turistico-ricreative**: *le attività di cui all'art. 1 del D.L. 400/93, convertito in L. 494/93*".

[59] Qui di seguito si sintetizzano le Disposizioni più rilevanti sul punto: Art 3 "*1. Nel rispetto del comma 254, art. 1, Legge 27 dicembre del 2006, n. 296, al fine di individuare un corretto equilibrio tra le aree concesse a soggetti privati e gli arenili liberamente fruibili, di stabilire le modalità e la collocazione dei varchi necessari per il libero e gratuito accesso e transito e per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione. In particolare, in ciascun comune: a) devono essere mantenute aree di libera e gratuita fruizione nella misura non inferiore al 30% della lunghezza degli arenili e del 30% delle altre superfici demaniali utilizzabili a fini di balneazione. Tali percentuali devono essere calcolate escludendo i tratti di costa alta e non usufruibili per la presenza di scogliere, le aree adibite a vie d'accesso per*

Come può facilmente vedersi, la Regione Campania si impegna fortemente sia nell'imporre una fascia di libero transito molto ampia, sia nell'imporre una percentuale di aree libere di almeno il 30% del litorale comunale, e comunque in ambiti demaniali in prossimità con i centri abitati, onerando i comuni ad esercitare i servizi di pulizia, servizi igienici e di salvamento nelle aree libere; mentre i concessionari sono tenuti a rendere "*chiaramente individuabili gli accessi al mare*"[60].

Si tratta di disposizioni precise e sufficientemente dettagliate: manca però l'obbligo di una diretta cartellonistica a carico dei concessionari, che spieghi ai cittadini (ed ai turisti) i propri diritti ed i relativi limiti di esercizio ed utilizzo, tanto delle aree in concessione, quanto del libero uso delle spiagge e della battigia.

Ciò che infatti sembra essere nuovamente carente è la trasparenza mediante un'informazione obbligatoria e diretta, che si traduca nell'obbligatorietà dell'informazione alla cittadinanza ed ai turisti, che diversamente risultano esposti ad abusi e pretese infondate da parte di approfittatori, mancando una chiara pubblicità per "ricordare" a tutti diritti ed obblighi reciproci.

Manca infatti la definizione dei diritti e delle facoltà di utilizzo del demanio in concessione ad altri: qui è chiaro che la norma della L. 217/11 (art. 11) e della L. n. 296/06 (art. 1, co. 251) – che autorizza l'accesso, il transito e la balneazione – non è sufficientemente detta-

le persone a ridotta capacità motoria, le aree a pericolosità/rischio idrogeologico elevato e molto elevato …; b) devono essere individuate, negli ambiti demaniali, principalmente in prossimità dei centri abitati, una o più aree da destinare a spiaggia libera e/o a spiaggia libera attrezzata di facile accesso con caratteristiche ambientali, paesaggistiche e di balneazione tali da garantire alla libera utenza una fruizione dei tratti di costa di pari pregio e bellezza; c) i Comuni assicurano il decoro, la pulizia, nonché i servizi igienici e di salvamento nelle spiagge libere; d) devono essere previste le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratuito accesso e transito per il raggiungimento della battigia prevedendo, compatibilmente con l'orografia dei luoghi, un percorso di accesso almeno ogni 200 metri lineari di fronte mare. …; devono essere individuate aree in cui sia consentita la presenza di animali d'affezione; f) in osservanza degli obblighi dettati dalla lettera e), comma 1, art. 3, D.L. 400/93 convertito in L. 494/93, come novellato dal comma 251, art. 1, L. 296/2006, i titolari delle concessioni devono rendere chiaramente individuabili gli accessi al mare".

[60] Siamo in presenza quindi di una funzione obbligatoria di gestione e controllo del territorio comunale, dal quale gli enti esponenziali non potrebbero in alcun caso sottrarsi, né invocare scusanti per l'ipotesi di improvvisi "iperaffollamenti" e carichi straordinari (economici o di personale) per garantire sicurezza e/o servizi di vigilanza e pulizia. Né più e né meno di quanto avviene obbligatoriamente per strade, piazze, ecc. del demanio stradale.

gliata per risolvere gli inevitabili (e frequenti) conflitti tra gestori e cittadini (e turisti) sulle dinamiche concrete dei reciproci rapporti di notoria contrapposizione: il che avrebbe richiesto un ben diverso inquadramento del pur affermato diritto allo svago, del quale la balneazione è sicura espressione "marina"[61], nonché per la promozione dell'attività sportiva, di recente costituzionalizzata dalla L. Cost. 26.9.2023 n. 1.

Meglio, sotto questi profili critici della trasparenza-pubblicità e della specificazione delle attività consentite sulla battigia anche se in concessione, l'approccio di alcune *lex specialis* delle gare recentemente indette dalle amministrazioni comunale, tra cui ad esempio quelle di cui ai Bandi del 14.2.2025, pubblicati da Roma Capitale, relative all'assegnazione di spiagge libere (da attrezzare) e di arenili in concessione ordinaria lungo il litorale di Ostia[62].

Qui viene proprio esclusa dalle concessioni la fascia di 5 m della battigia, divenendo così quest'ultima un'area libera e priva della "giurisdizione" del concessionario, che deve comunque garantirne l'accesso a chiunque (art. 7 del Bando). In questo modo il concessionario non potrà obiettare alcunchè riguardo all'uso della fascia dei 5 metri, essendo questa definitivamente esclusa dalla sua concessione.

Quanto alla trasparenza-pubblicità, l'art. 7, lett. X, n. 2, del Disciplinare – Convenzione specifica l'obbligo, per gli affidatari della spiaggia libera attrezzata, di installare cartelloni con l'indicazione di "*spiaggia libera con servizi – ingresso libero*"; mentre l'art. 3.7 del Disciplinare-Convenzione stabilisce che il concessionario ha l'obbligo di garantire "*l'effettività del diritto di libero accesso alla spiaggia, mediante l'eliminazione di ogni tipo di ostacolo (quali inferriate, telai, pannelli o barriere) che impedisca l'accesso libero e gratuito all'arenile; – la trasparente e chiara comunicazione delle modalità di accesso alla spiaggia, al fine di tutelare i diritti dei bagnanti, attraverso l'apposizione di cartelli uniformi con caratteri ben visibili e almeno in due lingue. I cartelli dovranno essere collocati in posizione ben visibile e dovranno indicare il*

[61] Per il diritto allo svago (riposo e tempo libero) si v. art. 24 della Dichiarazione Universale Diritti Umani. Per lo sport. Art. 33 Cost.

[62] Bandi peraltro inizialmente sospesi, pur in assenza di precedenti concessionari e pur qualificati come bandi-ponte in attesa del PUA, con Ord. TAR Roma, V ter, 13.3.2025 n. 1660, a motivo della durata inferiore a quella prevista a livello nazionale di 5 anni. Con successiva Ordinanza n. 1150 del 26.3.2025, la VII Sez del Consiglio di Stato ha riformato la Decisione di I grado, riattivando i Bandi per le concessioni, a motivo della prevalenza dell'interesse pubblico allo svolgimento delle gare e della non lesione ai principi della concorrenza e *par condicio*.

libero accesso all'arenile per scopi di balneazione, nonché la possibilità di rivolgersi agli esercizi commerciali presenti per usufruire dei relativi servizi".

Sembra però che analoga disposizione non vi sia, e ve ne sarebbe stata necessità, per la gara delle 31 concessioni ordinarie; mentre è incomprensibile (forse) la norma sanzionatoria che commina la decadenza dalla concessione solo in caso di violazione per tre volte (!) del divieto di preposizionamento di attrezzature balneari sulla spiaggia libera (art. 3.7 u.c.).

Si badi infatti che la giurisprudenza[63] ammette serenamente l'esistenza di un potere di controllo generalizzato da parte dei comuni sull'adeguamento dei concessionari agli obblighi di legge, a cominciare dal libero accesso agli arenili, ed ai connessi poteri sanzionatori: ci si aspetterebbe pertanto una maggiore attenzione e severità per la garanzia dei pubblici ed indifferenziati usi degli arenili, ultimo residuo di un diritto di cittadinanza fortemente compresso in pochi metri dal mare e senza alcuna specificazione in tema del loro possibile utilizzo.

Una nota positiva riguarda infine l'accesso facilitato ed organizzato per i portatori di disabilità, inserito sia nel PUAD della Regione Campania (art. 3, co. 1, lett. a), sia nelle gare di Roma Capitale (art. 3.7 del Disciplinare di gara), quale obbligo del concessionario, autonomo e distinto da quello di garantire l'ordinaria effettività del raggiungimento della battigia. Si tratta di diritti di accesso peraltro già fissati dalla legge (sia dall'art. 23, co. 2, della L. n. 104/92, sia dall'art. 4, co. 6, lett. b) ed e), della L. n. 118/22, come modificato dalla L. n. 166/24) che individuano uno speciale e più ampio diritto di accesso al demanio marittimo, che – in applicazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. – deve essere garantito con priorità e gratuità effettive da parte di "chiunque", amministrazioni e/o concessionari, si trovi ad occupare e decidere gli utilizzi del demanio marittimo.

Occorre nondimeno che vengano specificati e dettagliati i cd. diritti di balneazione e cioè quelli concretamente esercitabili da chiunque sulla fascia libera della battigia: in essi infatti, in applicazione di un principio di minima logica equitativa, andrebbero ricompresi quantomeno l'uso di ombrelloni leggeri e di appoggio degli effetti personali: diritti senza i quali l'uso balneare consentito dalla legge sarebbe ovviamente impossibile. Tenuto anche conto che l'art. 11, co. 2, lett d) della L. n. 217/11 parla di diritto assoluto, libero e gratuito, di fruizione della battigia: e non c'è dubbio che la fruizione sia concetto ampio, ma da precisare e pubblicizzare adeguatamente.

[63] Per tutte, TAR Napoli, VII, 26.4.2024 n. 4658.

È infatti urgente una loro definizione giuridico-legale, allo scopo di evitare soprusi e conflitti tra cittadini e concessionari e per garantire quel bilanciamento di interessi così essenziale nella contesa sociale che le nuove concessioni e gli inasprimenti eurounitari certamente determinano e determineranno in futuro.[64]

Di tali conflitti sono esempio persino alcune Determinazioni amministrative, che si caratterizzano per la manifesta illogicità, irragionevolezza e mancanza di proporzione, nonché per la negazione giuridica del diritto alla balneazione del "chiunque", come espressione del diritto di accesso, entrambi normativamente riconosciuti. Ad esempio, l'Ordinanza Balneare del Comune di Rimini n. 1 del 2025 e n. 1 del 2026[65], secondo la quale: la battigia (per 5/20 m) è "*destinata esclusivamente al libero transito, con divieto di permanenza, ad eccezione dei mezzi di soccorso ed in essa è vietata la sosta per prendere il sole*". E, se non bastasse: "*anche la fascia ulteriore di spiaggia non in concessione antistante gli stabilimenti balneari è riservata unicamente al transito ed in essa è vietata la sosta per prendere il sole*". Con la conseguenza che una famiglia potrebbe essere "cortesemente" allontanata dalla battigia perché in quella fascia non può sostarvi nessuno: avrebbe dovuto invece continuare a camminare all'infinito, come in un girone dantesco, e procedere ad una balneazione itinerante e soprattutto "vestita", non potendo occupare la battigia neppure con un telo o lasciare gli indumenti[66]. Sicché l'unico diritto civico che si rischia di veder riconosciu-

[64] A cominciare dall'annosa questione degli accessi privati a piccole spiagge, che se esercitati da tempo immemorabile dalla cittadinanza indifferenziata, sono attratti nel regime delle servitù pubbliche e dunque devono essere lasciati accessibili a tutti (cfr. Cass. Civ., VI, 16.10.2017 n. 24390); ma che se al contrario sono riservati con continuità alla sola fruizione privata, soprattutto se ne esistono altri entro i 200 m (v. ad es. PUAD Reg. Camp. Cit. art. 3, co. 1, lett. d) ben possono essere lasciati tal quale, come accertato dalla giurisprudenza sul punto, la cui interpretazione non muta con l'applicazione della Direttiva Bolkestein, non essendo beni suscettibili in se di sfruttamento economico imprenditoriale: cfr. ad es. TAR Palermo, II, 11.2.2016 n. 836 e giur cit.

[65] Come ampiamente denunciato dalla stampa: cfr. Resto del Carlino del 3.6.2025: https://www.ilrestodelcarlino.it/rimini/cronaca/turisti-cacciati-battigia-gtyhkinr; Corsera: corrieredibologna.corriere.it/notizie/cronaca/25_giugno_03/rimini-bagnanti-allontanati-dalla-battigia-qui-non-potete-stare-ma-l-ex-assessore-li-difende-concessioni-balneari-scadute-e36bf21d-8793-456e-a6e6-906828ad6xlk.shtml

[66] A norma dell'Ordinanza balneare del Comune di Castel Volturno n. 132 del 6.8.2025, nella fascia dei 15 m. dalla battigia sarebbe addirittura vietato lasciare l'asciugamani e la stessa permanenza fisica delle persone: con intuitiva impossibilità di esercitare il legittimo uso balneare della battigia riconosciuto ex lege e dalla stessa Regione

to nella pratica, è il transito in quanto tale. Occorre quindi giungere all'attivazione di meccanismi legislativi primari che tutelino il cittadino ed i suoi diritti civici su beni del demanio naturale[67], che sono propri della cittadinanza, dalla sopraffazione che alle volte giunge persino da quella che – un tempo – poteva definirsi come amministrazione demaniale pubblica.

E tuttavia "*la libertà di accesso al mare senza limitazioni, quale fattore reale di contrasto alle diseguaglianze sociali che si svolge attraverso il pieno e libero godimento del patrimonio inestimabile che il mare e la sua possibilità di fruizione in sé rappresentano in connessione al pieno sviluppo della persona umana e con il diritto alla salute*" [68] rappresenta pur sempre il confine del potere pubblico di regolamentazione e, al tempo stesso, ferma le velleità patriarcali o lucrativo-concorrenziali di gestione di un bene che non sarà mai di esclusiva proprietà o di possesso individuale.

Campania, che all'art. 2, co. 2, del PUAD cit. vieta esclusivamente l'occupazione della fascia dei 5 m dalla battigia "con la sosta o la presenza di attrezzature ed oggetti di ogni tipo che compromettano il libero transito, fatti salvi i mezzi di soccorso".

[67] A questo proposito occorrerà iniziare una verifica dei presupposti per invocare la ragion di stato costituita da quella sedicente "sicurezza", che ormai copre ogni azione della p. A. in deroga dalle procedure e diritti individuali, più volte invocata ad ogni latitudine del Paese. Invocazione alla sicurezza che peraltro paralizza Giudici e Corti di Giustizia, e sembra oggi essere diventata, e non certo esclusivamente per il demanio, l'incarnazione di un interesse pubblico assoluto, ma spesso di comodo, quando non strumento di politica sopraffazione: si v. nelle more G.P. Mancini, Potere amministrativo di emergenza, Napoli, 2023, pp. 215 e ss.

[68] Si v. TAR Napoli, VII, 17.7.2025 n. 5362 e 6.2.2026 nn. 869 e 870 cit.

Massimo Sciarretta

Natura, società e istituzioni nell'Era della Tecnica

Abstract

La Rivoluzione tecnologica è l'aspetto che più di ogni altro caratterizza l'epoca che definiamo contemporanea, in virtù degli effetti stravolgenti che ha avuto sull'ambiente che ci ospita, sulla nostra maniera di intendere la società e sulle istituzioni che dovrebbero regolare quest'ultima.

The technological revolution is the aspect that more than any other characterizes the era that we define as contemporary, by virtue of the overwhelming effects it has had on the environment that hosts us, on our way of understanding society and on the institutions that should regulate it.

Parole chiave: Età contemporanea, Rivoluzione tecnologica, limiti dello sviluppo
Key-words: Contemporary Age, Technological Revolution, Limits of Growth

Sommario: 1. L'Età contemporanea: una periodizzazione – 2. Non la modernità, ma la Tecnica – 3. Tecnica e regime di accumulazione – 4. La Natura come deposito – 5. Conclusioni

1. *L'Età contemporanea: una periodizzazione*

L'Età contemporanea è l'età storica che nella periodizzazione tradizionale segue l'Età moderna e si estende sino al tempo presente. Detto così, sembrerebbe tutto facile. Tuttavia, il concetto di "contemporaneità" è una linea del tempo non solo destinata a slittare in avanti con lo scorrere delle lancette, ma anche ad essere ridisegnata nei suoi lineamenti in virtù della rilevanza e durevolezza delle dinamiche storiche. La storia contemporanea, infatti, deve distanziarsi dalla cronaca che riguarda l'attualità, ma deve anche guardarsi le spalle dal passato che la precorre, mediante una costante opera di rielaborazione del passato alla luce del presente.

Come individuare negli avvenimenti trascorsi cesure utili a comprendere l'ingresso nella nuova era? E ancora: se – concordemente con Geoffrey Barraclough – gli unici eventi del presente a poter essere oggetto di analisi storica sono quelli che abbiano assunto chiara fisionomia, dov'è possibile rinvenire tale evidenza nel vortice indistinto di avvenimenti che si susseguono a un ritmo sempre più forsennato?

La tesi che proveremo ad argomentare è che viviamo in un tempo di lungo periodo dominato dall'elemento della Tecnica, con risultati stravolgenti sull'ambiente che ci ospita, sulla nostra maniera di intendere la società e sulle istituzioni che dovrebbero regolare quest'ultima.

Qui è bene capirsi. Nonostante in antichità la natura fosse ovunque concepita come sacra, fonte primaria di indirizzo riguardo alle decisioni da prendere, sfondo immutabile da preservare per le generazioni future e per la natura stessa, già all'inizio del Neolitico, circa 8.000 anni fa, si ebbero i primi tagli su larga scala delle foreste primitive. Con la nascita dell'agricoltura e dell'allevamento, infatti, disboscamenti dissennati liberarono spazio a territori coltivabili in Europa, Asia, Medio Oriente, permisero la lavorazione dei metalli, la costruzione di navi per il commercio o la guerra, l'edificazione di case, ambienti riscaldati, piatti caldi da cucinare.

Si tratta di una trend che prosegue nel periodo di auge del mondo greco, laddove metropoli come Atene e Corinto venivano descritte come afflitte da fenomeni di affollamento, inquinamento di acqua e aria, criticità del sistema fognario e dello smaltimento dei rifiuti.[1]

Alla stessa maniera, all'epoca del grande sviluppo demografico di Roma, un vero e proprio assalto generale alla foresta distrusse buona parte delle "terre vergini". La Cloaca Massima dell'antica Urbe, nata originariamente come canale di drenaggio a cielo aperto per prosciugare le valli paludose tra i colli di Roma e convogliare i torrenti naturali verso il Tevere, divenne in seguito "la fogna più grande" dell'antichità, con una portata che ampliava il proprio raggio in maniera direttamente proporzionale allo sviluppo della caput.

Se da un punto di vista concettuale le cose sembrerebbero differenti, sotto l'aspetto pratico, insomma, non pare esserci grande distinzione tra mondo antico e moderno nel modo di porsi nei confronti della natura e di ciò che essa offre. Ciò che cambia, invece, è la virulenza con la quale l'essere umano diviene capace di determinare i destini della natura e, con essa, della società e della politica.

Sin dall'epoca dei greci, pensatori come Sofocle ritenevano che la capacità della *téchne* umana non conoscesse limiti, se non quelli posti dalla morte, alla quale tendeva però a sottrarre sempre più potere,

[1] Illuminante, a tal proposito, è il riferimento alle parole di Platone che, nel *Crizia*, individuava nel dilavamento del suolo, nel disboscamento e nella contrazione delle risorse idriche le cause che hanno reso arida l'Attica, terra un tempo ricca di fertili pianure e di imponenti montagne coperte di foreste, di acque e di pascoli abbondanti.

attraverso la medicina. È quanto il poeta fa dire al Coro nell'*Antigone*, allertando sull'aspetto tremendo (*deinós*) dell'essere umano:

> Molte sono le cose tremende, / ma nulla è più tremendo dell'uomo, / che valica il mare candido di schiuma / al soffio tempestoso del vento del Sud, / fendendo il fragore delle onde, / e travaglia al giro degli aratri, di anno in anno, / la più eccelsa tra gli dei, / la Terra eterna, infaticabile, / e la rivolta con la stirpe dei cavalli; […] Mai senza risorse / affronta il futuro, e soltanto dall'Ade / non avrà scampo; / ma ha inventato rimedi / a malattie inguaribili.[2]

Tuttavia, nonostante l'osservazione visionaria di Sofocle, fino a un certo punto della storia gli elementi naturali risultano dominanti rispetto all'agire umano. Come osserva Yuval Harari, nel passato, quasi tutto ciò che gli uomini avevano fatto derivava dall'energia solare catturata dalle piante e convertita in potenza muscolare:

> Di conseguenza si può dire che la storia umana è stata dominata da due cicli principali: il ciclo di crescita delle piante e il ciclo periodico dell'energia solare (giorno e notte, estate e inverno). Quando la luce del Sole era scarsa e quando i campi di grano erano ancora verdi, gli umani disponevano di poca energia. I granai erano vuoti, gli esattori delle imposte erano inoperosi, i soldati avevano difficoltà a spostarsi e a combattere, e i re tendevano a conservare la pace. Quando il Sole splendeva e il grano maturava, i contadini facevano il raccolto e riempivano i granai. Gli esattori delle tasse correvano a sollecitare quanto dovuto. I soldati flettevano i muscoli e affilavano le spade. I re riunivano i consigli e pianificavano le loro prossime campagne. Tutti erano alimentati dall'energia solare, catturata e confezionata in termini di grano, riso e patate.[3]

Come ci dice Harari, già millenni prima di quella che definiamo Rivoluzione industriale, gli umani sapevano far uso di una grande varietà di fonti energetiche (bruciavano il legno per fondere il ferro, scaldare le case e cucinare, mentre le navi a vela imbrigliavano la potenza del vento e solcavano i mari, e i mulini catturavano il flusso d'acqua dei fiumi per macinare il grano). Tuttavia, l'uomo restava ostaggio di siffatti fonti d'energia, giacché le piante non erano disponibili ovunque, il vento poteva non soffiare quando ce n'era bisogno, e la potenza idrica era utile solo se si abitava accanto a un fiume. Senza parlare dell'incapacità di convertire un'energia in un'altra.

A partire da un certo punto della nostra storia, però, l'uomo pro-

[2] Sofocle, *Le tragedie. Aiace, Trachinie, Antigone, Elettra, Edipo re, Filottete, Edipo a Colono*. Nuova traduzione e cura di Angelo Tonelli, Venezia, 2004, 207-8.

[3] Y. N. Harari, *Da animali a dèi*, Milano, 2014, 226.

meteico si è liberato dalle catene dello stato di necessità ed ha rubato agli dèi il sacro fuoco della Tecnica, dando origine ad un "sole artificiale" che ha stravolto ritmi millenari; e le città, mano a mano, sono divenute – come la prima *Ville lumière* – il simbolo di una civiltà sempre "accesa", in frenetica attività, a modellare abitudini di vita e mondo circostante.

Come spesso accade nella storia dell'uomo, le cose iniziano a cambiare prima nella testa che nella pratica. Circa cinque secoli fa, spinto dalla volontà di emanciparsi dallo stato di perenne dipendenza, l'essere umano ha dato avvio a quella che siamo soliti definire Rivoluzione scientifica, la quale fu una trasformazione radicale nel pensiero, molto prima di diventare una rivoluzione dell'azione, dal momento che ha prodotto un mutamento nella visione del mondo partendo dalla messa in discussione degli elementi metafisici, in favore del metodo basato sulla conoscenza.

Oltre a superare il sapere tradizionale basato sull'autorità dei testi antichi per fondarsi sull'esperienza diretta del dato empirico, la Rivoluzione scientifica ha condotto a un cambio di paradigma per quel che concerne il rapporto con i tempi storici. Prima di quel momento, le culture umane non credevano nel progresso, ritenevano che l'Età dell'oro risiedesse nel passato, e che il mondo vivesse nella stagnazione, se non nel deterioramento. I progressi ottenuti con il metodo empirico crearono, al contrario, il terreno di coltura propizio all'accantonamento della convinzione culturale basata sul tempo ciclico in favore di una tripartizione "progressiva" che vedeva nel passato l'ignoranza, assegnava al presente il compito della ricerca e guardava al futuro come progresso certo.

Se questo periodo iniziato con Galilei tra XVI e XVII secolo ci ha dotato di molti nuovi strumenti mentali, non è, tuttavia, in quest'epoca che la scienza viene messa in correlazione con la tecnologia. Ricerca scientifica e strumenti tecnologici viaggeranno ancora su binari differenti fino a quando – in concomitanza con quella che viene chiamata Rivoluzione industriale, ma che oggi, con più chiarezza, dobbiamo definire Rivoluzione tecnologica – le invenzioni della scienza non troveranno traduzione quasi naturale in marchingegni atti a trasformare la realtà circostante per piegarla alle esigenze umane.

Qui è rinvenibile, a mio avviso, il momento sorgivo dell'epoca contemporanea, quando, cioè, la scienza e la tecnologia iniziano a formare un connubio inscindibile, che oggi induce, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato, gli stati moderni e le grandi corporation – ognuno secondo le proprie occorrenze – ad appellarsi agli scienziati affinché forniscano soluzioni in campi che vanno dall'ener-

gia alle armi, passando per la medicina, la sanità e l'organizzazione (nonché il controllo) delle comunità.

2. *Non la modernità, ma la Tecnica*

Eric Hobsbawm individuava l'inizio dell'età contemporanea nella combinazione tra la Rivoluzione industriale (in campo economico e sociale) e la Rivoluzione franco-americana (in quello politico e ideologico) avvenuta tra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento.[4]

Per lo storico britannico, il mondo nuovo emergeva da una «duplice Rivoluzione», dall'intreccio, cioè, tra una rivoluzione industriale che, muovendo dall'Inghilterra, trasformava non soltanto la realtà economica, ma anche quella sociale, e creava i presupposti per il protagonismo di nuovi attori che spingevano affinché al riconosciuto ruolo di primo piano in campo economico-sociale iniziasse a corrispondere anche un equivalente potere in ambito politico. E una rivoluzione politica che – spinta da tali trasformazioni – cambiava il mondo non solo nel modo di produrre, ma anche in quello di pensare e di vivere in società, rispondendo in maniera traumatica e radicale alla famosa osservazione che l'abate Emmanuel Joseph Sieyès aveva sollevato ai suoi connazionali in un opuscolo scritto nel gennaio del 1789:

> che cosa è il Terzo Stato? È l'unica classe che sostiene l'intera economia con il lavoro, le tasse e le attività produttive. Che cosa è stato finora nell'ordinamento politico? Nulla.[5]

Eppure, non possiamo non constatare come siano, oggi, in numero esiguo i paesi che si basano sul modello istituzionale dello Stato di diritto e sui principi germinati dal 1789, mentre non vi è nazione sulla terra che non adotti la Tecnica come fondamento del suo operare. A un'analisi retrospettiva, infatti, la portata di lungo periodo della modernità politica non regge il confronto con il peso avuto nel mondo dallo sviluppo produttivo a guida tecnologica iniziato con il *tack-off* industriale. È, anzi, probabilmente siffatta assonanza tra Stato di diritto ed economia del profitto a guida tecnologica ad avere prodotto effetti nefasti sulla reputazione e, quindi, sulla resa di lungo periodo del primo, tanto sotto il profilo ideologico, quanto sotto l'aspetto pratico. Mi spiego.

Dal punto di vista ideologico, fuori dal mondo europeo e norda-

[4] Cfr. E. Hobsbawm, *Le rivoluzioni borghesi, 1789-1848*, Parma, 2016.
[5] Cfr. E. J. Sieyès, *Che cosa è il Terzo Stato?* Torino, 1989.

mericano, più che un elemento di affrancamento dal giogo coloniale, la triade *liberté-fraternité-égalité* ha rappresentato il perpetuarsi di tale giogo sotto mentite (e per questo ancor più perniciose) spoglie.[6] A tal riguardo, Gennaro Ascione osserva «come ogni mito che si rispetti, anche quello della modernità non può eludere la fondamentale questione delle origini. Il pensiero europeo racconta la storia dell'emancipazione ancorandone la progressiva affermazione ad una struttura narrativa che assume il protagonismo della razionalità come lotta per l'autodeterminazione del soggetto e, per estensione analogica, delle nazioni e dei popoli».[7] E, sotto questo profilo, la Rivoluzione francese rappresenta il totem attorno al quale si è costruita e si celebra da secoli una concezione di modernità che, in realtà, è appannaggio soltanto dei popoli conquistatori e che, anzi, è tale proprio in virtù dell'accumulazione originaria conseguente al saccheggio di popolazioni altre e, per questo, diviene operazione antimoderna, nella misura in cui nega nei fatti l'universalismo del quale si fa portatrice.

Scrive Jean-Paul Sartre nella prefazione a *I dannati della Terra* di Fanon:

> Nelle colonie la verità si presentava nuda; le «metropoli» la preferivano vestita; bisognava che l'indigeno le amasse. Come madri, in certo modo. L'élite europea prese a fabbricare un indigenato scelto; si selezionavano gli adolescenti, gli si stampavano in fronte, col ferro incandescente, i principi della cultura occidentale, gli si cacciavano in bocca bavagli sonori, parole grosse glutinose che si appiccicavano ai denti; dopo un breve soggiorno in metropoli, li si rimandava a casa, contraffatti. Quelle menzogne viventi non avevano più niente da dire ai loro fratelli; risonavano; da Parigi, da Londra, da Amsterdam noi lanciavamo parole: «Partenone! Fratellanza!», e da qualche parte, in Africa, in Asia, labbra si aprivano: «… tenone! lanza!». Erano i tempi d'oro. […] Finirono: le bocche s'aprirono da sole; le voci gialle e nere parlavano ancora del nostro umanesimo, ma era per rimproverarci la nostra inumanità.[8]

Secondo il sociologo peruviano Aníbal Quijano, forte del suo potere, l'Europa (ma, *mutatis mutandis*, il discorso può essere dal Novecento allargato all'occidente in senso più ampio) ha imposto una nar-

[6] In realtà, questa perdita di autorevolezza ha pervaso anche paesi centrali del continente europeo nella prima metà del Novecento, dando la stura a numerosi e noti progetti di società alternativi.

[7] G. Ascione, *America latina e modernità. L'opzione decoloniale, saggi scelti,* Salerno, 2014, 30.

[8] J.P. Sartre, *Prefazione* in Frantz Fanon*, I dannati della Terra,* Torino, 2000, XLI.

razione della propria esperienza storica locale come unico cammino universale e lineare valido per l'intera umanità, vendendo la prospettiva politico-culturale specifica dell'Europa (universalità astratta) come realtà storica globale (mondialità concreta).[9]

E venendo, pertanto, proprio all'aspetto pratico, l'assoggettamento di intere popolazioni in semi-schiavitù, le logiche estrattive quando non predatorie, gli scompensi demografici, gli scambi diseguali, la segregazione razziale, la dipendenza economica hanno prodotto una disaffezione verso il modello occidentale *tout-court* che si è trasformata in aperta avversione in concomitanza con il processo di liberazione nazionale che ha toccato i paesi coloniali in Africa ed Asia, nel post-1945, che non si è certo sopita nel periodo attuale di epocale spostamento dell'asse egemonico mondiale da occidente verso oriente.

Tuttavia, tale allontanamento ha colpito il paradigma politico più di quello economico, se è vero che nella stragrande maggioranza del pianeta il modo di produzione vigente è imperniato su di un sistema che se non vogliamo nominare capitalistico in virtù delle sue implicanze politico-ideologiche, possiamo comunque definire come "regime di accumulazione". Dal sistema oligarchico russo all'economia socialista di mercato cinese, passando per le dittature di sviluppo disseminate tra paesi arabi e Sudest-asiatico, svariate sono le formule dei paesi che rifiutano il modello delle democrazie liberali occidentali, unico il concetto: regime di accumulazione in economia + autoritarismo in politica.

Proprio tale dizione ci permette di definire i termini della questione legata all'era contemporanea e di non appiattire l'aspetto della Tecnica su quello del modo di produzione capitalistico, nel senso che non è qui tanto importante individuare chi dirige e trae beneficio da siffatto sistema produttivo, quanto la qualità, o meglio, la capacità cumulativa di tale sistema che la Tecnica – e solo essa – ha potuto permettere e permette con un'efficacia, pervasività e distruttività che non hanno uguali in altre epoche storiche.

3. *Tecnica e regime di accumulazione*

Il processo cumulativo, peraltro, non riguarda soltanto i capitali, ma anche gli esseri umani. Dall'epoca della nostra origine come spe-

[9] Cfr. A. Quijano, *Colonialidad del poder,* en Lander, Edgardo (comp.) *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas.* Buenos Aires, CLACSO, 2000.

cie, circa duecentomila anni fa, all'anno 1804 la popolazione mondiale è cresciuta fino a raggiungere un miliardo di abitanti. Dall'avvento della Rivoluzione tecnologica, la popolazione è aumentata di un altro miliardo tra il 1804 e il 1927; nel 1960 ha raggiunto i tre miliardi; e, da allora, è cresciuta di un miliardo ogni tredici anni circa. Un aumento esorbitante di biomassa che porta David Quammen – autore dello studio che ha sorprendentemente anticipato di alcuni anni l'avvento della pandemia da Covid (*Spillover*) – ad affermare come ci sia una relazione diretta tra pandemie e boom demografico:

> Siamo davvero un fenomeno unico nella storia dei mammiferi e dei vertebrati in genere. A giudicare dalle testimonianze fossili, nessun altro animale di grandi dimensioni (più grande per esempio di una formica o dei crostacei di un krill antartico) ha mai raggiunto neppur lontanamente la consistenza numerica della popolazione umana odierna. […] Siamo solo cinque volte più numerosi delle nostre mucche (e probabilmente la nostra massa totale è minore, visto che loro sono ben più pesanti di un essere umano). Ma ovviamente questi animali non potrebbero essere così numerosi senza la nostra presenza. Mezzo miliardo di tonnellate di bovini allevati in modo intensivo, che si alimentano su terreni dove un tempo vivevano erbivori selvatici, sono solo un'altra forma di impatto umano sull'ambiente, una manifestazione del nostro appetito. E siamo consumatori affamati, a livelli senza precedenti. Nessun altro primate ha pesato così tanto sul pianeta, neanche lontanamente. […] Siamo un'esplosione, come una pandemia.[10]

È di tutta evidenza che ci sia una enorme differenza tra la capacità di consumo degli appartenenti alle regioni di mondo opulente e tutti gli altri. Tuttavia, il problema pandemico, così come ogni altro problema che abbia a che fare con tematiche legate all'ambiente che ci circonda, non è intrinsecamente – o logicamente – un problema di passate o consolidate ingiustizie intra-umane, ci ricorda Dipesh Chakrabarty, il quale, in maniera provocatoria osserva come, ironicamente, sia "grazie" ai poveri – e cioè al fatto che lo sviluppo è ineguale e ingiusto – se non immettiamo nella biosfera quantità di gas serra ancora maggiori di quelle odierne:

> Immaginate la realtà controfattuale di un mondo più equamente prospero e giusto formato dallo stesso numero di persone e fondato sullo sfruttamento di energia a basso costo derivata da combustibili fossili: un mondo di questo tipo sarebbe indubbiamente più egualitario e giusto

[10] D. Quamman, *Spillover*, Milano, 2014, 513-4.

– quantomeno in termini di distribuzione del reddito e della ricchezza – ma la crisi climatica sarebbe peggiore![11]

Tutto ciò ha a che fare con quella che Gayatry Spivak definisce la scioccante scoperta dell'alterità del resto del pianeta rispetto agli esseri umani, e ci fa riflettere sul fatto che – vista con gli occhi di un animale in via di estinzione – la sostanza dei fatti non cambia se ad operare il disboscamento di una foresta piuttosto che l'estrazione di minerali in una montagna sia il compagno cinese oppure il magnate statunitense.

Come già Sofocle ci aveva parlato della *téchne* in epoca antica, lo fa Stanley Kubrick risalendo addirittura all'alba della civiltà (*The Dawn of Man*), nella celeberrima sequenza in cui una scimmia tra le altre appartenenti alla grande famiglia dei primati dalla quale discendiamo, sfruttando la posizione eretta che gli permetteva di liberare due arti dalla schiavitù del movimento, utilizzando il pollice oppositore che gli consentiva di afferrare gli oggetti, e servendosi della sua capacità di immaginazione, afferra un osso di animale per colpire a morte un'altra scimmia, da quel momento divenendo detentrice del potere all'interno della comunità dei suoi simili.

Come tutti ricorderanno, quell'osso scagliato in alto dal nuovo capo diventa, attraverso un raccordo di montaggio, un'astronave che naviga nello spazio interplanetario, portando l'evoluzione dell'uomo attraverso migliaia di anni al suo apice/crepuscolo sotto il *fil rouge* della Tecnica. Se questa prerogativa umana dell'uso dello strumento tecnico rimonta alla notte dei tempi (l'Uomo, «essere mancante» vede nella tecnologia lo strumento per sopperire ai propri limiti) e ci ha permesso – essere tra i più deboli, se gettato nello stato di natura – di asservire ogni essere animato e trasformare ogni forma inanimata è, però, solo dall'inizio dell'epoca contemporanea – tra Ottocento e Novecento, quindi – che la Tecnica diviene qualitativamente e quantitativamente esorbitante.

Per ciò che concerne la prima questione, è innegabile quanto la capacità modificativa della tecnica abbia reso possibile un salto di qualità a partire dal momento in cui ha inserito nel processo produttivo l'uso della chimica (dall'Ottocento) e poi dell'energia sprigionata dalla scissione atomica (dal Novecento).

C'è, poi, un aspetto quantitativo, che non si limita ai numeri, ma agisce anch'esso sulla qualità.

Nella *Logica*, Hegel arguiva che mutamenti puramente quantitativi possono risolversi in distinzioni qualitative allorquando, all'aumen-

[11] D. Chakrabarty, *Clima, Storia e Capitale*, Milano, 2021, 35.

tare oltre misura in quantità, si produce un vero e proprio salto di qualità che trasforma radicalmente il contesto nel quale esso opera, sicché un mezzo che cresce a dismisura – com'è stato ed è tuttora per l'uso della Tecnica – smette di essere un semplice strumento per divenire un mondo nuovo che ridefinisce la realtà.

È un'osservazione che trova concorde anche Karl Marx, il quale nel *Capitale*, facendo diretto riferimento al suo ex maestro, riconosce che «mutamenti puramente quantitativi si risolvono a un certo punto in distinzioni qualitative».[12]

Siffatto "mutamento di stato" – che oltrepassando un punto nodale (il *Knauth*) trasforma la natura stessa del fenomeno in una nuova qualità – il filosofo di Treviri lo scorgeva nel denaro, che a partire dal momento in cui aumenta di flusso e importanza in maniera tale da divenire la condizione per soddisfare qualsiasi bisogno e aggiudicarsi qualsiasi bene, cessava di essere un tramite per diventare il primo fine, generatore simbolico di tutti i valori.

Orbene, la società contemporanea ha un'economia dominata dal denaro che genera denaro, altrimenti denominata finanziarizzazione, e che porta il valore stimato di un solo giorno di transazioni finanziarie a livello globale – se consideriamo anche la somma del mercato dei cambi (Forex) e delle infrastrutture di pagamento interbancarie globali (come SWIFT) – a superare abbondantemente i 30.000 miliardi di dollari al giorno, per un valore quasi pari al volume degli scambi transnazionali di merci che si sono realizzati in tutto l'arco dell'anno 2025.[13]

La Rivoluzione scientifica ha, pertanto, messo al centro della cultura umana l'aspetto della razionalità e della scientificità; e la produzione del denaro – divenuta una delle più alte forme di razionalità – ha generato la trasformazione genetica dello stesso da mezzo a fine. Nondimeno, finanche il denaro vive in una posizione di subalternità nei confronti della Tecnica, perché quest'ultima è assurta al rango di guida ideologica e pratica di uno sviluppo lineare e senza fine, *Deus ex machina* che ci fa ancora ritenere che il progresso non avrà mai fine:

> La fede del capitalismo in una perpetua crescita economica va contro quasi tutto ciò che sappiamo dell'universo. Un branco di lupi sarebbe

[12] K. Marx, *Il Capitale. Critica dell'economia politica*, Libro primo, a cura di D. Cantimori, Roma, 1974, 337 e nota 205.

[13] Secondo dati consuntivi e di fine anno provenienti dall'UNCTAD e dal WTO, la stima delle transazioni commerciali per il 2025 ha raggiunto il valore approssimativo di 35 mila miliardi di dollari. Consultabile alla pagina https://unctad.org/publication/key-statistics-and-trends-international-trade-2025. Ultimo accesso: settembre 2026.

> assolutamente folle a pensare che la disponibilità di pecore possa crescere indefinitamente. L'economia umana è riuscita nondimeno a crescere esponenzialmente nel corso di tutta l'era moderna, grazie unicamente al fatto che gli scienziati, ogni pochi anni, hanno fatto qualche nuova scoperta – come quella dell'America – o qualche nuova invenzione – come quella di un motore a combustione interna o di una pecora geneticamente modificata. Le banche e i governi stampano le monete ma, alla fin fine, sono gli scienziati che pagano il conto.[14]

Ancillare alla Tecnica non è soltanto la finanza internazionale, ma anche la politica di ogni nazione. In ambito bellico, in epoca contemporanea, la Tecnica ha creato prodigiosi strumenti in grado di dare la morte con un'efficienza mai conosciuta prima, trasformando la Grande Guerra in un conflitto di massa e di distruzione meccanizzata senza precedenti. La mitragliatrice ne ha inizialmente configurato lo scenario, trasformando i combattimenti in campo aperto dei conflitti precedenti in una interminabile guerra di trincea. E quando lo stallo sanguinoso e improduttivo si stava facendo politicamente insostenibile, furono sempre gli scienziati ai quali le classi dirigenti statali si rivolsero per far uscire dai laboratori nuove armi-prodigio. E così, se la Grande Guerra che cominciò con la cavalleria, terminò con gli arerei, la Seconda Guerra Mondiale esordì con i carri armati per finire con la bomba atomica, mentre l'odierna attivazione dei protocolli segreti di reazione in caso di attacco nucleare si basa su sensori automatici e algoritmi.[15]

4. *La Natura come deposito*

La Tecnica abbraccia anche tutti gli altri ambiti di politica nazionale e internazionale. Pensiamo al problema dei problemi: la questione ambientale.

Secondo un numero sempre più numeroso di studiosi, capitanati dal premio Nobel Paul Crutzen, l'impatto dell'impronta umana sulla biosfera è di tale portata da aver travalicato i limiti della storia per interessare quelli geologici, dal momento che – proprio a partire dal momento in cui l'uomo prometeico si è definitivamente liberato dai ceppi che lo avevano incatenato al malthusianesimo[16] affidandosi, gra-

[14] Y. N. Harari, *op. cit*., 213.

[15] Si legga, al proposito il saggio di A. Jacobsen, *Guerra nucleare. Uno scenario*, Milano, 2025.

[16] Sul punto, rimando al lavoro di D. Landes, *Il Prometeo liberato*, Torino, 2000.

zie alla Tecnica, a una logica di sviluppo senza limiti, la Terra ha cominciato ad entrare in una nuova era geologica, definita proprio per questo Antropocene.

Le radicali modifiche territoriali, strutturali e climatiche cagionate, per l'appunto, dalla continuata azione tellurica portata avanti dal suo più infaticabile abitante ed iniziate, simbolicamente, con la scoperta del motore a vapore, nel 1784[17], sono tali da cancellare anche la classica ripartizione dei tre tempi storici postulata da Fernand Braudel, dal momento che per l'autore di *La Méditerranée* le relazioni tra l'uomo e l'ambiente che si presentano quale elemento profondo dell'indagine storica (storia strutturale), pressoché impercettibile nelle loro fluttuazioni, non rappresentano più la tela di fondo all'interno della quale contestualizzare le vicende storiche di *longue durée*, ma un panorama provvisorio, cangiante come i ghiacciai che si liquefano e le foreste che scompaiono, gli oceani che si innalzano e gli eventi atmosferici estremi.

Ebbene, le classi dirigenti mondiali, consce che arrestare la via verso lo sviluppo corrisponderebbe – ciascuno per la propria nazione – a una perdita di competitività nei confronti delle altre, al di là di vuote formule e di nobili intenti, si affidano alla Tecnica per la soluzione, appellandosi alla capacità di biologi, nanotecnologi e ingegneri del clima di elaborare congegni in grado di alterare il metabolismo stesso del nostro pianeta ridisegnandone alcuni processi fondamentali. Un "buon Antropocene", insomma, chiamato Era Sintetica, che scommette sul fatto che proprio la Tecnica, dopo averci condotto nelle secche del disastro ambientale, sia l'unica a potercene tirare fuori. Ciò che fa dire al bioeticista Christopher Preston, autore di *The Synthethic Age* (Mit press, 2018):

> Antropocene è un periodo in cui abbiamo trasformato il mondo involontariamente: il riscaldamento globale non è stato un obiettivo che abbiamo perseguito intenzionalmente. La novità dell'Era Sintetica è che oggi iniziamo a riconfigurare intenzionalmente il Pianeta.[18]

La Tecnica che esonda sempre più dal suo scenario, non ha, quindi, più a che fare con l'agire umano, ma sta divenendo la forma e il modo in cui pensiamo, un mondo, che riduce tutta la natura a quella che Heidegger definiva *Bestand*, ovvero a un "deposito" di energia e

[17] Cfr. P. Crutzen, *Benvenuti nell'antropocene*, Milano, 2005.

[18] G. Aluffi, (2018, 16 maggio), La tecnologia salverà la Natura: intervista a Christopher Preston, *La Repubblica.*

materiali da sfruttare, quantificare e consumare, secondo un approccio che devasta la terra, usurando ogni materia prima, ivi compresa la materia prima "uomo".

5. *Conclusioni*

Si obietterà che il connubio scienza-tecnologia può apparire semplice (per quanto esiziale) arma nei confronti di chi se ne serve, ma così non è. Scriveva nel 1964 Herbert Marcuse nel suo *L'uomo a una dimensione*:

> I principî della scienza moderna furono strutturati a priori in modo tale da poter servire come strumenti concettuali per un universo di controllo produttivo, mosso dal proprio stesso impulso; l'operazionismo teorico finì per corrispondere all'operazionismo pratico. Il metodo scientifico che ha portato al dominio sempre più efficace della natura giunse così a fornire i concetti puri non meno che gli strumenti per il dominio sempre più efficace dell'uomo da parte dell'uomo, attraverso il dominio della natura. La ragione teoretica, rimanendo pura e neutrale, entrò al servizio della ragione pratica. La fusione si dimostrò vantaggiosa per entrambe. Oggi, il dominio si perpetua e si estende non soltanto attraverso la tecnologia ma *come* tecnologia, e quest'ultima fornisce una superiore legittimazione al potere politico che si espande sino ad assorbire tutte le sfere della cultura.[19]

A distanza di più di sessant'anni da queste riflessioni, il dominio *come* tecnologia ha conosciuto un ulteriore stadio evolutivo, che spoglia l'uomo delle sue capacità per dentro e per fuori. Con l'Intelligenza Artificiale, la tecnologia è, infatti, avviata a bastare a sé stessa. Ciò che appare la personificazione della ragione al massimo livello evolutivo è una macchina spietata che sta trasformando antropologicamente l'essere che l'ha inventata, e che ha come unico orizzonte di senso il suo perenne funzionare, il raggiungimento del massimo dei risultati con il minimo degli sforzi. Se i valori, infatti, non sono che coefficienti sociali, l'umanità appare sempre più diretta ad assorbire dalla Tecnica i valori di efficienza, funzionalità, produttività, competitività, realizzazione degli scopi, ottimizzazione del tempo, espungendo dall'universo umano tutto ciò che non ha una funzione immediatamente utile, il che, tradotto in politica, sta a significare fine delle passioni

[19] H. Marcuse, *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata*, Torino, 1967, 156.

ideali, scarsa propensione al sacrificio, assenza di solidarietà sociale verso chi si trova alla base della piramide. L'ascesa dell'era affidata ai calcoli segna il passaggio epocale da un'epoca umanistica basta sulla parola ad una in cui la dimensione della vita è ridotta a una combinazione performativa di numeri.[20]

Se, come abbiamo visto, la finanziarizzazione crea uno iato sempre più grande tra economia reale ed economia finanziaria, la rete, con la creazione della realtà virtuale, sta portando alla scomparsa dei rapporti umani di tipo emotivo fondati sulla relazione reale dei corpi. Producendo una società perennemente interconnessa, la Tecnica, inoltre, alimenta da un lato la rottura della separazione tra tempo libero e tempo di lavoro (fabbrica/casa) nata proprio con la Rivoluzione che l'ha germinata [21]. Mentre, dall'altro lato, causa una scissione tra vita pubblica e vita privata secondo la quale le persone vengono analizzate, catalogate e valutate esclusivamente in ragione della propria funzione produttiva nella società.

Nata come forma più alta di razionalità, la Tecnica si mostra, per certi versi, la negazione di un'idea compiuta di modernità nella misura in cui amplia le differenze tra umani e meccanicizza/disumanizza l'uomo preparando il terreno – attraverso la sensibilizzazione delle macchine – alla sua progressiva sostituzione. Seguendo la linea evolutiva dalla scaturigine del fenomeno, quindi, le macchine hanno dapprima sostituito le gambe e le braccia degli esseri umani, poi il cervello, e – forti della capacità di automigliorarsi (*Rsi, Recursive self improvement*) – stanno progressivamente prendendo il posto dell'uomo *tout court*, portandoci dall'autonomia all'automazione: una rivoluzione fatta dagli oggetti che, nello stesso momento in cui estende le nostre capacità, cagiona una sorta di auto-amputazione dell'essere umano.[22] Senza contare l'ultima e più inquietante ipotesi che riguarda la perdita di controllo delle macchine generate con AI, un "disallineamento" che potrebbe indurle ad agire in autotutela e, per conseguenza, ad eliminare gli ostacoli (molto spesso, gli stessi umani) che si frappongono alla soluzione di un problema, in dispregio dei principi programmati per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

Com'è noto, Walter Benjamin poneva in risalto il passato come tempo carico di tensione politica. La costante reinterpretazione di ciò che è stato – alla luce degli avvenimenti presenti – può farci apparire

[20] Sul punto, J. Cohen, *Il libro dei numeri*, Torino, 2019.

[21] Sulle dinamiche del lavoro nell'era della Tecnica consigliamo R. Donkin, *Il futuro del lavoro*, Milano, 2011.

[22] Sul punto, R. Sennet, *La Cultura del nuovo capitalismo*, Bologna, 2006.

incompiuto ciò che si riteneva assodato, in una perenne rivisitazione critica che guarda all'evolversi della storia non come inevitabilità, bensì come possibilità.

Sotto questo profilo – egli ci allertava – non è, quindi, il passato a spiegare meccanicamente il presente, ma il presente che illumina e ridisegna il passato.

Nel suo ultimo scritto (le tesi *Sul concetto di storia* del 1940), il filosofo tedesco allerta sulle conseguenze nefaste prodotte dalla convinzione in un progresso interminabile e incessante trainato dallo sviluppo tecnico («la concezione di un progresso del genere umano nella storia è inseparabile da quella del processo della storia stessa come percorrente un tempo omogeneo e vuoto», Tesi XIII).[23] E combatte per «cercare di strappare la tradizione al conformismo che è in procinto di sopraffarla» (Tesi VI).[24]

Il presente ci dice in maniera – questa sì – di "chiara fisionomia" che tutto è dominato dall'elemento della Tecnica. Augurarsi un riscatto rivoluzionario in grado di stravolgere il tempo «omogeneo e vuoto» del *progresso* forgiato dalla combinazione tra scienza e tecnologia non vuol dire, tuttavia, non riconoscerle l'attuale ruolo di protagonista della nostra epoca storica. Dopo tanto «pessimismo dell'intelligenza» (artificiale), a voler essere – con Gramsci – «ottimisti della volontà», possiamo concludere auspicando che la storia sempre *in fieri* ci riservi lo spazio per un finale diverso, ma abbiamo bisogno di darci una scossa, prima che le macchine o il pianeta decidano – per calcolo o per natura – che è giunta l'ora di continuare a vivere in nostra assenza.

[23] W. Benjamin, *Tesi di filosofia della storia*, Milano, 2012, 18.
[24] *Ivi*, 13.

Giovanni Varanese

Dalla libertà di circolazione alla portabilità dello *status*: matrimonio egualitario e diritti fondamentali nell'Unione europea

Abstract

Corte giust., 25 novembre 2025, C-713/23, *Cupriak-Trojan*, impone allo Stato membro di origine di riconoscere e trascrivere il matrimonio egualitario contratto in altro Stato membro. Il saggio la colloca nella linea che va da *Coman* a *Mirin* e vi legge il passaggio dal riconoscimento funzionale alla portabilità dello *status*, verificandone la tenuta rispetto al *downgrading recognition* dell'art. 32-*bis* della l. n. 218/1995.

In C-713/23, Cupriak-Trojan, *the Court requires the Member State of origin to recognise and register a same-sex marriage contracted in another Member State. The essay places the ruling in the line running from* Coman *to* Mirin, *reading it as a shift from functional recognition to portability of status, and tests it against the Italian* downgrading recognition.

Keywords: Portabilità dello *status* – matrimonio egualitario – cittadinanza europea.
Portability of status – *same-sex marriage* – *EU citizenship*.

Sommario: 1. La Carta dei diritti fondamentali e la continuità europea degli *status* familiari. – 2. Da *Coman* a *Mirin*: la continuità transfrontaliera degli *status* nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. La sentenza *Cupriak-Trojan*: dal riconoscimento funzionale alla portabilità dello *status*. – 4. Il modello tedesco tra apertura del matrimonio e riconoscimento internazionalprivatistico. – 5. Il sistema italiano tra unione civile e *downgrading recognition*. – 6. Osservazioni conclusive.

1. L'acquisizione da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del medesimo valore giuridico dei trattati istitutivi – per effetto dell'art. 6, par. 1, TUE, quale riformulato dal Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009 – ha determinato uno spostamento qualitativo nel modo di affrontare il problema del riconoscimento degli *status* familiari nello spazio giuridico europeo. Fino a quel momento, la questione era stata trattata prevalentemente attraverso gli strumenti del diritto internazionale privato europeo: regolamentazione uniforme dei criteri di conflitto, condizioni di riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere, limite dell'ordine pubblico nazionale come clausola di chiusura del sistema. Si

trattava di un approccio che, pur utile sul piano funzionale, lasciava intatta la diversità sostanziale degli ordinamenti nazionali e, con essa, la possibilità che lo statuto giuridico di uno stesso nucleo familiare variasse radicalmente al mutare del contesto geografico di riferimento. L'elevazione della Carta a diritto primario ha introdotto un parametro ulteriore e gerarchicamente sovraordinato: non più soltanto la questione di quale legge si applichi o quale decisione si riconosca, ma quella più radicale di quali diritti fondamentali vincolino gli Stati nell'esercizio delle competenze che i trattati hanno loro riservato in materia familiare[1].

Il nodo sistematico centrale è rappresentato dall'art. 7 della Carta, che garantisce ad ogni persona il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. La norma riproduce, nella sostanza, la formula dell'art. 8, par. 1, CEDU, del quale costituisce il corrispondente nel sistema dei diritti fondamentali dell'Unione. La clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, della Carta stabilisce che, laddove i diritti ivi garantiti corrispondano a quelli tutelati dalla Convenzione, il loro significato e la loro portata sono identici a quelli accordati dalla CEDU, ferma restando la possibilità che il diritto dell'Unione accordi una protezione più estesa[2]. Ne discende che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sull'estensione della nozione di «vita familiare» costituisce, sul piano ermeneutico, una soglia minima vincolante nell'interpretazione dell'art. 7 della Carta. Quella giurisprudenza ha da tempo chiarito – a partire dalla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 – che una relazione stabile e duratura tra persone dello stesso sesso ricade a pieno titolo nel concetto di «vita familiare» rilevante ai fini dell'art. 8 CEDU, esattamente come accade per le coppie eterosessuali *more uxorio*[3]. Ne consegue che un'interpretazione dell'art. 7 della Carta che continuasse a escludere le coppie omosessuali dal suo ambito di protezione sarebbe incompatibile con la stessa clausola di equivalenza, a prescindere dalle scelte dei legislatori nazionali in materia matrimoniale.

[1] F. Pesce, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Dir. umani dir. int*., 2016, 6 ss.; V. Scalisi, *«Famiglia» e «famiglie» in Europa*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 11 ss.; E. Bargelli, *voce Famiglia (profili di diritto europeo)*, in *Enc. dir*., *I Tematici*, IV, Milano, 2022, 435 ss.

[2] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 52, par. 3; *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUUE C 303 del 14 dicembre 2007, 17 ss.; S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int*., 2016, 802 ss.

[3] Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, §§ 93-

L'art. 21 della Carta aggiunge a questo schema una dimensione ulteriore. Il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale ivi sancito ha progressivamente assunto i tratti di un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, idoneo ad operare come parametro autonomo rispetto alle libertà di circolazione. Questo profilo è particolarmente rilevante nell'ambito che qui interessa: esso consente di valutare la conformità ai diritti fondamentali di normative nazionali che, pur non intervenendo direttamente sulla libertà di circolazione, producono effetti discriminatori in ragione dell'orientamento sessuale delle persone coinvolte. Il diniego di riconoscimento di uno *status* familiare regolarmente costituito in un altro Stato membro può così essere sindacato non soltanto quale ostacolo alla libertà di circolazione, ma come violazione autonoma del divieto di discriminazione, con conseguente ampliamento del perimetro del controllo che la Corte di giustizia è chiamata ad esercitare[4].

Questa duplice prospettiva – nascente dagli artt. 7 e 21 della Carta – pone in evidenza una tensione strutturale che attraversa l'intero sistema. Gli Stati membri hanno conservato, anche nel quadro dell'integrazione europea, una competenza esclusiva in materia di diritto di famiglia e di stato civile: né i trattati né la Carta attribuiscono all'Unione un potere normativo diretto in questo settore, come testimonia del resto la previsione dell'unanimità per le misure di cooperazione giudiziaria in materia familiare aventi implicazioni transnazionali, di cui all'art. 81, par. 3, TFUE[5]. L'art. 9 della Carta, nel garantire il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», ribadisce questo rinvio al legislatore statale. La norma si distingue tuttavia dal corrispondente art. 12 CEDU per l'omissione di qualsiasi riferimento al sesso dei nubendi: una scelta redazionale non neutra, che il *Praesidium* della Convenzione europea ha spiegato come deliberata, intesa a conferire alla previsione una portata più estesa, capace di abbracciare i casi in cui le legislazioni

94; Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ric. nn. 18766/11 e 36030/11, §§ 165-185; Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2023, *Fedotova e altri c. Russia*, ric. nn. 40792/10, 30538/14 e 43439/14; Corte EDU, 12 dicembre 2023, *Przybyszewska e altri c. Polonia*, ric. n. 11454/17 e altri.

[4] Corte giust., 17 aprile 2018, *Egenberger*, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257; Corte giust., 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43; Corte giust., 25 novembre 2025, *Cupriak-Trojan e Trojan c. Wojewoda Mazowiecki*, C-713/23, ECLI:EU:C:2025:917, punti 70 ss.

[5] Art. 81, par. 3, TFUE; art. 51, par. 2, Carta. Sul limite delle competenze dell'Unione in materia familiare, V. Scalisi, *op. cit*., 9 ss.; S. Marino, *op. cit*., 797 ss.

nazionali riconoscano modalità diverse dal matrimonio per costituire una famiglia[6].

La competenza degli Stati in materia familiare si esercita dunque nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta, che fungono da limite esterno e da parametro di legittimità delle scelte normative nazionali. In questa nuova configurazione, le divergenze tra gli ordinamenti nazionali non si esauriscono in una pluralità di discipline legittime, ma diventano potenziali fattori di compressione di diritti fondamentali, suscettibili di sindacato alla luce della Carta. La conseguenza è che, quando il rifiuto di riconoscere uno *status* familiare validamente costituito in un altro Stato membro si traduca in una compressione dei diritti garantiti dagli artt. 7 e 21 della Carta, il margine di apprezzamento degli Stati incontra un vincolo che la Corte di giustizia è chiamata a verificare. È su questo crinale che si è sviluppata la giurisprudenza della Grande Sezione in materia di riconoscimento degli *status* familiari delle coppie dello stesso sesso, dalla sentenza *Coman* del 2018 sino alla recente sentenza *Cupriak-Trojan* del 25 novembre 2025[7].

2. Pur nella persistente diversità degli approcci nazionali al matrimonio egualitario e alle forme alternative di riconoscimento delle coppie dello stesso sesso, è la giurisprudenza della Corte di giustizia a costituire oggi il principale vettore di armonizzazione degli effetti transfrontalieri degli *status* familiari nello spazio europeo. Tale funzione non discende da un'attribuzione formale di competenze: l'Unione non dispone di un potere legislativo generale in materia di diritto di famiglia e di stato civile, né ha adottato una disciplina uniforme del matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'armonizzazione che si osserva procede quindi per stratificazione giurisprudenziale. La Corte non ridefinisce direttamente gli istituti familiari nazionali, ma stabilisce quali conseguenze il diritto primario imponga agli Stati quando

[6] V. Scalisi, *op. cit.*, 15; F. Pesce, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare*, cit., 28 s.

[7] Corte giust., 5 giugno 2018, *Coman e a.*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385; Corte giust., 14 dicembre 2021, *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008; Corte giust., 4 ottobre 2024, *Mirin*, C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845; Corte giust., 25 novembre 2025, *Cupriak-Trojan*, cit. Per una trattazione più ampia e analitica della medesima pronuncia sia consentito rinviare a G. Varanese, Status *familiare e cittadinanza europea: la qualificazione del matrimonio egualitario dopo la sentenza Cupriak-Trojan*, in *Ann. Camerino*, 15, 2026, 1 ss.

l'esercizio della libertà di circolazione si intrecci con *status* personali o familiari validamente costituiti in un altro Stato membro[8].

Questa funzione di armonizzazione indiretta non coincide con la costruzione di un diritto europeo della famiglia in senso pieno. Piuttosto, essa dà vita a un diritto europeo degli effetti transfrontalieri degli *status*, che opera in modo selettivo nei punti di frizione tra competenze nazionali e diritti del cittadino dell'Unione. La Corte non decide chi possa sposarsi in ciascuno Stato membro, chi possa essere genitore secondo il diritto interno, né quali condizioni sostanziali debbano presiedere alla rettificazione anagrafica del sesso. Decide, invece, se uno Stato possa disconoscere, nel proprio spazio giuridico, una situazione personale o familiare già validamente costituita altrove, quando tale disconoscimento renda meno effettiva la cittadinanza europea o determini una compressione di diritti fondamentali. La distinzione è essenziale: l'Unione non sostituisce i legislatori nazionali nella definizione degli istituti, ma impedisce che la diversità degli istituti si traduca in discontinuità radicale dello *status*.

Il punto di avvio di questa linea è rappresentato dalla sentenza *Coman*. Nel caso di specie, un cittadino dell'Unione che aveva sposato in Belgio un partner dello stesso sesso, cittadino di uno Stato terzo, si era visto rifiutare dalle autorità rumene il titolo di soggiorno derivato in favore del coniuge. La Corte, interpretando la nozione di «coniuge» impiegata dalla direttiva 2004/38/CE, ha affermato che il termine «coniuge» non può essere limitato, ai fini del diritto di soggiorno derivato, al coniuge di sesso diverso. Il riconoscimento imposto allo Stato di origine è tuttavia espressamente circoscritto «ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato»: esso non comporta l'obbligo di introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento nazionale, né di riconoscere il matrimonio straniero per ogni effetto interno[9].

[8] J.M. Scherpe e E. Bargelli, *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law. An Introduction*, in J.M. Scherpe e E. Bargelli (a cura di), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Cambridge, 2021, 2 ss.; J.M. Scherpe, *Is there a «European Family Law»?*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 54, 2023, 317 ss.; L.D. Spieker, *Competence Confusions: Why the Vertical Division of Competences Cannot Constrain the Court's Interpretation of EU Law*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 21, 2025, 641 ss.

[9] Corte giust., *Coman*, cit., punti 36, 45 e 51. In dottrina, M. Grassi, *Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: il caso Coman*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2019, 739 ss.; F. Pesce, *La nozione di «matrimonio»: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2019,

La portata innovativa di *Coman* non deve essere sottovalutata. Per la prima volta la Corte ha impedito che la definizione interna di matrimonio di uno Stato membro neutralizzasse, sul piano della libera circolazione, uno *status* coniugale validamente acquisito altrove. La competenza nazionale in materia matrimoniale rimane formalmente intatta nella sua dimensione interna, ma non può proiettarsi sino a ostacolare l'effetto utile dell'art. 21 TFUE. Proprio questa struttura spiega il carattere ambivalente della decisione: essa inaugura una logica di continuità dello *status*, ma la conserva entro una cornice funzionale e prudente. L'obbligo di riconoscimento non è ancora presentato come riconoscimento dello *status* in quanto tale, bensì come condizione per non rendere illusorio l'esercizio della cittadinanza europea[10].

La pronuncia separa la competenza a disciplinare il matrimonio dalla rilevanza del vincolo già costituito altrove. Il diritto rumeno poteva continuare a non ammettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso; non poteva però impedire che il matrimonio validamente contratto in Belgio rilevasse come presupposto per l'applicazione del diritto dell'Unione. La situazione familiare costituita nello Stato di celebrazione diviene, in tal modo, un fatto giuridico che lo Stato membro di origine o di soggiorno non può ignorare quando da esso dipenda l'effettività della libertà di circolazione. È in questa prospettiva che *Coman* può essere letta come il primo momento di emersione di una logica di portabilità, ancora embrionale e settoriale, dello *status* coniugale: non portabilità generale del matrimonio, ma impossibilità di cancellare il vincolo ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti al cittadino europeo.

La sentenza *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»* ha trasferito questa impostazione dal vincolo coniugale alla filiazione. Le autorità bulgare avevano negato a una bambina nata in Spagna da due donne il rilascio di un documento d'identità, sebbene l'atto di nascita spagnolo indicasse entrambe come madri. Anche in questo caso la Corte non ha imposto allo Stato membro di origine di modificare il proprio diritto di famiglia, né di introdurre nel diritto interno la genitorialità omosessuale. Ha tuttavia affermato che gli Stati membri devono rico-

806 ss.; G. Pizzolante, *Matrimonio* same-sex *quale presupposto giuridico per l'applicazione di norme materiali europee*, in *IUS Famiglie*, 4, 2018, 3 ss.

[10] J.J. Rijpma, *You Gotta Let Love Move*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 15, 2019, 324 ss.; A. Ward e J. Maclennan, *Citizenship and Incremental Convergence with Fundamental Rights?*, in *Camb. Law J.*, 78, 2019, 285 ss.; M.C. Baruffi, *Il cammino europeo della famiglia: la circolazione degli* status *familiari*, in *Fam. dir.*, 2025, 537 ss.; S. Penasa, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2018, 1 ss.

noscere, ai fini dell'esercizio dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione attestato da un atto validamente formato in un altro Stato membro, ove tale riconoscimento sia necessario per consentire al minore cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente con ciascuno dei genitori[11].

La dottrina ha efficacemente descritto questo modello come riconoscimento «funzionalmente orientato». Lo *status* non è riconosciuto in via generale quale situazione giuridica destinata a produrre tutti gli effetti del diritto interno, ma è assunto come presupposto necessario per l'attivazione delle libertà riconosciute dal diritto dell'Unione. Tale impostazione conserva una distinzione tra piano europeo e piano interno: il soggetto può essere figlio, o genitore, ai fini dell'esercizio dei diritti di circolazione e non esserlo, almeno formalmente, per ogni effetto del diritto civile nazionale. Proprio questa scissione mostra però il limite del modello funzionale. La continuità dello *status* è garantita quanto basta per evitare l'ostacolo immediato alla mobilità, ma non sempre quanto basta per assicurare la piena coerenza dell'identità familiare della persona all'interno dello Stato membro di origine[12].

La rilevanza di *Pancharevo* rispetto al matrimonio egualitario è duplice. Da un lato, la sentenza mostra che la questione della circolazione degli *status* non riguarda soltanto il rapporto di coppia, ma l'intera struttura della vita familiare, comprese le relazioni di filiazione. Dall'altro lato, essa consolida l'idea che lo Stato membro non possa invocare in modo assoluto la propria identità costituzionale o il proprio ordine pubblico familiare quando l'effetto pratico del rifiuto sia la discontinuità dello *status* nello spazio dell'Unione. L'art. 4, par. 2, TUE conserva rilievo come clausola di tutela dell'identità nazionale, ma non può essere trasformato in strumento generale di sottrazione agli obblighi derivanti dalla cittadinanza europea e dalla Carta dei diritti fondamentali[13].

[11] Corte giust., *Pancharevo*, cit., punti 48 ss. e 56 ss.; M.C. Baruffi, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Fam. dir.*, 2022, 1098 ss.; O. Feraci, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello* «status» *di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza «Pancharevo»*, in *Riv. dir. int.*, 2022, 564 ss.

[12] F.C. Villata, *On the Track of the Law Applicable to Preliminary Questions in EU Private International Law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2024, 1043 ss.; C. Campiglio, *La condizione femminile tra presente e futuro: prospettive internazionalprivatistiche*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2023, 62 s.; F. Azzarri, «Status» *civilistici e cittadinanza europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 154 s.

[13] T. von Danwitz, *The Role of the Court of Justice in the Course of European*

Il passaggio relativo alla filiazione non costituisce una digressione rispetto al matrimonio egualitario. Al contrario, esso consente di cogliere il mutamento del problema. Finché il riconoscimento concerne il solo diritto di soggiorno del coniuge, il conflitto può apparire circoscritto ad un effetto specifico. Quando, invece, il mancato riconoscimento coinvolge la filiazione, l'identità documentale del minore e la possibilità di circolare con entrambi i genitori, emerge con chiarezza che lo *status* non è un attributo separabile dalla vita quotidiana della persona. La frammentazione dello *status* produce una frammentazione della vita familiare: rende incerta la titolarità dei poteri genitoriali, complica l'esercizio della responsabilità parentale, incide sul rilascio dei documenti e crea un disallineamento tra identità giuridica vissuta e identità giuridica riconosciuta. È precisamente questa esperienza di disallineamento che la giurisprudenza successiva tende progressivamente a ridurre.

Il terzo passaggio, più vicino alla sentenza *Cupriak-Trojan*, è rappresentato da *Mirin*. Qui le autorità rumene avevano negato a un proprio cittadino l'aggiornamento dell'atto di nascita quanto a prenome, genere e codice numerico personale, modifiche che egli aveva ottenuto nel Regno Unito con un *Gender Recognition Certificate* anteriore al recesso dall'Unione. La Corte ha equiparato il genere al nome quale elemento costitutivo dello *status* personale, escludendo che le procedure interne possano rendere «impossibile o eccessivamente difficile» l'esercizio dei diritti conferiti dall'art. 21 TFUE[14].

Mirin non riguarda direttamente lo *status* familiare, ma il suo rilievo sistematico è evidente. In *Coman* l'obbligo di riconoscimento era accompagnato dalla clausola limitativa «ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato», in *Pancharevo* dall'esclusione di ogni riconoscimento «a fini diversi dall'esercizio dei diritti che [al minore] derivano dal diritto dell'Unione». In *Mirin* questa clausola non ricompare: la Corte impone l'annotazione nell'atto di nascita, cioè in un documento centrale dello stato civile, senza confinare espressamente l'effetto del riconoscimento al solo esercizio di una specifica libertà. Questo dato consente di leggere la decisione come passaggio

Integration. Emergence, Development, and Perspective of the Judiciary of the European Union, in *Berkeley Journal of International Law*, 42, 2024, 45 ss.; C. Kohler, *Status und Mobilität in der Europäischen Union*, in *IPRax*, 2022, 226 ss.; D. Lima, *Towards Cross-Border Recognition of Same-Sex Parenthood*, in *Camb. Law J.*, 2022, 239 s.

[14] Corte giust., *Mirin*, cit., punti 63 ss. e 69 ss.; Corte giust., 2 ottobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539; Corte giust., 14 ottobre 2008, *Grunkin e Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

verso un riconoscimento più pieno e formale degli *status* personali acquisiti in altro Stato membro, o almeno come attenuazione della rigida distinzione tra riconoscimento funzionale e riconoscimento generale[15].

Il rilievo di *Mirin* dipende anche dal rapporto tra art. 21 TFUE e art. 7 della Carta. La Corte valorizza l'identità di genere come elemento della vita privata e richiama lo standard convenzionale formatosi sull'art. 8 CEDU. Lo *status* personale non viene tutelato soltanto perché strumentale alla circolazione, ma perché la sua discontinuità incide sull'identità della persona. Il passaggio è significativo: la libertà di circolazione continua a fornire il fondamento della competenza dell'Unione, ma l'interesse protetto non è più soltanto la mobilità. È la stabilità dell'identità giuridica della persona in movimento. Questa linea, trasposta dal piano individuale a quello familiare, prepara il terreno per *Cupriak-Trojan*.

La traiettoria da *Coman* a *Mirin* non conduce dunque in modo lineare e privo di tensioni ad un principio generale di riconoscimento degli *status*. Essa mostra piuttosto una progressiva intensificazione del vincolo imposto agli Stati membri. Nel primo caso, lo *status* coniugale viene riconosciuto ai fini del soggiorno derivato; nel secondo, lo *status filiationis* è assunto come presupposto per il rilascio di documenti idonei alla circolazione; nel terzo, l'identità di genere legalmente acquisita in altro Stato membro deve essere annotata nell'atto di nascita. La libertà di circolazione resta il punto di ingresso, ma il baricentro si sposta verso la continuità dell'identità personale e familiare. È questo il contesto nel quale si colloca *Cupriak-Trojan*: non come episodio isolato, ma come sviluppo di una linea giurisprudenziale nella quale la cittadinanza europea diviene progressivamente garanzia di non frammentazione dello *status*.

3. La sentenza *Cupriak-Trojan*, resa dalla Grande Sezione il 25 novembre 2025, segna il punto di maggiore avanzamento nel riconoscimento transfrontaliero del matrimonio egualitario. Due cittadini dell'Unione si erano sposati in Germania nel 2018, mentre vi risiede-

[15] A. Tryfonidou, *The Cross-Border Recognition of Changes in the Legal Sex of Transgender Persons: The Landmark Court of Justice Ruling in the Mirin Case*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 21, 2025, 347 ss.; F. Fossati, *L'incidenza dell'obbligo di riconoscimento dello* status filiationis *nell'Unione europea sugli ordinamenti nazionali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2025, 360 ss.; L. d'Avout, *L'état civil, dans l'Union européenne, de la personne transsexuelle: comprendre l'arrêt Mirin*, in *La Semaine Juridique* – Éd. gén., 13 janvier 2025, 2 ss.

vano; rientrati in Polonia, Stato di cui entrambi erano cittadini, ne fu chiesta la trascrizione nei registri dello stato civile. Il rifiuto fu motivato con la contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento polacco, che riserva il matrimonio all'unione fra un uomo e una donna. Il rinvio pregiudiziale ha così portato davanti alla Corte non il riconoscimento del coniuge ai fini del soggiorno né il rilascio di documenti di identità, ma la registrazione del vincolo come tale nello Stato di origine[16].

La diversa struttura soggettiva della fattispecie produce un effetto sistematico non secondario. In *Coman*, la presenza del coniuge cittadino di Stato terzo poteva ancora indurre a leggere la decisione come episodio interno alla disciplina del soggiorno dei familiari. In *Cupriak-Trojan*, invece, la questione riguarda direttamente l'identità familiare di due cittadini europei. Non si tratta più di assicurare l'effetto utile di un diritto derivato, ma di impedire che l'esercizio della libertà di circolazione si traduca in una perdita di *status* al momento del ritorno nello Stato membro di origine. La cittadinanza europea opera così non soltanto come titolo di mobilità, ma come base di una pretesa alla continuità della propria posizione personale e familiare.

Un secondo profilo concerne l'oggetto dell'obbligo. In *Pancharevo* la Corte aveva imposto il rilascio di un documento d'identità o di un passaporto conforme all'atto di nascita formato in Spagna, ma non aveva richiesto la trascrizione di tale atto nei registri bulgari. In *Cupriak-Trojan*, per contro, l'obbligo investe la stessa iscrizione dell'atto matrimoniale nei registri dello stato civile, quando il matrimonio sia stato contratto nello Stato membro nel quale i coniugi hanno creato o consolidato una vita familiare e tale iscrizione rappresenti, nell'ordinamento nazionale, l'unica via per pervenire a un riconoscimento effettivo del vincolo. La precisazione è decisiva. La Corte non afferma che ogni Stato membro debba necessariamente procedere alla trascrizione come modalità unica di riconoscimento: riconosce un margine di discrezionalità nella scelta degli strumenti. Tuttavia, quando l'ordinamento interno non preveda alcuna alternativa idonea, il rifiuto di trascrizione equivale ad una negazione totale dello *status* e diventa incompatibile con gli artt. 20 e 21 TFUE, letti alla luce degli artt. 7 e 21 della Carta[17].

[16] Corte giust., *Cupriak-Trojan*, cit., punti 20-26 e 37-38. Conclusioni dell'Avv. gen. J. Richard de la Tour, 3 aprile 2025, C-713/23, ECLI:EU:C:2025:235.

[17] Corte giust., *Cupriak-Trojan*, cit., punti 69 e 77; C. Wendland, *Das Ende der hinkenden Ehe in der Europäischen Union? – zugleich Besprechung von EuGH, 25.11.2025 – C-713/23 (Trojan)*, in *FamRZ*, 2026, 161 ss., spec. 162 s.

La trascrizione non è un adempimento neutro. Essa non costituisce, di regola, il momento genetico dello *status*, che resta formato nell'ordinamento di celebrazione; ma ne rende possibile la spendita ordinaria nello Stato di ricezione. Proprio per questa ragione il passaggio compiuto da *Cupriak-Trojan* è più incisivo di quello realizzato nei precedenti. Il documento di identità consente l'attraversamento dei confini e l'esercizio di specifici diritti di circolazione; l'iscrizione nei registri dello stato civile inserisce lo *status* nel circuito ordinario delle relazioni giuridiche pubbliche e private. Essa consente alla coppia di far valere il proprio vincolo nei rapporti con l'amministrazione, con il sistema previdenziale, con le istituzioni sanitarie, con i terzi. Il riconoscimento non resta confinato ad un singolo effetto, ma si proietta sulla normale opponibilità dello *status*.

Un terzo profilo riguarda i diritti fondamentali. *Coman* non aveva sviluppato l'argomento della non discriminazione, concentrandosi sull'effetto utile della libertà di circolazione. *Cupriak-Trojan* compie invece un passaggio più netto: l'ostacolo alla circolazione viene valutato alla luce del diritto al rispetto della vita familiare e del divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale. In questo modo, la libertà di circolazione non è più soltanto la base formale della competenza della Corte, ma diviene il canale attraverso cui i diritti fondamentali della persona incidono sull'esercizio delle competenze familiari nazionali. Lo Stato membro resta libero di non introdurre il matrimonio egualitario nel proprio diritto interno; non resta però libero di ignorare, senza adeguato riconoscimento, un matrimonio *same-sex* validamente concluso da cittadini dell'Unione nell'esercizio della loro libertà di circolazione[18].

Si è parlato, non a caso, di *Das Ende der hinkenden Ehe in der Europäischen Union?*, leggendo la sentenza come rafforzamento del principio di riconoscimento nel diritto di famiglia europeo e come possibile premessa del superamento dei matrimoni «zoppicanti» fra cittadini dell'Unione. La formula è efficace, ma il superamento che annuncia è parziale. La Corte non stabilisce che il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato in uno Stato membro debba produrre ovunque tutti gli effetti che esso produrrebbe nello Stato di celebrazione. Impedisce, per contro, che lo *status* validamente acquisito sia privato di riconoscimento nello Stato membro di origine, quando

[18] Corte giust., *Cupriak-Trojan*, cit., punti 63 ss. e 70 ss. Sull'assenza, in *Coman*, di un'argomentazione fondata sul divieto di discriminazione – profilo che *Cupriak-Trojan* viene invece a valorizzare – v. già M.C. Baruffi, *Il cammino europeo della famiglia*, cit., 537.

ne derivino seri inconvenienti sul piano amministrativo, professionale e privato, oltre alla lesione della vita familiare[19].

Il contributo è particolarmente utile perché distingue tre possibili modelli di riconoscimento: riconoscimento isolato dello *status*, riconoscimento limitato e riconoscimento pieno (od omnicomprensivo). Un riconoscimento isolato significherebbe che l'ordinamento richiesto deve limitarsi a prendere atto dell'esistenza del matrimonio come questione preliminare, lasciando interamente al proprio diritto internazionale privato la disciplina degli effetti. Un riconoscimento limitato estenderebbe l'obbligo almeno agli effetti necessari per garantire l'esercizio dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea. Un riconoscimento pieno comporterebbe invece la proiezione nell'ordinamento richiesto di tutte le conseguenze dello *status*, con una sostanziale sostituzione della disciplina interna o del sistema conflittuale[20].

Cupriak-Trojan sembra collocarsi oltre il riconoscimento isolato. Un mero accertamento dell'esistenza del matrimonio non sarebbe sufficiente a rimuovere gli inconvenienti che la Corte considera rilevanti. La trascrizione nel registro dello stato civile, richiesta nel caso concreto, è per sua natura destinata a rendere opponibile lo *status* in una pluralità di rapporti pubblici e privati. Tuttavia, la sentenza non impone neppure, almeno in modo esplicito, una integrale estensione degli effetti del matrimonio secondo la legge dello Stato di celebrazione. Il parametro decisivo non è la conservazione di tutti i vantaggi che la coppia avrebbe goduto in Germania, ma l'impossibilità per lo Stato di ricezione di trattare il matrimonio *same-sex* straniero in modo discriminatorio rispetto agli *status* coniugali che esso riconosce e tutela. In questo senso, il riconoscimento tende ad essere sostanziale, ma non coincide necessariamente con una *Wirkungserstreckung* illimitata[21].

[19] C. Wendland, *op. cit*., 161 s. In senso convergente, per una lettura amplificante del principio di riconoscimento in chiave di portabilità dello *status* personale, L. Larribère, *Vers la portabilité du statut personnel en Europe?*, in *La Semaine Juridique* – Éd. gén., 2 février 2026, n° 173, che riprende il lemma da S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, 2017. Iscrive la decisione nella linea giurisprudenziale del principio di riconoscimento (*Anerkennungsprinzip*) *ex* art. 21 TFUE, pur sviluppando rilievi critici quanto al *genuine link*, C.F. Majer, *Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urteil vom 25.11.2025, C-713/23*, in *NJW*, 2026, 304.

[20] C. Wendland, *op. cit*., 163 ss.

[21] C. Wendland, *op. cit*., 164 s., sulla distinzione tra *Wirkungsgleichstellung* e *Wirkungserstreckung*, spec. 165; in una distinta prospettiva internazionalprivatistica, C. Mayer, *Keine verfahrensrechtliche Anerkennung von beurkundeten oder registrierten familienrechtlichen Rechtsgeschäften innerhalb der EU*, in *RabelsZ*, 89, 2025, 757

Il punto più delicato è proprio quello degli effetti. Una lettura puramente formale della sentenza ridurrebbe l'obbligo alla trascrizione dell'atto; una lettura massimalista trasformerebbe invece il riconoscimento in automatica estensione di ogni conseguenza prevista nello Stato di celebrazione. Entrambe le letture sono insoddisfacenti. La prima non coglie che la trascrizione è imposta perché funzionale ad un riconoscimento effettivo, non perché costituisca un adempimento amministrativo fine a sé stesso. La seconda trascurerebbe il fatto che le conseguenze patrimoniali, successorie, previdenziali o fiscali del matrimonio possono essere regolate da criteri di collegamento diversi e da norme settoriali non necessariamente coincidenti. La soluzione più coerente è allora quella di una *Wirkungsgleichstellung*, ossia di una parità sostanziale di trattamento rispetto alle situazioni equivalenti riconosciute dall'ordinamento di ricezione, salvo che differenze residue siano giustificate da criteri non discriminatori e compatibili con i diritti fondamentali.

È qui che la formula «portabilità dello *status*» può essere utilizzata con profitto, purché in senso descrittivo e non come categoria dogmatica autosufficiente. Essa indica la continuità transfrontaliera degli effetti personali e familiari di uno *status* validamente acquisito in un altro Stato membro[22]. Non significa che il diritto dell'Unione trasformi tutti gli istituti familiari nazionali in istituti uniformi. Significa che il cittadino europeo non può essere costretto, per il solo fatto di rientrare nello Stato di origine o di spostarsi in un altro Stato membro, a perdere il nucleo essenziale della propria identità familiare. La portabilità dello *status* è dunque il risultato pratico di una combinazione tra art. 21 TFUE, art. 7 Carta e art. 21 Carta: libertà di circolazione, vita familiare e divieto di discriminazione concorrono a impedire la frammentazione dello *status* nello spazio europeo.

Il rapporto con l'identità nazionale e l'ordine pubblico conferma questa impostazione. La Corte ribadisce che il riconoscimento di un matrimonio egualitario validamente concluso all'estero non costringe lo Stato membro a modificare la propria disciplina interna del matrimonio. La distinzione è essenziale: altro è imporre l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso; altro è impedire che uno Stato lasci senza riconoscimento una coppia che abbia acquisito quello *status* in altro Stato membro nell'esercizio della libertà di circolazione.

ss. e 764 s. (con riferimento, peraltro, alle sole conclusioni dell'Avv. gen. de la Tour nella causa allora pendente).

[22] Nella dottrina italiana adotta il lessico della «portabilità» degli *status* familiari (e personali) M.C. Baruffi, *Il cammino europeo della famiglia*, cit., 537 s.

L'argomento dell'identità costituzionale non è annullato, ma ridimensionato. Esso non può giustificare una negazione integrale dello *status*, specie quando tale negazione collochi la coppia in un vuoto giuridico incompatibile con l'art. 8 CEDU e con l'art. 7 della Carta[23].

Quanto al profilo dell'identità nazionale, il percorso argomentativo è il seguente: il richiamo all'art. 4, par. 2, TUE viene superato attraverso la distinzione appena ricordata. Essa è corretta, ma non esaurisce il problema. Se la concezione eterosessuale del matrimonio è presentata da uno Stato come elemento della propria identità costituzionale, il riconoscimento del matrimonio *same-sex* straniero incide comunque sul modo in cui tale identità opera nei rapporti transfrontalieri. Sarebbe stato perciò utile chiarire meglio se l'identità nazionale sia un limite alla competenza dell'Unione, un interesse suscettibile di bilanciamento o una clausola destinata a recedere quando il suo esercizio determini una violazione dei diritti fondamentali. La Corte sceglie una via più prudente: non nega in astratto il rilievo dell'identità nazionale, ma esclude che essa possa legittimare un diniego integrale di riconoscimento.

Resta, inoltre, un margine di incertezza quanto al *genuine link* con lo Stato di celebrazione. Nel caso deciso, il legame con la Germania era particolarmente solido: il matrimonio era stato celebrato a Berlino, dove i coniugi avevano la residenza abituale, e uno di essi era cittadino tedesco-polacco. Non era quindi necessario stabilire se la stessa soluzione debba valere in caso di soggiorno meramente occasionale o di *status* costituito in uno Stato membro con il quale la coppia non presenti alcun collegamento effettivo. È stato opportunamente segnalato che questo profilo resta aperto e che la giurisprudenza in materia di nomi, in particolare *Freitag*, può offrire solo indicazioni parziali[24].

Il problema non è marginale. Se il principio di riconoscimento fosse svincolato da qualsiasi collegamento effettivo con lo Stato di costituzione, esso potrebbe incentivare forme di *status shopping* difficili da governare, specialmente in materie culturalmente sensibili. Se, al contrario, si pretendesse un collegamento troppo intenso, si rischierebbe di subordinare la protezione della vita familiare a requisiti non

[23] Corte EDU, *Schalk e Kopf*, cit.; Corte EDU, *Oliari*, cit.; Corte EDU, *Fedotova*, cit.; Corte EDU, *Przybyszewska*, cit.; Corte giust., *Cupriak-Trojan*, cit., punti 61 ss.

[24] C. Wendland, *op. cit*., 165 s.; C.F. Majer, *Anmerkung*, cit., 304; Corte giust., 8 giugno 2017, *Freitag*, C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432. Sul progressivo spostamento del diritto del nome, nell'esperienza tedesca, da strumento di ordinamento familiare a profilo dell'identità personale, v. da ultimo R. Favale, *Il nuovo cognome della famiglia in Germania*, in *Ann. Camerino*, 14, 2025, 33 ss., spec. 47.

previsti dal diritto primario. Una soluzione ragionevole dovrebbe muovere dall'idea che la residenza abituale nello Stato di celebrazione e la cittadinanza di uno dei coniugi costituiscano certamente collegamenti sufficienti, senza però escludere che altri legami possano assumere rilievo. Nel caso *Cupriak-Trojan*, la Corte non era chiamata a sciogliere questo nodo; la sua mancata soluzione segnala però che la portabilità dello *status* resta una costruzione in via di precisazione.

4. L'ordinamento tedesco non rileva soltanto perché vi fu celebrato il matrimonio oggetto della sentenza: vi si osserva con particolare chiarezza il nesso fra evoluzione del diritto materiale interno e disciplina internazionalprivatistica del riconoscimento. Il modo in cui un ordinamento definisce l'istituto matrimoniale incide infatti sulla qualificazione dei matrimoni stranieri e sulla loro attitudine a produrre effetti nel foro.

L'apertura del matrimonio è maturata per gradi. La legge del 2001 aveva introdotto la *eingetragene Lebenspartnerschaft*, istituto riservato alle coppie dello stesso sesso, distinto dal matrimonio ma via via avvicinato a esso negli effetti. Decisivo il ruolo del *Bundesverfassungsgericht*, che ha censurato differenze di trattamento non giustificate imponendo la parificazione in settori centrali, dalla disciplina fiscale alla posizione dei partner nella famiglia giuridicamente rilevante. L'approdo è la legge del 20 luglio 2017, che ha esteso il matrimonio alle coppie dello stesso sesso sotto la formula del «matrimonio per tutti» (*Ehe für alle*)[25].

L'apertura modifica la struttura dell'istituto matrimoniale nel diritto tedesco: la diversità di sesso cessa di essere requisito soggettivo indefettibile del matrimonio. Il matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non deve più essere ricondotto a una categoria aliena rispetto al sistema interno, né trasformato in *Lebenspartnerschaft*. Può essere qualificato come matrimonio, perché il diritto materiale tedesco conosce ormai il matrimonio fra persone dello stesso sesso: la categoria di arrivo coincide con quella di partenza.

[25] *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, 20 luglio 2017, BGBl. 2017 I, 2787; sulla traiettoria tedesca, cfr. P. Mankowski, *Das Gesetz über die «Ehe für alle», seine Folgen und sein europäisches Umfeld im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, in *IPRax*, 2017, 541; D. Coester-Waltjen, *Gleichgeschlechtliche Ehe und Internationales Privatrecht*, in *IPRax*, 2018, 1 ss. Sia consentito rinviare a G. Varanese, *La Germania e il matrimonio tra le persone dello stesso sesso* (EheöffnungsG), in *Ann. Camerino*, 7, 2018, 1 ss. e Id., *Trasformazioni della famiglia e matrimonio per tutti*, in questi *Annali*, 23/2022, 133 ss.

Il diritto internazionale privato tedesco ha accompagnato l'evoluzione per una via propria. L'art. 17b EGBGB, costruito intorno alle unioni registrate, ospita anche i matrimoni fra persone dello stesso sesso, sottoponendoli al diritto dello Stato che tiene il registro anziché alla legge nazionale dei nubendi, secondo la regola generale dell'art. 13. La deroga è decisiva: è essa a rendere celebrabile in Germania il matrimonio fra cittadini di Stati che non lo ammettono, e senza di essa il matrimonio all'origine della sentenza non avrebbe potuto essere contratto. Il riconoscimento non è dunque fenomeno puramente esterno, ma dipende dalla disponibilità dell'ordinamento del foro ad accogliere la categoria sostanziale nella quale lo *status* pretende di inscriversi e, prima ancora, a consentirne la costituzione[26].

Nel caso *Cupriak-Trojan* la Germania sta sul versante opposto: non accoglie uno *status* straniero, lo costituisce. Il contrasto non è quindi fra un matrimonio irregolare e un ordinamento che ne rifiuta la validità, ma fra uno *status* pienamente valido nello Stato di costituzione e un ordinamento di ricezione privo di strumenti idonei ad accoglierlo senza negarlo.

Il modello tedesco consente anche di comprendere perché la distinzione tra la costituzione dello *status* e i suoi effetti non possa essere cancellata, ma neppure irrigidita. La validità del matrimonio appartiene al piano della costituzione del vincolo; le sue conseguenze patrimoniali, successorie, fiscali, previdenziali o personali possono dipendere da regole ulteriori, talora di fonte europea, talora di fonte interna. Il riconoscimento dello *status* non implica necessariamente che tutti gli effetti siano attratti dalla legge tedesca solo perché il matrimonio è stato celebrato in Germania. Implica, però, che lo Stato di ricezione non possa negare l'esistenza del vincolo o impedirne la sostituibilità rispetto alla categoria matrimoniale interna quando ciò produca una discriminazione. La logica è dunque meno quella dell'estensione integrale degli effetti dello Stato di celebrazione e più quella della non negazione dello *status* come presupposto di applicazione delle norme rilevanti.

5. Il sistema italiano presenta un quadro diverso da quello polacco e più complesso di quanto potrebbe apparire a una prima lettura. L'Italia non ha aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, ma ha introdotto, con la l. 20 maggio 2016, n. 76, l'unione civile tra persone dello stesso sesso. Sul piano del diritto internazionale privato, l'art. 32-*bis* della l. 31 maggio 1995, n. 218, prevede che il matrimonio

[26] Art. 17b EGBGB; C. Wendland, *op. cit.*, 166; P. Mankowski, *op. cit.*, 543 s.

contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produca gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. Il meccanismo è stato efficacemente definito *downgrading recognition*: lo *status* matrimoniale acquisito all'estero non viene ignorato, ma viene riqualificato nell'ordinamento italiano come unione civile[27].

La questione da porsi, alla luce di *Cupriak-Trojan*, non è se l'Italia sia nella stessa posizione della Polonia. Non lo è. L'ordinamento polacco, nella fattispecie decisa dalla Corte, non offriva una forma alternativa di riconoscimento effettivo del rapporto tra persone dello stesso sesso. Il rifiuto di trascrizione produceva dunque un vuoto di tutela: la coppia non poteva far valere il proprio stato coniugale nei rapporti giuridici in cui la qualità di coniuge rileva. Il sistema italiano, invece, offre un istituto giuridico specifico, dotato di un'ampia disciplina di effetti personali e patrimoniali. Tale istituto è, del resto, l'esito di un percorso costituzionale: la Corte costituzionale, dopo aver escluso che l'art. 29 Cost. imponga l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, ha qualificato l'unione fra persone dello stesso sesso come formazione sociale meritevole di riconoscimento (sent. n. 138 del 2010) e ha imposto, per la coppia già coniugata investita dalla rettificazione di sesso di uno dei componenti, la previsione di «altra forma di convivenza registrata» (sent. n. 170 del 2014); in materia di filiazione, invece, ha rimesso al legislatore la scelta degli strumenti di tutela, escludendo che la genitorialità delle coppie dello stesso sesso trovi automatico riconoscimento (sent. n. 230 del 2020; nn. 32 e 33 del 2021), fino a dichiarare illegittimo, da ultimo, il mancato riconoscimento sin dalla nascita dello stato di figlio anche nei confronti della donna che abbia prestato il preventivo consenso a tecniche di procreazione assistita legittimamente praticate all'estero (sent. n. 68 del 2025). Proprio per questo, la compatibilità del modello italiano non può essere negata in modo automatico.

Tuttavia, l'esistenza dell'unione civile non esaurisce il problema. *Cupriak-Trojan* obbliga a spostare l'analisi dalla forma nominale del riconoscimento alla sua effettività sostanziale. Se l'unione civile assicura alla coppia una protezione stabile, opponibile e non discriminatoria, la riqualificazione del matrimonio estero può essere considerata, almeno allo stato, una modalità di riconoscimento compatibile con il diritto dell'Unione. Se invece la conversione produce una riduzione materiale della tutela, o priva la coppia di effetti essenziali collegati

[27] Art. 32-*bis*, l. 31 maggio 1995, n. 218; l. 20 maggio 2016, n. 76; M.C. Baruffi, *Il cammino europeo della famiglia*, cit., 539 ss.; G. Ferrando, *Le unioni civili. La situazione in Italia*, in *Fam. dir.*, 2016, 889 ss.

allo *status* matrimoniale, essa può diventare problematica alla luce dell'art. 21 TFUE e degli artt. 7 e 21 della Carta. Il punto decisivo non è il *nomen iuris*, ma la capacità dell'ordinamento di ricezione di preservare il nucleo essenziale della vita familiare e di evitare discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.

Non a caso, nell'affrontare questa ipotesi, la dottrina tedesca ha richiamato proprio il modello italiano. Secondo tale prospettiva, una disciplina che tratti il matrimonio *same-sex* estero come unione civile può essere compatibile con l'art. 21 TFUE se l'istituto alternativo attribuisce alla coppia effetti sostanzialmente equivalenti, soprattutto quanto a benefici, privilegi e protezione giuridica. Non sarebbe invece ammissibile una riqualificazione che si traduca in un *Herabstufen* materiale, cioè in un abbassamento effettivo della posizione giuridica della coppia rispetto a quella assicurata alle coppie sposate. La distinzione è decisiva perché consente di mantenere una posizione cauta, ma non meramente conservativa: l'Italia dispone di uno strumento di riconoscimento, ma tale strumento deve essere valutato alla luce della sua equivalenza sostanziale[28].

La l. n. 76/2016 ha disegnato l'unione civile su un modello prossimo a quello matrimoniale, quanto a diritti e doveri reciproci, regime patrimoniale, successione, assistenza morale e materiale, pensione di reversibilità e numerosi effetti pubblicistici. Sussistono però differenze. Il comma 11 non menziona l'obbligo di fedeltà, che l'art. 143 c.c. pone invece fra i doveri coniugali: la dottrina si divide fra chi ne ricava l'esclusione e chi lo ritiene implicito, ricavandolo dal dovere di reciproca assistenza morale. Più netta la distanza sul terreno della filiazione: la legge sulle unioni civili non contiene un rinvio pieno alla disciplina dell'adozione e non ha introdotto una regola generale sulla genitorialità delle coppie dello stesso sesso. In una prospettiva europea, tuttavia, il problema non può essere risolto mediante una comparazione astratta tra matrimonio e unione civile; occorre verificare se, nei casi concreti, la riqualificazione ostacoli l'esercizio dei diritti del cittadino dell'Unione o determini un trattamento discriminatorio incompatibile con la Carta[29].

La trascrizione del matrimonio *same-sex* estero come matrimonio è preclusa dalla scelta legislativa italiana, che lo riconduce agli effetti dell'unione civile. L'atto viene però iscritto nel registro delle unioni civili, sicché lo *status* è opponibile e la coppia può far valere i diritti collegati: non vi è il vuoto di riconoscimento che la Corte addebita alla

[28] C. Wendland, *op. cit.*, 163.

[29] L. n. 76/2016; Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138; Corte cost., 11 giugno 2014,

Polonia. La conclusione non è però pacifica. Si è osservato che sarebbe paradossale che l'obbligo di riconoscimento operasse soltanto dove manchi ogni disciplina delle coppie dello stesso sesso e non dove una disciplina esista, per quanto più ristretta del matrimonio. Se ne è tratta la conseguenza che l'art. 32-*bis* non precluda ai coniugi di invocare direttamente la pronuncia per ottenere la trascrizione del matrimonio come tale, restando la conversione negli effetti dell'unione civile una fra le vie percorribili e non l'esito necessario. Sul fronte opposto si è sostenuto che l'ordinamento italiano fosse già in regola, non mancando qui quella «modalità di riconoscimento equivalente a quella concessa alle coppie di sesso opposto» la cui assenza integra, per la Corte, una discriminazione vietata, sicché la pronuncia non spiegherebbe effetti nel nostro sistema[30]. Nessuna delle due letture persuade del tutto. La prima prende sul serio l'effetto utile dell'art. 21 TFUE, ma affida alla scelta dei privati un risultato che il legislatore aveva inteso sottrarre alla loro disponibilità; la seconda dà per acquisita l'equivalenza che andrebbe invece dimostrata, e la fonda su una lettura generosa della più recente giurisprudenza costituzionale, che ha rimosso il divario in materia di filiazione soltanto per le coppie femminili e nel perimetro della procreazione legittimamente praticata all'estero. Entrambe presuppongono risolto proprio ciò che la sentenza lascia aperto: se il riconoscimento debba avvenire nella forma del matrimonio o possa avvenire in forma diversa, purché equivalente negli effetti.

n. 170; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33; Corte cost., 22 maggio 2025, n. 68. In dottrina, sulla sent. n. 138 del 2010, R. Rombo-li, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giur. cost.*, 2010, 1629 ss.; sulla sent. n. 170 del 2014, F. Saitto, *L'incostituzionalità del «divorzio imposto» tra rettificazione di sesso e tutela del «pregresso vissuto» della coppia*, ivi, 2014, 2706 ss.; sulla giurisprudenza in materia di filiazione, G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 417 ss. (su Corte cost. n. 230 del 2020), e S. Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Corr. giur.*, 2021, 1043 ss. (su Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021); e, sulla sent. n. 68 del 2025, F. Astone, *Lo* status *del nato ad iniziativa di una coppia femminile: un passo in avanti nell'attuazione costituzionale, in attesa di ulteriori interventi*, in *Giur. cost.*, 2025, 690 ss.

[30] Nel primo senso M. Dogliotti, *Tra matrimonio egualitario ed estensione del comma 20, art. 1, L. n. 76/2016. Sugli effetti di una rilevante sentenza della Corte GUE*, in *Fam. dir.*, 2026, 586 ss., spec. 598; nel secondo R. Calvigioni, *La trascrizione del matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso: l'intervento della Corte di Giustizia coinvolge anche l'Italia?*, ivi, 2026, 112 ss., spec. 118.

La sentenza è stata però letta come già risolutiva dell'alternativa: poiché la Corte non impone in nessun passaggio l'etichetta matrimoniale e prescrive la trascrizione soltanto ove essa costituisca l'unica via di riconoscimento, l'obbligo si assesterebbe sulla registrazione in una qualche forma, già imposta dall'art. 8 CEDU, e sarebbe perciò compatibile con la riqualificazione in un istituto interno diverso. Resta però un'obiezione. La conversione opera per le sole coppie dello stesso sesso, e può quindi integrare di per sé una discriminazione vietata dall'art. 21 della Carta, oltre a produrre quel serio inconveniente che la Corte assume a misura dell'ostacolo. Il controllo si sposta così dagli effetti al meccanismo. L'art. 32-*bis* non ne esce condannato: opera *ex lege*, senza subordinare il riconoscimento a un atto ulteriore dei coniugi né rimetterlo a quella discrezionalità dell'amministrazione che la Corte esclude. Per la verifica di equivalenza soccorre inoltre la giurisprudenza *Maruko*, *Römer* e *Hay*, che impone di trattare allo stesso modo coniugi e partner registrati ove il diritto interno consideri comparabili le due posizioni rispetto a un dato effetto: trasposta dalla direttiva 2000/78 all'art. 21 della Carta nelle situazioni di circolazione, essa consente di misurare l'equivalenza effetto per effetto, anziché in astratto[31]. Ciò non significa che il sistema sia immune da futuri sviluppi. La giurisprudenza dell'Unione potrebbe progressivamente richiedere non soltanto l'esistenza di un istituto alternativo, ma una verifica più rigorosa della sua equivalenza funzionale rispetto al matrimonio, soprattutto quando siano coinvolti effetti di vita familiare, protezione sociale, filiazione o identità personale.

Il profilo della filiazione, in particolare, costituisce il punto di maggiore esposizione del sistema italiano. Se la portabilità dello *status* si limita al rapporto di coppia, l'unione civile può apparire, almeno in larga misura, uno strumento idoneo a garantire continuità. Se però lo *status* matrimoniale acquisito all'estero è parte di una più ampia realtà familiare, che comprende figli nati o riconosciuti in altro Stato membro, la riqualificazione in unione civile può incidere su profili ulteriori. L'esperienza di *Pancharevo* dimostra che la continuità della filiazione non può essere sacrificata in nome della competenza nazionale quando ciò comprometta la circolazione del minore e la sua identità

[31] A. Tryfonidou, *From Residence Rights to Full Recognition, but Not as a Marriage? Free Movement and the Expansion of the Obligation of Cross-Border Recognition of Same-Sex Marriages in* Cupriak-Trojan *and* Trojan, in *MJ*, 2026, 1 ss., spec. 15 ss. Corte giust., *Cupriak-Trojan*, cit., punti 61 e 71. V. anche Corte giust., 1° aprile 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179; 10 maggio 2011, *Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286; 12 dicembre 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823.

familiare. Anche per l'Italia, dunque, la questione non è soltanto se l'unione civile equivalga al matrimonio sul piano del rapporto di coppia, ma se il sistema complessivo consenta di evitare fratture dello *status* familiare nel suo insieme.

Un argomento di segno diverso si ricava dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In *Orlandi e altri c. Italia*, e poi in *Formela e altri c. Polonia*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto contrario all'art. 8 CEDU il rifiuto di registrare in qualsiasi forma il matrimonio contratto all'estero, censura che colpisce l'assenza di riconoscimento e non la scelta della forma, restando lo Stato libero di ricondurlo a un istituto interno diverso. Il punto non è dunque l'obbligo convenzionale di aprire il matrimonio, che la Corte di Strasburgo continua a non affermare in termini generali, ma l'obbligo positivo di offrire una cornice giuridica adeguata, stabile e non meramente simbolica. *Cupriak-Trojan* si colloca oltre questo standard minimo nella misura in cui, attraverso l'art. 21 TFUE, trasforma l'esigenza di protezione in un obbligo di riconoscimento transfrontaliero effettivo[32].

6. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul matrimonio egualitario e sugli *status* familiari mostra una trasformazione ormai difficilmente reversibile. La libertà di circolazione, originariamente costruita come strumento funzionale alla mobilità del cittadino europeo, si è progressivamente caricata di una dimensione personale e familiare. Essa non protegge soltanto il movimento nello spazio, ma anche la continuità dell'identità giuridica che la persona porta con sé nel passaggio da un ordinamento all'altro. *Coman*, *Pancharevo*, *Mirin* e *Cupriak-Trojan* non compongono ancora un diritto europeo uniforme della famiglia, ma delineano un vincolo europeo contro la disgregazione dello *status*.

Cupriak-Trojan segna, in questa traiettoria, il passaggio più netto. La Corte non si limita a riconoscere un effetto puntuale del matrimonio *same-sex* straniero; impone, per il matrimonio contratto nello Stato membro in cui i coniugi hanno creato o consolidato una vita familiare e ove manchino alternative effettive, il riconoscimento e la trascrizione dell'atto matrimoniale nel registro dello stato civile. La decisione non abolisce la competenza degli Stati in materia matrimoniale e non introduce un obbligo generale di apertura del matrimonio. Tuttavia, impedisce che quella competenza sia esercitata sino al punto di cancellare, nello Stato membro di origine, uno *status* familiare vali-

[32] Corte EDU, 14 dicembre 2017, *Orlandi e altri c. Italia*, ric. n. 26431/12 e altri; Corte EDU, 19 settembre 2024, *Formela e altri c. Polonia*, ric. n. 58828/12.

damente costituito in altro Stato membro. La libertà di circolazione diviene così garanzia di continuità transfrontaliera della vita familiare.

Gli effetti della sentenza non sono identici in tutti gli ordinamenti. Nei sistemi che non offrono alcuna forma di riconoscimento giuridico alle coppie dello stesso sesso, *Cupriak-Trojan* opera con forza particolarmente incisiva: il vuoto di tutela non può essere giustificato mediante il richiamo all'identità nazionale o all'ordine pubblico[33]. Negli ordinamenti che prevedono un istituto alternativo, come l'unione civile italiana, la questione è più sottile. Non si tratta di affermare automaticamente l'incompatibilità del *downgrading recognition*, ma di verificarne la tenuta sostanziale: l'unione civile deve assicurare uno *status* pieno e non deteriore, idoneo a garantire alla coppia una tutela sostanzialmente equivalente, e la verifica va condotta effetto per effetto, secondo il criterio già indicato, non per comparazione astratta fra i due istituti.

La verifica di equivalenza, del resto, non investe soltanto gli effetti: investe anche il nome. Si è osservato come il legislatore italiano, e con esso le Corti, evitino di adoperare il termine «famiglia» per le unioni civili e le convivenze, preferendo formule quali «comunità» o «nuclei di affetti», e come tale scelta lessicale si traduca in una discriminazione avvertita anzitutto dal minore che vi cresce[34]. La traiettoria tedesca già ricordata mostra quanto quella separazione sia fragile: una disciplina che riproduce in larga parte il modello matrimoniale ma ne rifiuta il nome tende, alla lunga, a non reggere. La questione che la portabilità dello *status* solleva sul piano transfrontaliero è, in fondo, la stessa che il lessico solleva su quello interno: fino a che punto la differenza del nome possa sopravvivere all'equivalenza della sostanza.

Il nucleo della trasformazione in atto è dunque il passaggio dalla libertà di circolazione come diritto di spostarsi alla continuità dello *status* come condizione per muoversi senza dover rinunciare alla propria identità familiare.

[33] Sull'esecuzione della sentenza v. Naczelny Sąd Administracyjny (Corte suprema amministrativa), 20 marzo 2026, II OSK 216/21, in *orzeczenia.nsa.gov.pl*, https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CE82955F7B (consultato il 5 agosto 2026), che, decidendo la controversia all'origine del rinvio, ha ordinato la trascrizione, affermando che essa costituisce nell'ordinamento polacco l'unico modo effettivo di riconoscere il matrimonio. I modelli dei documenti di stato civile sono stati adeguati dal regolamento del Ministro della digitalizzazione del 22 maggio 2026, in Dz. U. 2026, poz. 667, che, a norma del suo § 2, entra in vigore decorsi tre mesi dalla pubblicazione.

[34] S. Patti, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss.

ORIZZONTI

Laura Amico

Brevi note sul principio di precauzione nella giurisprudenza italiana e europea per la tutela dei diritti fondamentali

Abstract

La riflessione sul rapporto – ormai inevitabile – tra scienza, filosofia e diritto, nonchè la conseguente ricaduta degli effetti degli atti posti in essere dalle autorità competenti sulla società, inizia con la presa di coscienza che la scienza come il diritto hanno perso, nel corso degli anni, il valore di certezza lasciando spazio all'incertezza. Ciò ha avuto riflessi in diversi aspetti dall'ambiente alla salute umana, nei rapporti tra ordinamento nazionale, internazionale e comunitario chiamati a fornire nuove risposte a nuovi problemi e esigenze.

Reflection on the now-inevitable relationship between science, philosophy, and law – as well as the resulting impact on society of actions taken by competent authorities – begins with the realization that, over the years, both science and law have lost their quality of certainty, giving way to uncertainty. This has had repercussions across various areas, ranging from the environment to human health, and has affected the relationships between national, international, and Community legal systems as they are called upon to provide new responses to new problems and needs.

Parole chiave: scienza e diritto; principio di precauzione; interpretazione; bilanciamento; diritti fondamentali.
Key words: science and law; precautionary principle; interpretation; balancing; fundamental rights.

Sommario: Introduzione; 1. La tutela del diritto al cibo quale diritto fondamentale; 2. Principi, norme e valori; 3. Il principio di precauzione nell'ordinamento giuridico italiano e europeo; 4. Il principio di precauzione nella giurisprudenza italiana e europea.

Introduzione

Il tema affrontato nel presente lavoro è quanto mai attuale, nonché trasversale, potendo coinvolgere diverse discipline unite da un unico filo conduttore: la tutela dei diritti fondamentali. L'idea di partenza è la riflessione sul rapporto, ormai inevitabile, tra scienza, filosofia e diritto, nonchè la conseguente ricaduta degli effetti degli atti posti in essere dalle autorità competenti sulla società. Tra le discipline

enunciate si viene a creare un equilibrio assiologico, dal momento che: la filosofia si interroga sul bilanciamento tra il progresso tecnologico e il valore della vulnerabilità umana ed ecologica, il diritto attua il bilanciamento tra principi e interessi contrapposti e la scienza deve considerare la variabile dell'incertezza sia in termini diacronici – in quanto è possibile che le ricerche scientifiche conducano, nel corso del tempo, a nuovi risultati che determinano una diversa valutazione del rischio – sia in riferimento a situazioni sincroniche – laddove ci si trova di fronte a opinioni scientificamente diversificate[1] –. Il tratto comune tra scienza, filosofia e diritto, oggetto di riflessione del presente lavoro di ricerca, è che la scienza come il diritto hanno perso, nel corso degli anni, quel valore di certezza che per un lungo lasso di tempo le ha caratterizzate, lasciando spazio ad una ineliminabile incertezza che ha avuto riflessi in diversi aspetti dall'ambiente alla salute umana, nonché nei rapporti tra soggetti dell'ordinamento nazionale, internazionale e comunitario. Il legame tra diritto e scienza diventa ancora più forte a seguito delle situazioni di rischio che si sono venute a creare negli ultimi anni nella società e che hanno comportato l'utilizzo, sempre più forte, da parte degli Stati di procedure emergenziali per fronteggiare circostanze eccezionali. L'ordinamento giuridico, di conseguenza, è stato chiamato a fornire nuove risposte a nuovi problemi e a nuove esigenze che si sono verificati sempre più spesso nella società in modo così frequente da non avere più il carattere di eccezionalità, facendo correre il rischio che "lo stato di emergenza diventi la norma". Dunque, l'ordinamento giuridico è chiamato a dare risposte e a fornire rimedi per la protezione dei diritti fondamentali ricorrendo anche a nuove modalità di intervento non potendo più operare utilizzando né le vecchie categorie giuridico-sociali nè le sole norme dell'ordinamento giuridico. Il ricorso è ai principi generali e fondamentali coinvolgendo, per le questioni poste, non solo la valutazione della sfera giuridica, ma anche etico-morale. Ovvero, si deve fare ricorso a strumenti capaci di dare risposte adeguate al prodursi delle nuove circostanze in grado di fornire tutele efficaci ai diversi diritti e alle diverse libertà in gioco: la libertà economica, la salute, la vita. Tali necessità di tutela – non coinvolgendo solamente aspetti tipici delle decisioni politico-amministrative né strettamente decisioni economiche e imprenditoriali –,

[1] I. Canfora, *Incertezza scientifica e principio di precauzione nel diritto alimentare*, in Annali di diritto costituzionale, (a cura di) A. Barbera e A. Morrone, *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, Atti del Convegno "*La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato*" Bologna, 2022.

sono a carattere più che mai circolare dovendo garantire la partecipazione di tutti – poteri pubblici, imprese, privati, cittadini, associazioni – che vedono ricadere su se stessi gli effetti degli atti posti in essere.

Ulteriore considerazione per la quale si ritiene che la tutela dei diritti fondamentali[2] non possa basarsi unicamente su norme ordinamentali risiede nel fatto che, ai tempi di oggi e in relazione alle questioni per le quali si chiede tutela, le fonti presenti in un singolo ordinamento talvolta risultano insufficienti dovendo – il giurista – fare ricorso a fonti comunitarie e internazionali, a principi talvolta di origine giurisprudenziale. Ciò è quello che si è verificato, in particolare, per il principio di precauzione.

Tale principio trae origine dal diritto ambientale tedesco[3] e dalle Dichiarazioni e Convenzioni di diritto internazionale, entrando nel corso del tempo a pieno titolo nel diritto europeo e nazionale. Già dalla formulazione letterale dell'art. 7 reg. n. 178/02[4], si nota subito che il suo contenuto è vago, non delineato, anzi piuttosto indeterminato, rendendo spesso tale principio di difficile applicazione. Lo stile adottato per la formulazione del principio in esame fa sì che lo stesso possa essere diversificato da caso a caso, potendo assume diverse declinazioni a seconda del contesto in cui viene inserito. È «un precetto di *moral suasion* rivolto agli Stati, se contenuto negli atti internazionali di principio (come ad esempio la Dichiarazione di Rio del 1992[5]); parametro giuridico e elastico rivolto agli organi detentori dei poteri di indirizzo politico dei singoli Stati (quando è previsto nelle disposizioni costituzionali o nei Trattati istitutivi di organizzazioni sovranazionali come l'Unione Europea); precisa regola di condotta se cristallizzata in accordi internazionali, direttive e regolamenti europei o leggi dello Stato che si occupano dei settori strettamente coinvolti da questo principio; principio che guida l'azione dei giudici o dell'amministrazione pubblica se codificato in fonti del diritto riconosciute dall'ordinamento interno. In quest'ultimo caso esso si traduce in concreto in una decisione (amministrativa o giurisdizionale), con efficacia vincolante, che segue gli ordinari principi del diritto pubblico inter-

[2] D. Castellano (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Napoli 1996.

[3] AA.VV. *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, (a cura di) A. Bianchi e M. Gestri, Milano, 2006.

[4] Regolamento n. 178/02/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee del 1 febbraio 2002.

[5] Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo, Conferenza delle Nazioni Unite su "Ambiente e sviluppo", 1992.

no[6]». Avendo il principio contenuto vago, lo stesso può avere diverse declinazioni: da una versione debole a una versione forte della precauzione[7]. Data la natura del principio, nonché la sua formulazione testuale, è richiesta una forte attività interpretativa caratterizzante non solo la fase applicativa, ma anche e soprattutto quella che precede e che segue l'applicazione. La forza espansiva del principio ha permesso che lo stesso potesse essere applicato anche in altri settori[8]. Ciò ha comportato ulteriori problemi per gli interpreti dovendo attribuire allo stesso un contenuto unitario, sebbene applicabile in circostanze diverse tra loro, dando, al principio, interpretazioni differenti tra loro. La soluzione individuata è stata quella di considerare il principio di

[6] C. Iannello, *Note sul principio di precauzione*, in L. Chieffi, *Frontiere mobili. Implicazioni etiche della ricerca biotecnologica,* Centro interuniversitario di ricerca bioetica, 2014, 239 ss. in cui l'A. sostiene che il principio in esame o si atteggia indicazione flessibile, che dovrà essere concretamente fatta valere dagli Stati nazionali (quindi dai legislatori, dagli amministratori o dai giudici), oppure si formalizza in una procedura da applicare al fine di pervenire a una decisione (com'è, ad esempio, nel caso della disciplina europea nazionale relativa agli organismi geneticamente modificati) oppure, infine, si traduce direttamente in una regola di condotta, cristallizzandosi in un obbligo (derivante direttamente dalla legge, da una sentenza o da un atto amministrativo) che trova il proprio fondamento in tale principio.

[7] In dottrina diversi autori ritengono che il principio di precauzione discenda dal principio di responsabilità, ma con il tempo soprattutto in ambito applicativo, vi è stato un allontanamento del principio di precauzione dal principio di responsabilità dal momento che se fossero continuati a restare uniti ciò avrebbe condotto un'interpretazione forte della prudenza. Il principio di precauzione, soprattutto in seguito all'attività interpretativa necessaria e precedente la fase applicativa, conduce ad una interpretazione più debole. Il principio di responsabilità legittima comportamenti di astensione dinanzi a fenomeni di rischio, mentre il principio di precauzione implica di porre in essere le procedure per la gestione del rischio, portando la scienza a dotarsi di maggiori conoscenze e la società ad una partecipazione attiva nelle decisioni tecnico scientifiche.

[8] C. Iannello, *Note sul principio di precauzione*, in L. Chieffi, *Frontiere mobili*, cit, 241. Il principio di precauzione coinvolge una pluralità di dimensioni della conoscenza: quella scientifica, che utilizza l'applicazione come criterio operativo nelle situazioni di incertezza; quella economica, che nell'approccio della precauzione è destinata ad integrarsi con un altro fondamentale principio di tutela ambientale, ossia quello dello sviluppo sostenibile; quella politica, che valuta in termini discrezionali la portata dell'accettabilità dei rischi ecologici; quella etica, che vede nella precauzione la strada attraverso cui garantire l'applicazione del principio della responsabilità verso le generazioni future; quella giuridica, che utilizza il principio di precauzione per dare una risposta in termini socialmente accettabili ai fattori di incertezza scientifica che coinvolgono le attività legate all'applicazione delle nuove tecnologie.

precauzione come parametro[9] comune per l'attribuzione di rilevanza giuridica a situazioni caratterizzate da incertezza scientifica.

La contraddittorietà delle interpretazioni trova in parte la sua motivazione probabilmente nella sua stessa natura di principio. Può capitare, quindi, che in sede di bilanciamento su un principio si formino opzioni interpretative diverse a seconda degli interessi che in quella sede si decide di far prevalere in base al contesto nazionale, sovranazionale o internazionale in cui si agisce. La conclusione del bilanciamento può essere più o meno favorevole all'uno o all'altro determinato interesse[10] preso in considerazione.

Gli interpreti tendono a riconoscere al principio natura meta-giuridica collocandolo nelle linee guida nazionali, comunitarie e internazionali non solo in tema ambientale, ma anche di sicurezza alimentare. In particolare, applicando il principio di precauzione nel diritto alimentare, il riferimento normativo è senz'altro il reg. n. 178/02 che disciplina i principi e i requisiti della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare, fissandone le procedure per la definizione di soluzioni giuridiche in situazioni di rischio. In tali ipotesi, l'Autorità, dunque, è chiamata a fornire soluzioni giuridiche che garantiscano la tutela del consumatore bilanciata con le peculiarità del bene-alimento in oggetto, tenuto conto degli effetti che l'assunzione del bene-alimento produce sulla collettività e della ricaduta degli effetti della decisione sulla società prendendo in esame il concetto di rischio, di sicurezza e di tutela della salute. È per questi motivi che l'attività posta in essere non può che definirsi ermeneutica, dal momento che il rapporto tra scienza e diritto richiede, anche e soprattutto per la fase attuativa, un metodo per garantire fondamento scientifico al processo decisionale. Nonché per la forte discrezionalità di cui sono dotate le istituzioni competenti nel momento in cui la valutazione scientifica non permetta di stabilire con certezza se ci sia rischio

[9] Il principio è il valore fondamentale che ispira l'ordinamento giuridico; sono le scelte di fondo, i valori etico-politici tipici di uno Stato. Non sono dichiarazioni astratte, ma hanno forza normativa primaria. Il parametro è la norma specifica, è lo *standard* concreto utilizzato anche in sede giurisprudenziale. È il termine di paragone oggettivo utilizzato per giudicare la legittimità di una legge.

[10] Il principio di precauzione chiama infatti in causa una serie di valori e di principi costituzionali tra loro in conflitto. Da un lato, vi sono le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente e della salute umana, dall'altro lato la libertà di iniziativa economica privata, mentre sullo sfondo viene in causa anche la libertà di ricerca scientifica. Il principio di precauzione è dunque più che indicare esso stesso la direzione da intraprendere in ogni singolo caso specifico, assuma un importante nell'ambito del bilanciamento tra valori e principi costituzionali.

o meno e la conseguente scelta nell'applicare o meno il principio di precauzione. Tale discrezionalità non deve mai tradursi in adozioni arbitrarie e prive di fondamento scientifico e giuridico. Le autorità competenti, nel loro operato, non potranno prescindere altresì dalla valutazione dell'impatto della decisione sull'opinione pubblica condotta secondo i dati scientifici acquisiti, dei dati e dei risultati affidabili della ricerca condotta sul bene-alimento fino a quel momento. Il principio di precauzione è parametro per la scelta politica della norma da applicare al singolo caso per la tutela della sicurezza alimentare, dal momento che la mutabilità dei risultati scientifici, la loro incertezza incidono sulla valutazione del rischio portando o meno all'attuazione di misure protettive per la salute delle persone con conseguenze anche sul piano economico. È per questo che le misure eventualmente adottate hanno il carattere della temporaneità, essendo caratterizzate da incertezza scientifica, informazioni disponibili in quel preciso momento, richiedendo attività di continuo aggiornamento e monitoraggio durante tutto il periodo di vigenza delle misure e la revisione periodica delle stesse entro un lasso di tempo ragionevole. Ciò implica che il rapporto tra scienze e diritto è condotto in termini diacronici dal momento che i risultati scientifici, nel tempo, possono portare a conclusioni diverse che ridefiniscono il concetto di rischio con opinioni scientifiche diversificate.

1. *La tutela del diritto al cibo quale diritto fondamentale*

Nel campo del diritto alimentare, in dottrina ricorrente è la domanda se sia o meno necessario positivizzare il diritto al cibo affinché possa ricevere un'adeguata tutela. Se si parte dall'assunto per cui il cibo è un bene pubblico, è un diritto della persona e, di conseguenza, dell'intera collettività e sebbene si possa pensare che un valore racchiuso in un testo normativo possa avere una maggiore efficacia, si ritiene che ciò non sia necessario. La valorizzazione dell'alimentazione, e più in generale del diritto al cibo, può ricevere ampia tutela anche a mezzo di applicazione legislativa e/o giurisprudenziale, interpretativa, dal momento che molti testi costituzionali – compresa la Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – risultano privi di un esplicito riferimento normativo. Dunque, non si tratta di inserire in un testo normativo un "nuovo" diritto – il diritto al cibo – quanto di ricavare nuova lettura di un diritto fondamentale legato all'esistenza umana. Per questo si parla di un diritto fondamentale, inviolabile, legato alla vita e alla integrità fisica.

Il diritto suddetto può, comunque, ricevere tutela attraverso il ricorso all'interpretazione di norme e principi già positivizzati, dotati di uno schema valoriale aperto, di principi di origine etico-morale, politico- economico: come ad esempio gli articoli 2, 3, 9, 10, 11, 32, 36, 38 e 41. Norme che si riferiscono alla persona, all'uguaglianza, all'integrazione nazionale e sovranazionale dell'ordinamento interno, alla tutela della salute, del paesaggio e dell'ambiente, della libertà economica. Da non dimenticare, inoltre, l'articolo 117 Cost. che funge da parametro di costituzionalità delle leggi e di relazione con disposizioni contenute nei Trattati UE e internazionali. Il diritto al cibo è, dunque, un diritto umano legato ai diritti alla vita e ai diritti fondamentali che, proprio per la loro natura, impongono un dovere di giustizia non solo per il singolo, ma per tutta l'umanità. Ragion per cui dovranno considerarsi fondamentali tutti quei diritti e quelle libertà che ne permettono il pieno riconoscimento a prescindere dal fatto di essere menzionati esplicitamente in un testo normativo.

A livello europeo rientra tra i principi generali e diritti fondamentali garantiti dalla CEDU risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, (situazione identica nella Carta di Nizza). Il diritto si ricava implicitamente dal riconoscimento di altri diritti fondamentali come, ad esempio, il diritto alla vita[11]. Il dibattito sui diritti fondamentali[12] ha cessato di essere discussione chiusa nei confini nazionali, diventando discussione globale. Quando parliamo di diritti fondamentali, ci riferiamo a diritti che spettano alla persona in quanto tale, ai diritti esistenziali di cui la persona è titolare a prescindere dal contesto storico-sociale in cui è inserita. Il contenuto dei diritti fondamentali rispecchia le esigenze, i bisogni e gli interessi della persona[13].

[11] Sul concetto di persona si rimanda, *ex multis*, A. Occhipinti, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino, 2012; E. Maestri, *Il diritto alla vita è un diritto inalienabile?*, Biodiritto, 2015; M. D. Vila-Coro*, I diritti umani e il diritto alla vita, in* J. De Dios Vial Correa, E. Sgreccia*,* a cura di*, Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita. Le sfide del contesto contemporaneo,* Città del Vaticano*,* 2003; G. Limone, *La persona come evento ontologico e come evento filosofico*, in Rivista Persona, 2011; S. Sorrentino, *Il codice personalistico e il paradigma fenomenologico-antropologico della persona*, in *La persona come paradigma di senso*, Torino, 2009.

[12] V. Zagrebelsky, *Manuale dei diritti fondamentali*, Bologna, 2022; F. Riccobono, *I diritti e lo Stato*, in Collana Univ. Napoli-Dip. di scienze dello stato, Torino, 2005; F. A. Cappelletti, *Diritti umani e sovranità. Per una ridefinizione del politico*, Torino, 2000; Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001; A. Scerbo, *Un dialogo del tempo passato: il "mio" Francesco Gentile*, L'Ircocervo, 2014.

[13] G. Capograssi, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in Id., *La vita*

L'enunciazione di tali diritti in testi normativi è di natura dichiarativa e non costitutiva, nel senso che una volta posti in essere spetta all'autorità vigilare sull'esatta osservanza, effettiva applicazione e, in caso contrario, provvedere a sanzionare il comportamento lesivo. La tutela dei diritti fondamentali deve avvenire aldilà del fatto di essere racchiusi in un ordinamento giuridico; tali diritti devono essere letti in una visione dinamica in continua evoluzione. Nella tutela dei diritti fondamentali rilevante ruolo è assunto dall'interprete nella sua attività ermeneutica e dagli organi giurisdizionali deputati alla tutela: Corte costituzionale; Corte di giustizia UE e Corte europea dei diritti dell'uomo. L'attività dell'interprete non è solamente dichiarativa di diritti già esistenti, ma creativa di bisogni emergenti nella società, ricavando norme da principi.

Alla Carta dei diritti fondamentali è stata riconosciuta natura dichiarativa, ricognitiva, specificativa e rafforzativa di diritti operanti in Europa. È codificazione comunitaria di diritti fondamentali; è parametro normativo con cui la Corte valuta le azioni e i comportamenti degli Stati; è strumento interpretativo per i giudici interni per un'interpretazione adeguatrice di norme interne con il diritto comunitario.

I diritti garantiti dalla CEDU sono qualcosa in più di meri obblighi reciproci tra gli Stati, essi danno origine ad un obbligo di prevenzione e rimedio di fronte a ipotesi di lesione. La CEDU ha il potere di controllare le violazioni effettive dei diritti garantiti dalla Convenzione, non limitandosi a tutelare un interesse soggettivo effettivamente pregiudicato.

Nel rapporto tra Cedu e Costituzione, gli Stati aderenti alla Convenzione hanno mantenuto l'autonomia dei propri ordinamenti rispetto a quello Cedu. Ai sensi dell'articolo 46, la Cedu ha il compito di valutare se uno Stato ha violato un diritto fondamentale, ne valuta il comportamento, non incidendo con potere di annullamento degli atti dei giudici interni ma, secondo il principio di sussidiarietà, prevede un'equa soddisfazione effettuando un bilanciamento tra i diritti. La Corte di Giustizia riconosce i diritti Cedu, ne garantisce il rispetto riconoscendoli come principi generali del diritto comunitario, ponendosi le due Corti in rapporto di coordinamento e di armonizzazione. Le sentenze della Corte UE hanno effetto ex articolo 11 Costituzione, emesse per rinvio pregiudiziale, hanno valenza *ultra partes*, mentre le sentenze Cedu hanno contenuto più ampio rispetto alla singola causa

etica, raccolta di scritti a cura di F. Mercadante, Milano, 2008; *Il diritto secondo Rosmini*, in Id., *La vita etica,* cit; A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, Padova, 1967.

perché individuano misure per ripristinare la situazione precedente alla violazione e misure per rimuovere le cause della violazione. I giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo devono valutare: le peculiarità giuridiche degli Stati; la diversità di tradizioni e culture, dei valori e dei principi, devono tener conto dell'argomento comparativo per individuare principi e regole di giudizio per un equilibrio tra pretese individuali e interessi di ordine pubblico. L'argomento comparativo è legato al *consensus standard* che si ottiene dalla valutazione effettuata dai giudici per individuare la regola di giudizio da applicare al caso concreto. I giudici valutano secondo un quadro più ampio di quello del singolo ordinamento, è per questo che valutano caso per caso valutando la ricaduta degli effetti dell'atto. La decisione non è frutto solo di qualificazione sul dato sillogistico, di interpretazione letterale e sistematica, ma è effettuata secondo un criterio di corrispondenza dei significati.

2. *Principi, norme e valori*

Ulteriore motivo per cui il principio di precauzione non richiede una precisa positivizzazione risiede nell'osservazione secondo la quale se relegato in un testo normativo si snatura, allontanandosi dalla *ratio* che ne ha determinato la creazione in sede internazionale al fine di fornire protezione all'ambiente, alla salute e alla vita in situazione di rischio e di incertezza scientifica.

Si potrebbe addirittura dubitare che esso appartenga alla categoria delle norme di diritto positivo[14]. Dunque, sul piano applicativo, il passaggio da contenuto a carattere generale a norme cogenti rischia di fare perdere al principio quel contenuto finalisticamente orientato al risultato di protezione dell'ambiente e della salute in una logica precauzionale. È, pertanto, la stessa collocazione della precauzione nell'ambito dei principi giuridici che inserisce nel mondo del diritto un valore sentito dalla collettività. Per la sua configurazione, cioè, svolge la funzione di dare voce a un'istanza di carattere etico-sociale[15]. Oc-

[14] L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificate i profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2004, 109.

[15] Alcuni autori usano i concetti di principi e di valori in modo fungibile, limitandosi a distinguerli dalle regole. Il valore non propriamente riassorbe il principio ma contribuisce a costruirlo come tale, come regola giuridicamente tendenzialmente espansiva. Il valore è l'insieme della eticità sociale che trasforma una norma-regola di

corre, dunque, tenere a mente la distinzione tra principi, valori e norme[16]. I principi – ossia le ragioni alla cui luce possono giustificarsi altre norme – hanno un senso deontologico, i valori – ossia le scelte condivise desiderabili – hanno un senso teologico, mentre le norme valide obbligano o vietano ai loro destinatari un comportamento. Le norme sono valide o invalide; i valori stabiliscono delle relazioni di preferenza, per le quali noi possiamo essere più o meno d'accordo; mentre i principi fondamentali ispirano la creazione dell'ordinamento giuridico[17]. Inoltre, il significato lessicale dei principi è perlopiù auto-evidente e non c'è nulla che abbia da essere estratto fuori ragionando sulle parole[18]. È noto che i principi-valori devono poi essere bilanciati con tutti quegli altri principi con cui, eventualmente, entrino in contrasto attraverso la tecnica del bilanciamento[19]. Il principio di precauzione,

principio. Il valore è il substrato etico-sociale che costituisce il principio. Secondo J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, in L. Ceppa (a cura di), Milano, 1996, 302 ss.

[16] E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971; E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990: L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955; G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, in Foro.it, Roma, 1937; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Padova, 2010.

[17] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 148; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 205 ss., il valore è un bene finale, fine a se stesso, che sta dinanzi a noi come una meta che chiede di essere perseguita attraverso attività teleologicamente orientata a beni finali; mentre i principi sono beni iniziali, che vengono assunti come qualcosa che vale, ma che a differenza dei valori, chiedono di essere realizzati attraverso attività conseguenzialmente determinate. I valori, come tali (indipendentemente quindi dai loro contenuti, sono incompatibili con le esigenze dello stato di diritto perché contengono implicitamente una propensione totalitaria, nel senso di propensione ad assorbire e annullare qualunque ragione contraria, ed esprimono un incontenibile e incontrollabile concezione vitalistica dell'esistenza individuale e collettiva. I principi, a differenza dei valori, non sono affatto privi di contenuto normativo circolazione.

[18] I principi fondamentali sono i valori supremi e immodificabili che danno identità a una nazione; sono le linee guida e i valori etico-politici che fungono da bussola per la creazione normativa. I principi generali sono le regole guida che aiutano a interpretare e colmare le lacune dell'ordinamento giuridico e per risolvere i casi non previsti dalla legge. Dunque, i principi fondamentali sono scelte politiche costituzionali esplicite mentre i principi generali sono ricavati per astrazione e generalizzazione da leggi già presenti nell'ordinamento giuridico.

[19] Per bilanciamento costituzionale si intende una tecnica argomentativa sviluppata dalle Corti costituzionali per risolvere un conflitto tra pretese giuridiche confliggenti. Il bilanciamento costituzionale presuppone un'idea di Costituzione e di interpretazione costituzionale che mettono in discussione la tradizionale ottica della cen-

dunque, funge da regola secondo cui ogni azione umana dovrebbe essere ispirata alla prudente cautela, specie nella misura in cui queste azioni sono in grado di procurare danni. Principio potrebbe essere spiegato nel seguente modo: «la primazia riconosciuta all'essere umano, alla salvaguardia della sua salute e dell'*habitat* entro cui esplica la sua personalità, impongono un dovere di astensione dell'attività rischiosa, indipendentemente dal costo economico-sociale che ne potrebbe discendere[20]». La dimensione etica della precauzione permette al principio di qualificarsi non solo come regola di condotta morale, ma come fondamento giuridico della responsabilità per lo sviluppo sostenibile nei confronti delle generazioni future, secondo la nota formula e elaborata da H. Jonas «agisci in modo che le conseguenze della tua azione non distruggono la possibilità di futura vita sulla terra[21]». Quest'ultimo aspetto distingue il principio fondamentale dai principi generali, ed è ragione per cui non si può non propendere per l'inserimento del principio di precauzione tra i principi fondamentali del diritto. L'adozione di atti di precauzione da parte delle autorità competenti richiede una metodologia[22] procedurale affinché gli atti posti in essere non risultino frutto di una mera discrezionalità politica, per cui si richiede la necessaria osservanza – da parte dell'operatore – delle varie fasi e soprattutto di quella valutativa. Quest'ultima considerazione (dunque per la natura stessa del principio e per il suo *iter* applicativo) consente di dare al principio di precauzione una lettura ermeneutico-giuridica. Un esempio pratico è rappresentato dalle disposizioni che stabiliscono le procedure per ottenere autorizzazioni all'uti-

tralità del testo scritto e dell'interpretazione come mera operazione logico-sillogistica: dalla consapevolezza che i testi costituzionali esprimono valori, alcuni dei quali possono anche configgere tra loro, sorge la necessità di risolvere questi conflitti non più sulla base di una visione meccanicistica, ma attraverso il bilanciamento costituzionale tra essi creando una scala assiologica mobile. In altri termini, i valori sono oggetto di una ponderazione.

[20] L. Chieffi, *Biotecnologie e valori costituzionali, in Atti del Convegno su "Biotecnologie e tutela del valore ambientale", Belvedere di San Leucio (Caserta), 6 e 7 giugno 2002,* a cura di*,* L. Chieffi, Torino, 2003.

[21] H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1993.

[22] Il richiamo è alla metodologia giuridico-ermeneutica, cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit; E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit.; T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952; M. Meroni, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano, 1989; F. Petrillo*, La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Torino, 2005.

lizzo di nuove tecnologie, come ad esempio le Direttive europee in materia di OGM[23]. La Commissione europea, nella Comunicazione del 2000 ha precisato le linee guida che devono presiedere l'adozione di ciascun atto fondato sul principio di precauzione e ha sviluppato i criteri che devono orientare i poteri pubblici nell'applicazione delle misure precauzionali. Le stesse dovranno essere importate ai criteri di: proporzionalità, non discriminazione (uguaglianza o disparità di trattamento), coerenza (misure coerenti con quelle adottate in situazioni analoghe, esame costi e benefici, esame costante dell'evoluzione scientifica). Ecco quindi che ci troviamo di fronte a un metodo per l'adozione di misure precauzionali. Un metodo necessario al fine di costruire, su questioni controverse, ciò che è necessario sulla base del consenso sociale idoneo a rassicurare la collettività. L'aspetto circolare della decisione risulta essere evidente dal momento che in sua assenza sarebbe molto complesso realizzare attività che recano in sé una indubbia carica di allarme sociale, con riferimento ai possibili danni per l'ambiente e la salute[24]. Il principio di precauzione, inoltre, ha portato con sé la necessità di considerare altri principi che traggono origine dal diritto internazionale dell'ambiente, ma che ben presto sono stati recepiti dall'ordinamento europeo e nazionale. Il riferimento è ai

[23] In particolare, mentre il regime normale per la commercializzazione di un prodotto si fonda sulla libertà di iniziativa economica privata, per cui la sua immissione in commercio è libera, nel campo di applicazione delle nuove tecnologie la prova della non pericolosità del prodotto sarà data dalle imprese, attraverso il principio procedurale dell'inversione dell'onere della prova. Vi è, cioè, una presunzione di pericolosità del prodotto, tecnicamente definita relativa, nel senso che è superabile: spetta all'impresa che vuole mettere un dato prodotto in commercio o al ricercatore che intende utilizzarlo per fini scientifici fornire la prova della non pericolosità.

[24] A quest'ultima considerazione bisogna inoltre aggiungere che all'amministrazione non viene ad essere conferito un potere senza limiti dovendo la stessa misurarsi (oltre che con i principi posti dalla legge) con le acquisizioni scientifiche (e dunque con gli organismi tecnici e scientifici), con tutte le posizioni (individuali e collettive) interessate dalla decisione (alle quali deve essere garantita la possibilità di partecipare al procedimento di formazione della volontà della amministrazione) ed essendo anche sottoposta al controllo giurisdizionale (che mira infatti a verificare la necessarietà, appropriatezza e ragionevolezza delle misure adottate). E proprio grazie all'esame del procedimento di formazione della volontà poi contenuta nella misura precauzionale si prende pienamente consapevolezza del contenuto del principio di precauzione quale "principio-guida" nel percorso che, nelle situazioni caratterizzate da incertezza scientifica, porta dalla analisi del rischio alla decisione sulla gestione del rischio. Cfr., R. Tintomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

principi di informazione, di partecipazione e di trasparenza, che affondano le proprie radici in importanti Convenzioni internazionali, per essere, poi, stati positivizzati sia dall'ordinamento sovranazionale che da quello degli Stati membri[25]. Ciò dimostra che la precauzione è sì un principio, ma con significato prevalentemente procedimentale. È stato correttamente osservato che «l'attuazione del principio di precauzione non passa attraverso la condivisione della stessa verità scientifica, né attraverso l'impossibile riconoscimento dell'oggettività del rischio, ma attraverso il rispetto delle procedure in funzione delle quali si mettono concretamente in opera le misure precauzionali[26]».

Nel contesto odierno, il dibattito tra scienza e diritto, e soprattutto sull'utilizzo della scienza e della tecnologia in ambito alimentare e non solo, è sempre più acceso comportando una frattura nel tessuto valoriale e sociale, comportando una perdita e/o trasformazione del sistema valoriale negli ordinamenti statali su questioni di interesse globale. Si avverte, nitida, la necessità di sganciarsi dal discorso sulla comparazione tra norme appartenenti a contesti differenti richiedendo una riflessione sul diritto che sempre più è diacronico e diatopico. E in questa ottica che la indeterminatezza del principio di precauzione rappresenta una virtù e non un limite permettendo allo stesso di essere utilizzato in diversi contesti e di essere oggetto di bilanciamento con altri principi rinviando la decisione ai singoli casi rimanendo fedele e coerente alla sua stessa natura. Un principio sintomo dell'affermazione di un diritto postmoderno[27]; di un diritto in cui la rigidità ha ceduto il passo alla flessibilità, l'astrazione (tipica della norma di portata generale) a decisioni prese caso per caso, la stabilità alla congiuntura e l'autorità alla regolazione collaborativa. Come è stato opportunamente affermato in dottrina, siamo di fronte a «un diritto basato sulla natura pragmatica, graduale, instabile e reversibile delle norme. Un diritto in cui gli stessi principi assumono un contenuto procedimentale, astenendosi dall'effettuare precise opzioni valoriali, che risulteranno caso per caso dall'applicazione delle procedure; un diritto privo di contenuto, o meglio capace di fare proprio qualsiasi contenu-

[25] G. F. Ferrari, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo n. IV/2002.

[26] L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale comunitario. La disciplina del commercio di organismi eticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, cit.

[27] N. De Sadeleer, *I principi ambientali tra diritto moderno e post-moderno*, in D. Amirante (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006.

to[28], un nuovo diritto a struttura aperta». Il principio di precauzione opera una vera e propria rottura epistemologica della scienza giuridica, contribuendo a definire un nuovo diritto a struttura aperta che non risponde necessariamente al paradigma del positivismo giuridico, né alla distinzione, pure consolidata, tra *hard Law* e *soft Law*. Il principio di precauzione, in questo modo, «apre la strada a una nuova categoria normativa, quella della regola contenuto indeterminato, che assegna in termini relativamente astratti missioni specifiche all'autorità decisionali, nazionali e internazionali, nel quadro di determinate politiche pubbliche, facendosi altresì trasportatrici di rilevanti mutamenti dell'ordine giuridico tradizionale[29]». In altri termini, e in certo senso in modo paradossale, «nel momento in cui la precauzione acquisisce una dimensione giuridica, questa dimensione finisce per soggiacere alla stessa condizione di incertezza che costituisce uno dei presupposti essenziali per l'applicazione della logica precauzionale. Si assiste così, da un lato, al passaggio da una scienza incerta una scienza negoziata a cui corrisponde sul piano del diritto nel passaggio dalle norme rigide ai precetti a struttura aperta[30]». Nel panorama europeo e nazionale, l'interpretazione del principio di precauzione è in continua evoluzione seguendo il repentino rapporto tra scienza, tecnologia e diritto, rappresentando uno strumento per governare l'incertezza e garantire efficienza alle misure poste in essere[31].

3. *Il principio di precauzione nell'ordinamento giuridico nazionale e europeo*

Il dibattito di dottrina e giurisprudenza sulla natura del principio di precauzione è incentrato, da un lato, sulla possibile connessione tra rischio (inteso quale previsione di un evento negativo) ed emergenza (da declinarsi quale necessità di fronteggiare una situazione imprevi-

[28] N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007; N. Irti, *Il nichilismo giuridico*, Bari 2004.

[29] L. Marini, *Il principio di precauzione del diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati i profili di sicurezza alimentare,* cit, 110.

[30] L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, cit. 36.

[31] R. Titomanlio, *Il principio di precauzione tra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018, p. 3.

sta) e, dall'altro, sulla netta separazione tra l'amministrazione dell'emergenza[32] da quella del rischio[33]. A stabilire ciò è la legge 241/90, così come modificata dalla legge 15/05 che, all'articolo 1, inserisce tra i principi generali dell'attività amministrativa il principio di precauzione in quanto «principio generale dell'ordinamento europeo che obbliga le autorità competenti ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici[34]» è stato ricompreso a pieno titolo, anche formalmente, tra i principi generali dell'azione amministrativa nell'ordinamento italiano[35] assumendo uno spazio ed un rilievo un tempo inimmaginabili[36]. Risulta necessaria, quindi, una netta e necessaria differenziazione tra il principio di precauzione (riconducibili a situazioni di incertezza scientifica) e quello di prevenzione[37] (in riferimento a danni potenziali) in quanto rapportati a due fattispecie differenti tra loro[38]. La sempre maggiore rilevan-

[32] Lo Stato emergenziale del principio precauzionale, che legittima ipotesi derogatorie alle disposizioni ordinarie delle pubbliche amministrazioni, necessita di tenere in forte considerazione, per le proprie decisioni, non solo valutazioni scientifiche e tecniche ma anche e soprattutto il coinvolgimento degli interessi allo stesso provvedimento.

[33] Non legittima deroghe alle disposizioni ordinarie in materia di competenza, obbligando le pubbliche amministrazioni ad assumere le proprie decisioni sulla base di un puntuale percorso istruttorio e valutativo.

[34] cfr. Tribunale CE, 26 novembre 2002, cause riunite T-74 00 e altre, Artegodan, in Riv. It dir pub.com, 2004, p. 632; Corte di Giustizia, sentenza 24 luglio 2003, C-39 03, v Artegodan, in Rass. Dir. Farmaceutico, 2005, 4, p. 841.

[35] F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, 57.

[36] M. A. Sandulli, (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

[37] Il principio di precauzione postula che è necessario predisporre tutte le misure necessarie per prevenire effetti nocivi. La precauzione è ammessa, anche, in presenza di un rischio potenziale. ammettendo l'adozione di misure riparatorie, anche in riferimento a circostanze la cui dannosità non sia scientificamente accertata.

[38] M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 169. L'A. afferma come il principio dell'azione preventiva e gli strumenti che lo realizzano trovano supporto e potenziamento grazie ad un altro principio direttamente connesso con il concetto di prevenzione, ma che, per gli specifici caratteri che lo connotano, assume una propria autonoma configurazione: il principio di precauzione o del cosiddetto approccio precauzionale. Cfr G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in Dir. Pub., 2000 4P. 1080 86. Per l'A. il principio di precauzione si differenzia da quello di prevenzione non solo qualitativa-

za del principio di precauzione, nell'attuale panorama giuridico nazionale ed europeo può, inoltre, essere rinvenuta nel sempre maggiore rilievo dello stesso non solo in settori quali ambiente e salute, ma anche in tematiche connesse a profili di responsabilità civile e penale, quale diretta conseguenza degli sviluppi e delle acquisizioni scientifiche e tecnologiche. L'impostazione precauzionale viene, nelle Convenzioni internazionali e nei documenti non vincolanti che si sono susseguiti nel tempo, giustificata dalla necessità di prevenire danni gravi difficilmente riparabili, quale diretta conseguenza dell'omessa valutazione dei rischi connessi all'esercizio di determinate attività (diretta conseguenza di tale compito è stata l'esigenza di prevedere, non solo chiari e puntuali nozioni scientifiche sempre aggiornate ma anche un'ampia scelta di soluzioni alternative[39]). Dopo la Dichiarazione di Rio, il principio di precauzione è stato velocemente recepito a livello europeo nel Trattato di Maastricht (articolo 174 t.c., oggi articolo 191 T.F.U.E.), grazie al quale lo stesso è stato inserito tra i principi fondamentali della politica europea ambientale insieme al principio di prevenzione, correzione e a quello del cosiddetto "chi inquina paga", considerati i pilastri dell'Unione Europea in materia di politica ambientale. In seguito, la Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 (com-2000-01) ha incluso il principio di precauzione nell'alveo dei principi generali dell'ordinamento europeo, derivandone da ciò l'obbligo, in capo alle amministrazioni, di adottare, nell'ambito delle rispettive competenze attribuite dalle disposizioni di settore, provvedimenti appropriati a fine di prevenire rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, sacrificando, in alcuni casi, quelle esigenze connesse alla protezione di interessi economici[40]. Nello specifico, infatti, viene evi-

mente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto qualitativamente, perché è basato su un modo nuovo di percepire i pericoli derivati dal progresso.

[39] A. Zero, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. Bifulco-A. D'Aloia, *Un diritto per il futuro*, *Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale,* Napoli, 2008, 84, secondo la quale questa esigenza impone un dialogo sempre più stretto, in cui da un lato, la ragionevolezza delle decisioni giuridiche dipende sempre più dall'attendibilità dei riscontri scientifici su cui esse si basano, mentre, dall'altro, la legislazione diviene sempre più pervasiva, imponendo l'adozione di tecnologie aggiornate, capace di ridurre l'impatto delle attività sull'ambiente.

[40] a. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; a. Von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011.

denziato come «il rispetto del principio di precauzione debba annoverare un'attività di prevenzione e di controllo al fine di evitare la produzione di effetti negativi, impegnando altresì decisori pubblici a prendere in considerazione tutti i dati scientifici e tecnici disponibili tutelando, infine, il cd. sviluppo socio-economico, da intendersi sia nella sua interezza e che nelle singole parti» (in modo particolare nella Comunicazione viene stabilito che il principio di precauzione comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto). Grazie alla Comunicazione della Commissione, il principio di precauzione, previsto in precedenza in modo esplicito solo con riguardo alla protezione dell'ambiente, si è visto riconosciuto l'adeguata rilevanza potendo essere applicato in tutti i casi in cui da una prima valutazione scientifica si ricavano ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla comunità[41]. Inoltre, a livello europeo, il principio di precauzione è stato ritenuto applicabile non più solo al diritto ambientale (l'ambiente riceve inoltre una particolare tutela anche dall'articolo 37 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che prevede un collegamento tra tutela dell'ambiente e politica europee a tutela della vita, individuandone i valori e le risorse da tutelare, conservare, promuovere[42]), ma anche alla salute umana, ai prodotti alimentari, ai settori zoo sanitario e fitosanitario anche in seguito alla risoluzione sul principio di precauzione annessa alle conclusioni del Consiglio europeo tenute a Nizza tra il 7 e il 10 dicembre 2000 e al Regolamento 178/02[43].

[41] R. Titomallio, *Il principio di precauzione tra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit, 43.

[42] A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 54.

[43] Nello specifico, l'art. 7 del Regolamento dispone che: «1. Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valuta-

4. *Il principio di precauzione nella giurisprudenza italiana e europea*

A livello nazionale, il principio di precauzione si è progressivamente fatto spazio, dapprima nella giurisprudenza e in seguito anche nella legislazione, soprattutto in materia ambientale ed inquinamento elettromagnetico; nel diritto UE ha costituito oggetto di una corposa giurisprudenza, nonché della importante Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, com-2000-001); nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul tema, si evince che il principio di precauzione non ha ancora una propria definizione, essendo piuttosto frammentato nella giurisprudenza della stessa Corte europea, che ancora non lo individua univocamente né lo riconnette agli strumenti giuridici che lo riconoscono[44].

L'importante rilevanza del principio di precauzione in sede giurisprudenziale è stata avvalorata dalla Corte di Giustizia che, nel puntualizzare tale principio, ha evidenziato come la corretta applicazione del principio di precauzione imponga, da parte delle autorità nazionali competenti, una valutazione dei rischi basata su indizi specifici che, anche nell'impossibilità di superare una possibile incertezza giuridica, risultino idonei a calibrare la sussistenza di un livello di rischio tale da rendere necessarie misure di tutela dell'ambiente e della salute[45]. La Corte di Giustizia ricorda che il legislatore europeo è obbligato – in

zione più esauriente del rischio. 2. Le misure adottate sulla base del paragrafo 1 sono proporzionate e prevedono le sole restrizioni al commercio che siano necessarie per raggiungere il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità, tenendo conto della realizzabilità tecnica ed economica e di altri aspetti, se pertinenti. Tali misure sono riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole a seconda della natura del rischio per la vita o per la salute individuato e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica e per realizzare una valutazione del rischio più esauriente.

[44] L'unica eccezione, forse, è la sentenza Tatar C. Romania, nella quale la Corte richiama la principale normativa giurisprudenza internazionale ed europea in materia. Simile normative e giurisprudenza, nella stessa sentenza nel caso Tatar, sono state tuttavia richiamate nel caso in esame. Questo atteggiamento può forse essere fatto risalire all'intento da parte della Corte europea di rifondare il principio direttamente sulle basi giuridiche offerte dalla Cedu, al duplice scopo, da un lato, di ricomprendere nella sua sfera temporale di applicabilità anche vicende anteriori al riconoscimento del principio nel diritto internazionale, dall'altro di riservarsi la facoltà di definire in modo autonomo i confini e i caratteri di simile principio. Sulla giurisprudenza la Corte europea in materia ambientale, cfr., E. Ruozzi, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza la corte europea dei diritti umani*, Napoli, 2011.

[45] Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, 13 settembre 2017, C-111/16, Fidenato; 17 dicembre 2015, C-157/14 Neptune Distribution.

fase di applicazione concreta – a tener conto non solo del principio di precauzione, ma anche del principio di proporzionalità[46] di modo che l'atto adottato non superi i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa in esame[47].

La Corte di Giustizia, agendo con interpretazione conforme alla Carta dei diritti fondamentali, riconosce al legislatore un ampio margine di discrezionalità prevedendo un indennizzo di cui all'art. 17 della Carta.

Oltre all'orientamento, ormai consolidato, della Corte di Giustizia deve altresì ricordarsi l'interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'effettiva operatività del principio di precauzione e sugli effetti dello stesso. All'applicazione del principio di precauzione segue, per la Corte EDU, l'obbligo per gli Stati di informazione dei possibili rischi attraverso *in primis* un'adeguata informazione al pubblico e individuando *ex post* cause e responsabilità del danno. In merito a questi aspetti, la Corte EDU si rifà alla sua giurisprudenza in materia di protezione della vita privata e familiare – art. 8 CEDU – secondo cui lo Stato ha un'obbligazione positiva di assicurare accesso alle informazioni essenziali per consentire all'individuo di valutare i

[46] F. De Leonardis*, Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, cit., 51 secondo il quale il principio di precauzione è considerato, dalla giurisprudenza europea, una filiazione del principio di proporzionalità in considerazione del fatto che prima che fosse espressamente riconosciuto come tale veniva, nella giurisprudenza, incluso in esso. L'autore evidenzia che se si definisce il principio di precauzione come il principio in base al quale, anche in caso di incertezza tecnico-scientifica, la decisione amministrativa deve essere supportata da un'adeguata istruttoria volta a far emergere il rischio probabile e deve, in ogni caso, essere proporzionata, non si può non pervenire alla conclusione che si tratti di un principio cogente a tutti i livelli ordinamentali in quanto collegato direttamente con il principio (istituzionale) di ragionevolezza. Contro G. Giardini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002, P. 187, secondo il quale ogni azione preventiva costituisce anche applicazione di un più generale principio di precauzione).

[47] Cfr., Corte di Giustizia, 17 ottobre 2013, Schaible, C-101/22; 17 dicembre 2015, C-157/14, Neptune Distribution. In queste occasioni i giudici europei hanno evidenziato come il principio di precauzione giustifichi l'adozione di misure restrittive in tutti i casi in cui risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati degli stati degli studi condotti, ma persiste la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse e che, nel caso di possibilità di scelta tra più misure appropriate si debba ricorrere a quella meno gravosa. Gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti.

rischi per la propria vita e salute e di esercitare il suo diritto a essere informato. Un simile dovere è stato riconosciuto inizialmente soltanto con riguardo alle minacce al diritto alla vita (art. 2 CEDU), non escludendosi l'applicazione alle minacce al diritto rispetto della propria vita privata, dal momento che la Convenzione deve essere letta in maniera dinamica, permettendo al caso specifico di essere ricompreso nell'ambito di tutela degli articoli 2 e 8 CEDU. In particolare, con sentenza 5 dicembre ric. n. 52806/09 e altri la Corte, chiamata a pronunciarsi su un eventuale violazione della CEDU, fa riferimento al principio di precauzione elaborato nella sua giurisprudenza precedente. In particolare, richiama il diritto alla vita che impone obbligazioni positive per lo Stato a dirimere qualsiasi tipo di minaccia a tale diritto. Soggetti destinati di questi obblighi sono tutti coloro che svolgendo attività, sia pubblica che privata, possono incidere negativamente sul diritto tutelato. È per questi motivi che la tutela del principio di precauzione viene fatto rientrare dalla Corte nel campo di applicazione dell'art. 8 sottolineando che: «Lo Stato è obbligato a assicurare informazioni dettagliate ad ogni individuo per la corretta valutazione dei rischi per la propria vita, la propria salute e scongiurare ogni minaccia a tale diritto[48]». Di conseguenza, i soggetti devono essere messi nella condizione di conoscere il potenziale rischio e decidere se sottrarsi o meno. L'esercizio del dovere da parte delle autorità e del diritto da parte dei soggetti destinatari rimanda all'applicazione dei principi di trasparenza – con cui la Corte permette un controllo sull'azione pubblica – e di proporzionalità – con cui la Corte verifica se gli Stati coinvolti abbiano effettuato in maniera corretta il bilanciamento dei principi e degli interessi coinvolti riconoscendo, in caso contrario, un equo indennizzo.

La responsabilità patrimoniale, conseguente la violazione di un diritto della Convenzione trova fonte direttamente nelle disposizioni CEDU che stabilisce l'obbligo per gli Stati di rispettare i diritti umani art. 1 e il potere della Corte europea di ordinare un equo indennizzo nel caso di violazione art. 46. Le pronunce della Corte EDU producono effetti obbligatori sia sul piano di diritto internazionale sia quello di diritto interno nella misura in cui la giurisprudenza della Corte europea sono ormai entrare a far parte delle fonti normative obbligando i giudici nazionali a porre fine alla violazione. Estende tuttavia la sua operatività ai soli danni cagionati ai diritti fondamentali risultandone dunque escluse tutte le pretese di altra natura.

[48] Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 5 dicembre ric. n. 52806/09 e altri.

In conclusione, attraverso la giurisprudenza sul principio di precauzione, la Corte europea sembra fare i propri tratti di un nuovo paradigma, ancora in formazione, dello Stato contemporaneo che dividere in Stato protettore, informatore e formatore[49]. Secondo questo paradigma, «le autorità pubbliche che oggi sono chiamate a farsi carico non più solo della riparazione dei danni da eventi imprevisti derivanti dalle attività umane, ma anche della previsione della possibilità che simili eventi si verificano, della determinazione della loro probabilità (rischio), della prevenzione e protezione delle persone. A tal fine, però, esse non sono chiamate a operare unilateralmente, bensì a promuovere l'azione coordinata di tutti i soggetti coinvolti. Così, i soggetti produttori di rischio ne informano i soggetti esposti; questi possono effettuare scelte informate e consapevoli in merito alla loro esposizione a rischio; le autorità pubbliche, sentiti soggetti produttori dei, ed esposti ai, rischi assumono le decisioni in merito alla loro gestione[50]».

Nell'ordinamento giuridico nazionale, il principio di precauzione è uno dei principi cardine che regolano l'attività della pubblica amministrazione[51]. Il Codice dell'ambiente[52], dando attuazione a quanto prescritto dalle disposizioni europee, ha recepito, ex art. 301, il principio di precauzione andando inoltre a disciplinare le tipologie e le modalità di applicazione delle misure preventive da adottare, prevedendo come, in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2 del trattato CEE, in caso di pericoli, anche solo potenziali per la salute e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione[53]. Guardando alla giurisprudenza, deve inoltre

[49] M. Pacini, *Il principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani*, in Giornale di diritto amministrativo, 6, 2014, 590.

[50] Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 5 dicembre ric. n. 52806/09 e altri.

[51] L'ordinamento italiano risultava privo di un richiamo generale al principio di precauzione a cui si faceva riferimento unicamente in alcune leggi settoriali o decisioni giurisprudenziali aventi ad oggetto la legittimità dei provvedimenti emanati dalle amministrazioni pubbliche.

[52] Decreto Legislativo 3 aprile 2006 n. 152.

[53] A riguardo è stato evidenziato come la norma nazionale riprenda fedelmente i criteri utilizzati dalla Commissione europea nella Comunicazione sul rapporto di precauzione del 2000 ribadendo l'esigenza di prevedere un'istruttoria capace di garantire un'analisi approfondita della «*situazione di rischio assicurando altresì l'operazione di bilanciamento tra i diversi beni ed interessi concretamente in conflitto*». *Cfr. L. Butti, Il principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie della Corte costituzionale*, in Riv. Giur. Amb., 2006, 814; A. Zei, *Il principio di precau-*

sottolinearsi il ruolo fondamentale della Corte costituzionale che ha più volte sottolineato come il principio di precauzione non costituisca un nuovo autonomo termine nel bilanciamento degli interessi, rappresentando, al contrario, elemento imprescindibile per risolvere il rapporto tra interessi confliggenti[54]. Dunque, nell'attività di bilanciamento dei principi, il peso del principio di precauzione deve essere valutato caso per caso non avendo forza prevalente rispetto agli altri principi in esame: le diverse libertà da tutelare caso per caso dovranno essere bilanciate con i potenziali danni alla salute e all'ambiente che potrebbero verificarsi in situazioni di incertezza scientifica[55]. Proprio la verifica dello stato delle conoscenze scientifiche è stata considerata situazione indispensabile dalla Corte, nei casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi in sede di controllo di costituzionalità della disposizione[56]. Il Consiglio di Stato, con le sue pronunce, ha definito un vero e proprio "decalogo di regole" per una corretta applicazione del principio di precauzione[57], facendo propri dettati elaborati dalla giurisprudenza europea sul punto. I giudici hanno evidenziato come l'applicazione degli elementi caratterizzanti il principio di precauzione debbano rinvenirsi «lungo un percorso esegetico fondato sul binomio anali-

zione: programma, regola, metodo, in R. Bifulco, A. D'Aloia, *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008.

[54] Cfr, sul punto, Corte Cost. sent. 3 novembre 2005, N. 406 in Giur. Cost., 2005, 6, 4429, con la quale i giudici costituzionali hanno evidenziato come il principio di precauzione rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base dei dati scientifici sufficienti ed attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività. Sul punto si ricorda, inoltre, come la Corte costituzionale abbia assegnato a tale principio la natura di norma parametro nel giudizio di costituzionalità della legislazione regionale e statale in materia ambientale.

[55] Il riferimento è, ad esempio, a contrasti tra tutela della salute e libertà di iniziativa economica o fra libertà economiche e tutela della salute. Si vede su tutte le decisioni della Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, N. 85, sul cosiddetto caso Ilva grazie alla quale i giudici costituzionali hanno puntato l'attenzione sul continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, evidenziando come fosse necessario individuare un punto di equilibrio che non può che essere dinamico e non prefissato in anticipo secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale).

[56] Cfr., Consiglio di Stato, sent. 27 dicembre 2013, N. 6250, in Riv. Giur, 2014.

[57] G. Monaco, *Dal Consiglio di Stato, quasi un "decalogo" sull'applicazione del principio di precauzione*, in Urbanistica e appalti, 2014, 5, 551.

si dei rischi-carattere necessario delle misure adottate[58]» con la diretta conseguenza che le attività da porre in essere in via precauzionale «presuppongono che la valutazione dei rischi di cui dispongono le autorità rivedi indizi specifici quali, senza escludere l'incertezza scientifica, permettano ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l'attribuzione di tale misura è necessaria al fine di evitare pregiudizi all'ambiente e alla salute[59]». Sulla base di tali considerazioni, gli stessi giudici hanno chiarito come una corretta applicazione del principio di precauzione debba necessariamente prevedere l'adozione di misure volte «al preventivo svolgimento di una valutazione quanto più possibile completa dei rischi calati nella concretezza del contesto spazio temporale di riferimento in modo da individuarne la misura necessaria[60]». In conclusione si può dire che nonostante i chiari riferimenti normativi, la definizione del principio di precauzione resta ancorata all'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, quale «conseguenza di un'impostazione meramente procedurale o sostanziale assegnata a tale principio[61]». La valutazione dei rischi compiuta da parte delle amministrazioni nella fase di approvazione di un provvedimento è soggetta a un sindacato limitato da parte dei giudici in considerazione delle scelte di natura politica, economica e sociale compiute dalle stesse amministrazioni, con la diretta conseguenza che solo la manifesta inidoneità di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento[62]. Da ciò ne deriva, quindi, che la scelta di adottare

[58] Cfr., Consiglio di Stato, sent. 27 dicembre 2013, N. 6250, cit.

[59] Il Consiglio di Stato rifiutando un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente a precisato che la giustiziabilità del principio di precauzione passano così attraverso la necessità di riconoscere i canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini delle loro formazioni sociali e della loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale.

[60] R. Titomallio, *Il principio di precauzione tra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., 202.

[61] S. Bartolomei, *Il principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?* In Bioetica, 2001, 321; S. Grassi, *Prime osservazioni sul principio di precauzione nel diritto positivo*, in Dir. Gest. Amb., 2001.

[62] Cfr. Tribunale di primo grado, sent. 11 settembre 2002, T-13-99, Pfizer Animal health sa C. Consiglio dell'Unione Europea. In questa occasione i giudici hanno chiarito che il principio di precauzione permette alle istituzioni comunitarie di adottare, nell'interesse della salute umana, ma sulla base di conoscenze scientifiche ancora la-

misure precauzionali sia il risultato di una volontà politica e di una valutazione amministrativa avvalorata da fondamenti scientifici, che portano nella maggior parte dei casi ad un bilanciamento tra interessi costituzionalmente garantiti, attribuendo, di fatto, al principio di precauzione il ruolo di principio di azione successiva ad una decisione politica e, al tempo stesso, di regola procedurale che impone altresì il rispetto dei canoni di trasparenza, pluralismo ed emendabilità[63]. Per questo motivo funge da strumento di garanzia giuridica e politica, nell'ambito dei rapporti tra istituzioni, imprese, cittadini e comunità scientifica. Alla luce delle considerazioni svolte, non può che ribadirsi la centralità del ruolo dell'interprete del diritto chiamato a interpretare norme e principi *case by case* al fine di scongiurare il prodursi di pericoli seri e allo stesso tempo di evitare un eccessivo carico di lavoro per i giudici con conseguente rallentamento dell'attività giurisdizionale. Ma anche di fornire aiuto su questioni complesse, la cui lettura non può essere rimessa esclusivamente a giudici e alla pubblica amministrazione.

cunose, misure di protezioni che possono ledere, fino anche in modo profondo, posizioni giuridiche tutelate e, a questo proposito, conferisce all'istituzione un margine discrezionale notevole. Cfr., inoltre, Corte di Giustizia, sent. 9 settembre 2003, C-236-01, Monsanto agricoltura, Italia S.p.A., in Racc., 2003, I, 8105; Tribunale di primo grado, sent. 28 giugno 2005, T-158-03, industrias Quimicas DES Valles, SA C. Commissione, in Racc., 2005, II, 2425.

[63] L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, cit, 323. Sul punto l'autore evidenziato come l'attenzione attribuita in ambito europeo al principio di precauzione abbia favorito una riflessione sulla partecipazione dei cittadini ai processi di valutazione scientifica. Da qui deriva l'esigenza di democratizzare l'*expertise* scientifico e di assicurare una corretta e trasparente comunicazione scientifica, volta ad includere, ove è possibile, la partecipazione della società civile alle decisioni che possono porsi alla base delle trasformazioni sociali e che possono rivelarsi suscettibili di ledere taluni diritti fondamentali dell'uomo.

Augusto Caimano

I servizi digitali come nuovo indice di capacità contributiva: analisi dei profili giuridico-tributari della *web tax*

Abstract

L'introduzione nell'ordinamento tributario italiano del nuovo modello di tassazione della *web tax* ha suscitato, insieme a considerazioni di politica fiscale, un vivace dibattito dottrinale sul principio costituzionale della capacità contributiva e degli indici collegati e sul principio di territorialità.

The introduction of the new web tax model into the Italian tax system has sparked, alongside fiscal policy considerations, a lively academic debate on the constitutional principle of the ability to pay its related indices, as well as on the principle of territoriality

Parole chiave: *Web tax*, Economia digitale, Dato digitale, Tributo indiretto, Ricavi lordi
Key words: Web tax, Digital economy, Digital data, Indirect tax, Gross turnover

Sommario: 1. Premessa – 2. L'imposta sui servizi digitali – 2.1 I soggetti passivi – 2.2 Le tipologie di servizi interessati ed esclusi – 2.3 L'individuazione del collegamento con il territorio dello Stato – 2.4 Come si determina la base imponibile – 3. La capacità contributiva: dalla scatola vuota alla scatola piena e… oltre – 4. Gli indici di capacità contributiva – 5. La natura giuridica della *web tax* – 6. Profili critici – 7. Considerazioni conclusive

1. *Premessa*

Con l'art. 1, commi da 35 a 50, della Legge di Bilancio 2019 (legge n. 145 del 30 dicembre 2018), è stata istituita l'imposta sui servizi digitali – ISD –, chiamata anche *web tax* o *digital services tax*.

La nuova imposta, applicata dal 1° gennaio 2020 e a carattere temporaneo, altro non rappresenta che lo sviluppo, su scala nazionale, delle iniziative intraprese in campo internazionale ed europeo aventi per oggetto la tassazione dell'economia digitale o, più esattamente, di alcuni suoi aspetti.

La questione della tassazione dell'economia digitale, come ampiamente nota, è legata quasi esclusivamente alle attività esercitate dai cosiddetti giganti o colossi del *web*[1]. che agiscono in modalità da re-

[1] Chiamati anche *Big Tech*, sono le principali imprese tecnologiche che domina-

moto pressoché in tutti i territori del globo terracqueo e che risiedono fiscalmente in gran parte in giurisdizioni a tassazione privilegiata o che si avvalgono di strutture occulte o giuridicamente indeterminate in alcuni Paesi membri della UE, tra cui l'Italia.

Su scala internazionale la relazione OCSE "*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 16/3/2018: Inclusive Framework on Beps*" aveva evidenziato la necessità di adeguare il sistema fiscale internazionale alla digitalizzazione dell'economia e aveva individuato gli elementi da porre a base delle misure fiscali necessarie per far fronte al tanto sopravvenuto e impetuoso quanto complesso e inarrestabile fenomeno dell'economia digitale, da ultimo accelerata dall'intelligenza artificiale che sfrutta e trasforma l'enorme mole di dati digitali (*big data*) per l'ottimizzazione dei processi produttivi e la personalizzazione di beni e servizi.

Il *report* aveva approfondito i tratti salienti dei modelli di impresa digitale e fissato delle linee guida allo scopo di adottare moduli impositivi che tenessero conto delle peculiarità dell'economia digitale, mettendo in risalto i seguenti fattori comuni alle società tecnologiche (*hi-tech companies*):

– l'espansione dimensionale senza presenza fisica (c.d. *scale without mass* "crescita senza massa") in quanto le imprese in questione possono operare notevolmente in termini di vendite in diversi Paesi con differenti giurisdizioni fiscali senza necessità di dovercisi stabilire fisicamente. Pertanto, viene in rilievo la difficoltà di adottare quegli schemi di fiscalità internazionale che colleghino, tramite stabile organizzazione, la tassazione di un'impresa non residente esclusivamente alla sua presenza fisica nel territorio del Paese;
– la rilevanza degli *intangibles* (IP) dal momento che algoritmi e proprietà intellettuali, essenziali nella creazione del valore, possono essere agevolmente riallocati in modo da sfruttare convenientemente le differenze di tassazione esistenti tra i vari Stati;
– la rilevanza dei dati e della partecipazione degli utenti nella creazione del valore poiché i dati "trasferiti" dagli utenti, diventando veri e propri *input* del processo produttivo, consentono di migliorare i servizi forniti, attuare strategie di prezzo mirate e

no l'economia digitale e operano su scala globale. Tra di esse si annoverano imprese di origine statunitense (Alphabet, Apple, Amazon, Meta, Microsoft), cinese e asiatica (Alibaba Group, Tencent, Baidoo, Byte Dance, J.D.com, Pinduoduo). Su scala nazionale sono comprese le grandi aziende di telecomunicazioni, televisione ed editoria come Tim, RCS, Mediaset, Gedi.

modulate, anticipare le richieste dei consumatori, massimizzando i profitti.

Il *report* inoltre evidenziava, a dimostrazione della difficoltà di identificare una soluzione impositiva comune, le posizioni dei vari Paesi sulla rilevanza e sul peso da attribuire ai diversi *driver* del valore e cercava di proporre una tassazione equa che tenesse conto degli interessi di tutte le giurisdizioni coinvolte, con particolare riguardo al fattore "dati partecipazione degli utenti"[2].

Nell'ambito dell'Unione Europea (d'ora in poi UE) la Commissione nel 2018 (Bruxelles COM 21.3.2018 148 *final*) aveva promosso e sostenuto la Proposta di Direttiva del Consiglio relativa al sistema comune di imposta sui servizi, applicabile ai ricavi dichiarati, derivanti dalla fornitura di alcuni servizi digitali.

Al di là di queste appena accennate problematiche, che pure involgono rilevanti questioni in ordine all'assoggettamento impositivo degli abnormi profitti che le imprese citate realizzano, alla ripartizione del gettito, reale e virtuale, fra le varie giurisdizioni fiscali e alla sua corretta allocazione, all'inadeguatezza dei tradizionali moduli della fiscalità nazionale, unionale e internazionale e, in ultima analisi, anche alla concorrenza fiscale tra gli ordinamenti statuali e unionale[3], con il presente contributo si proverà a mettere in relazione le nuove modalità di creazione del valore, generata dall'economia digitale e contraddistinta dalla prevalenza di beni immateriali, con il principio di capacità contributiva come fissato dall'art. 53 della Costituzione.

È necessario, prima di andare oltre nel discorso, rappresentare come suo punto fermo che il tratto distintivo dell'economia digitale è quello per cui il valore viene creato in larga parte nell'offrire e nel vendere beni non fisici come servizi personalizzati, connettere utenti e fornire soluzioni in tempo reale, utilizzando dati, informazioni, reti e tecnologie (ad esempio intelligenza artificiale, *cloud*) e coinvolgendo gli utenti, che non rivestono più il ruolo di semplici clienti, bensì di compartecipanti alla creazione di contenuti o idee e di condividenti di flussi informativi.

Il concetto di valore qui è da intendersi esclusivamente con signi-

[2] Notizie del *report* acquisite da G. Canturi, *Web tax in Manuale di Fiscalità internazionale*, a cura di A. Dragonetti, V. Piacentini, Milano, 2025, 1466 ss.

[3] Per una panoramica maggiormente esaustiva di tali problematiche F. Paparella, *L'economia digitale nel diritto tributario: l'ampiezza del fenomeno giuridico e il contesto di riferimento* in *Diritto tributario digitale* a cura di L. Del Federico, F. Paparella, Pisa, 2023, 1 ss.

ficato economico nel contesto del mercato capitalistico, cioè come quella quantità di denaro o di beni con cui un prodotto o servizio può essere scambiato e la "nuova" creazione di valore può definirsi come l'esito di un sistema produttivo basato sulla combinazione di tecnologie internet e di dati.

È partendo quindi da questa novella manifestazione di "ricchezza immateriale" che si proverà a cogliere se la stessa possa configurarsi come capacità contributiva ai sensi dell'art. 53 Cost. e a individuarne l'indice di riferimento.

Prima di affrontare il fulcro del contributo è altresì opportuno passare in rassegna le caratteristiche principali della ISD o *web tax*.

2. *L'imposta sui servizi digitali*

La relativa disciplina è stata introdotta, in via transitoria, in Italia, come sopra ricordato, dalla Legge di Bilancio n. 145/2018, successivamente modificata dall'articolo 1, comma 678, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, Legge di Bilancio 2020, ed è operativa dal 1° gennaio 2020.

Va precisato che la Direttiva UE, da cui deriva la normativa nazionale, non aveva ottenuto il consenso unanime in sede di Consiglio e il suo recepimento o adozione nel nostro ordinamento è ascrivibile al legislatore italiano, condotta seguita in contemporanea con il varo di *web tax* analoghe in alcuni Paesi come la Francia e la Spagna.

La natura transitoria del tributo è stata codificata dall'art. 49-*bis* della legge n. 145, in forza del quale le norme generatrici della ISD dovranno essere abrogate "*dalla data di entrata in vigore delle disposizioni che deriveranno da accordi raggiunti nelle sedi internazionali in materia di tassazione dell'economia digitale*". L'art. 82 del decreto legislativo 5 novembre 2024, n. 174 – Testo unico dei tributi erariali minori (che avrà effetto dal 1° gennaio 2027) – ha riprodotto tale norma vincolando l'abrogazione del tributo egualmente a sopravvenienti assetti impositivi in materia.

L'esplicita finalità della disciplina introdotta è quella di intercettare gli "smisurati" profitti generati da modelli d'impresa che non richiedono la presenza fisica nel Paese in cui operano e prescindono dalla struttura societaria del soggetto prestatore di questi servizi; essa ha, pertanto, finalità di recupero di gettito fiscale su attività economiche che generavano, e generano, valore in Italia e che, sia per effetto di collocazioni giuridiche di comodo in Paesi a fiscalità agevolata (quanto all'Europa in Paesi come il Lussemburgo e l'Irlanda) o in

quanto per nulla assoggettate nel nostro Paese a imposizione, non fornivano proventi all'Erario italiano.

2.1 *I soggetti passivi*

Sono assoggettati all'imposta gruppi di grandi dimensioni, piattaforme digitali, *marketplace*, *social network* e operatori che raccolgono e monetizzano dati dagli utenti.

In termini tecnico – normativi i soggetti passivi sono identificati: nei soggetti o nelle entità esercenti attività d'impresa, anche non residenti o privi di una stabile organizzazione in Italia, che superano, singolarmente o a livello di gruppo, una soglia dimensionale di ricavi lordi[4].

La soglia, come parametro di riferimento, corrisponde all'ammontare complessivo di ricavi globali non inferiore a 750 milioni di euro, quale che sia la loro natura, anche non digitale e anche derivanti da cessioni di beni, ovunque realizzati dal gruppo o dalla singola entità.

L'imposta, una volta raggiunto il parametro dimensionale, va calcolata, con applicazione di un'aliquota del 3 per cento, su qualsiasi ammontare di ricavi digitali lordi conseguito in Italia; più precisamente bisogna far riferimento, e ciò vale anche per la determinazione della soglia dimensionale, ai ricavi "percepiti" (criterio di cassa) dai soggetti passivi dell'imposta nell'anno solare antecedente a quello in cui, manifestandosi il presupposto impositivo, sorge l'obbligo della prestazione tributaria.

Occorre che i ricavi lordi, per essere tassati, derivino da servizi digitali di cui alle tre tipologie che verranno illustrate *infra*, realizzati in Italia secondo i criteri di collegamento con il territorio dello Stato individuati dal Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate – prot. 13185 del 15 gennaio 2021 (d'ora in poi Provvedimento), attuativo della legge n. 145/2018[5].

Per la verifica del raggiungimento del parametro dimensionale ci si rapporta, come sopra indicato, ai ricavi conseguiti sia singolarmente

[4] È invece venuto meno, come condizione per l'imponibilità di siffatti ricavi, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2024, n. 207 (legge di bilancio 2025), il superamento congiunto della doppia soglia di ricavi (quella globale e quella domestica, che era stata fissata non inferiore a 5,5 milioni di euro).

[5] La normativa primaria e il Provvedimento sono stati commentati e chiariti dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 3/E (d'ora in poi Circolare) emessa il 22 marzo 2021.

che a livello di gruppo. È previsto che se l'entità fa parte di un gruppo consolidato a fini contabili, la soglia dei ricavi lordi complessivi va riscontrata in capo al gruppo consolidato. Come componenti del "gruppo consolidato" vanno intese tutte le entità, residenti e non residenti, incluse nel bilancio consolidato redatto secondo i principi internazionali di informativa finanziaria, cioè gli *International Financial Reporting Standard* (IFRS) oppure sulla base di un sistema nazionale di informativa finanziaria che dia luogo a risultati equivalenti e comparabili con quelli conseguiti con l'adozione degli IFRS.

Vale la pena osservare che la tassazione della ISD avviene tuttavia per singola impresa o entità e non a livello di gruppo, pur essendo, come appena detto, la soglia dimensionale dei ricavi globali calcolata considerando l'intero perimetro del gruppo societario: quindi, se la soglia di gruppo è raggiunta, ogni singola entità del gruppo, che percepisce autonomamente ricavi imponibili da servizi digitali resi in Italia, diventa individualmente soggetto passivo di imposta.

È importante aggiungere che, allo scopo di evitare effetti a cascata di doppia o plurima imposizione economica all'interno del perimetro del gruppo, sono esclusi dalla base imponibile i ricavi imponibili originati da servizi digitali scambiati tra entità del gruppo cioè, come stabilito dal comma 38 dell'art. 1 della legge istitutiva e rimarcato dalla Circolare, quei ricavi che derivano da servizi digitali prestati a soggetti, residenti o non residenti nel territorio dello Stato, che si considerano, nello stesso periodo di imposta, controllati, controllanti o controllati dallo stesso soggetto controllante ai sensi dell'art. 2359 c.c. In altri termini sono da sottoporre a tassazione i ricavi originati solo dai servizi resi a soggetti terzi o esterni al perimetro di elisione.

Tuttavia, la stessa regola, come appena visto, non vale per la sterilizzazione dei ricavi ai fini dell'individuazione della soglia dimensionale che serve a identificare i gruppi societari che rientrano nell'ambito soggettivo dell'imposta. In merito all'operazione di sterilizzazione si fa riferimento ai normali principi di consolidamento e l'individuazione dei ricavi complessivi avviene tramite il bilancio consolidato: a tale scopo si considerano tutti i componenti positivi di reddito indicati nel conto economico consolidato, indipendentemente dalla loro natura (digitale e non digitale).

Posto che la descritta sterilizzazione infragruppo è implicita e già recepita dal bilancio consolidato di gruppo, la previsione normativa, seguita dalle indicazioni di prassi, è stata comunque necessaria sul piano giuridico – formale per coordinare la norma tributaria con le diverse regole contabili (es. IAS/IFRS o OIC) e per evitare incertezze interpretative nel caso di entità o soggetti non obbligati al consolida-

mento integrale o in presenza di regimi di trasparenza o di esclusioni parziali.

Pertanto, l'asimmetria fra le due regole è soltanto apparente in quanto la regola riferita al bilancio consolidato serve a definire la dimensione globale del gruppo, mentre l'altra delimita il presupposto di imposta (i ricavi lordi imponibili generati dai servizi digitali, esterni al perimetro).

Vi è un ulteriore motivo: il criterio della sterilizzazione dei passaggi economici di beni e servizi all'interno dello stesso gruppo assolve anche, in vista dell'esposizione del quadro concettuale della capacità contributiva ex art. 53 Cost. e dei relativi indicatori, alla funzione del requisito di "effettività economica"; in altri termini, così operando, si evita la considerazione di fatturati o ammontari di ricavi fittizi.

2.2 *Le tipologie di servizi interessati ed esclusi*

Quanto all'ambito oggettivo della *digital services tax* nazionale la fonte primaria ha previsto quali elementi da assoggettare a imposizione i corrispettivi, più precisamente i ricavi lordi, generati dalla fornitura di una gamma di servizi digitali tramite interfacce digitali, queste ultime da intendersi come qualsiasi *software*, siti *web*, *app* o sistemi (es. portali, *social network*), che permettono agli utenti di connettersi e interagire tra loro o con i contenuti digitali.

Queste sono le tipologie di servizi individuate dal legislatore:

a) veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia[6];

b) messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che

[6] In tale tipologia si annovera la pubblicità *online* basata sulla profilazione dell'utente. In effetti l'ambito applicativo dell'imposta attiene ai messaggi pubblicitari collocati su un'interfaccia digitale in relazione ai dati relativi a un utente che accede a tale interfaccia. La pubblicità è orientata verso preferenze, gusti, comportamenti (inclusi quelli digitali come gli acquisti o la digitazione di ricerche su motori di ricerca), ubicazione geografica, grado di istruzione, ecc. dell'utente. Sono comprese in questa categoria anche le piattaforme digitali che erogano servizi televisivi e programmi a pagamento come la cessione di spazi pubblicitari da parte dei cosiddetti *publisher* (siti *internet*, *blog*, editore) e le attività di intermediazione effettuata mediante altra interfaccia digitale, ossia diversa da quella che ospita la pubblicità mirata. Uno dei caratteri fondamentali di questa tipologia di servizi è l'onerosità della prestazione come anche è essenziale la condizione che la pubblicità mirata sia necessariamente "costruita" con i dati personali dell'utente (geografici, comportamentali, sociodemografici, ecc.).

consente agli utenti di essere in contatto e di interagire tra loro, anche al fine di facilitare la fornitura di beni e servizi[7];

c) trasmissione di dati raccolti da utenti generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale[8].

[7] È ciò che consente agli utenti di interagire tra loro per finalità di cessioni di beni o servizi. L'elemento peculiare è la caratteristica multilaterale dell'interfaccia, nel senso che la stessa consente interazioni tra due o più categorie di utenti (venditori – acquirenti; inserzionisti – fruitori). In questa categoria rientrano i *marketplace*, le piattaforme di *e- commerce*, i *social network* con funzioni transnazionali e le piattaforme di condivisione di contenuti.

Caratteristica distintiva delle interfacce digitali multilaterali è la loro natura plurale nel senso che le stesse consentono agli utenti o a gruppi di utenti di "incontrare" altri utenti o gruppi di utenti ed entrarvi in rapporto. La messa in contatto o l'interazione fra utenti rappresentano i fattori che permettono ai fornitori di tali servizi di beneficiare degli effetti moltiplicativi di rete digitale.

Nell'ambito di questa tipologia di servizi il legislatore ha individuato due diverse categorie di ricavi da servizi digitali.

La prima: interazione e contatto tra gli utenti è quella che può essere definita "rete sociale", i cui servizi digitali sono da ascrivere a quelle piattaforme disponibili su un'interfaccia digitale per favorire l'interazione fra utenti e contenuti generati dagli utenti (es. piattaforme di condivisione tra utenti di video o immagini o altri contenuti digitali, siti di incontri *online,* piattaforme di messaggistica).

La seconda: intermediazione formale o sostanziale nella cessione diretta di beni e servizi tra gli utenti, che si può definire come "attività di intermediazione tra utenti".

L'intermediazione formale si configura quando la piattaforma digitale appare nei documenti o nei contratti come il soggetto che incassa il corrispettivo o gestisce la transazione come ponte tra chi vende e chi acquista il bene o servizio, senza tuttavia assumere la responsabilità civilistica dell'operazione. In altri termini la piattaforma agisce da "bacheca" o connettore logistico-telematico e mette in comunicazione domanda e offerta senza farsi carico dell'esecuzione contrattuale della vendita del bene o del servizio, che resta in capo ai singoli utenti.

Diversamente, l'intermediazione sostanziale ricorre quando la piattaforma interviene direttamente nella definizione del contratto o della fornitura, apparendo come il gestore effettivo nei confronti dell'utente. In altre parole, la piattaforma organizza, dirige o influenza in modo concreto l'incontro tra domanda e offerta.

Quindi la differenza concettuale, e pratica, tra le due modalità di intermediazione non sta nel favorire o meno lo scambio, ma nel grado di coinvolgimento del gestore dell'operazione.

[8] Si tratta di modelli di affari fondati sulla raccolta, aggregazione e cessione a soggetti terzi di dati comportamentali, demografici o di navigazione degli utenti, specificatamente per scopi commerciali o di ricerca. Ricadono in questa categoria le attività di *data brokering* e i modelli in cui la monetizzazione avviene attraverso la vendita di informazioni sugli utenti ad acquirenti commerciali.

Il servizio riguarda la trasmissione o trasferimento, a titolo oneroso, dei dati ot-

"Complementare" (e insieme delimitante secondo il principio con funzione ermeneutica "ciò che delimita spiega il delimitato") è la serie dei servizi e dei corrispettivi esclusi dalla tassazione di cui ai commi 37-*bis*, 39-*bis* e 39-*ter* dell'art. 1 della legge istitutiva nonché delle relative prestazioni di servizi accessori alle operazioni escluse (punto 2.3 del Provvedimento).

Comune a tale elencazione è la nozione di "utente". È tale, in relazione a tutte e tre le tipologie, qualsiasi soggetto (persone fisiche/consumatori finali, imprese e simili) che si connette tramite un dispositivo a un'interfaccia digitale. Non rientra in tale definizione il soggetto passivo dell'imposta (l'impresa o l'entità digitale) che presta il servizio digitale.

La disciplina della ISD prevede espressamente, al comma 37-*bis* dell'art. 1, che sono esclusi dalla tassazione, oltre ai ricavi infragruppo, le seguenti operazioni in quanto non ritenute servizi digitali: la fornitura diretta di beni e servizi effettuata all'interno di un servizio di intermediazione digitale; la fornitura di beni o servizi ordinati attraverso il sito *web* del fornitore nei casi in cui il fornitore non faccia da intermediario; la messa a disposizione di una interfaccia digitale, volta esclusivamente a fornire, agli utenti dell'interfaccia, contenuti digitali, servizi di comunicazione o servizi a pagamento; la messa a disposizione di un'interfaccia digitale utilizzata per gestire alcuni servizi bancari e finanziari, resi dal soggetto che gestisce l'interfaccia digitale; la cessione di dati da parte dei soggetti che forniscono gli appena detti servizi; lo svolgimento delle attività di organizzazione e gestione di piattaforme telematiche per la negoziazione dell'energia elettrica, del gas, dei certificati ambientali e dei carburanti.

tenuti dall'interfaccia digitale. Condizione fondamentale per la sussistenza del servizio ai fini dell'imposizione è che i dati siano ricavati da utenti che accedono all'interfaccia digitale.

Il trasferimento o la trasmissione a titolo oneroso dei dati può consistere in una cessione, in una licenza o in altro negozio giuridico mediante cui si concede per intero o solo parzialmente il diritto di sfruttamento economico dei dati. La cessione onerosa di tali dati costituisce il fulcro stesso del servizio digitale imponibile. I corrispettivi derivanti da tali cessioni non sempre si manifestano in forme monetarie per cui ci si avvale di forme di compensazione in natura, baratti o di scambi con altri servizi. Il corrispettivo si traduce nel valore normale del bene, del servizio o dell'utilità economica scambiata in contropartita della cessione dei dati.

Oltre ai dati e alle informazioni personali dell'utente ricadono in questa tipologia anche i dati e le informazioni di tipo economico industriale, scientifico, statistico, ecc. non collegati a persone fisiche.

2.3 *L'individuazione del collegamento con il territorio dello Stato*

In ordine ai criteri di collegamento con il territorio dello Stato, siccome i fruitori delle prestazioni dei servizi digitali, dai quali originano i ricavi assunti a base imponibile della *web tax* italiana, sono gli utenti che possono essere sia soggetti economici che privati consumatori, si pone il problema di come localizzare costoro nel territorio dello Stato.

Il comma 40 dell'art. 1 della legge istitutiva del tributo e il punto 4 del Provvedimento attuativo individuano i criteri di localizzazione, prevedendo una loro distinzione secondo la tipologia di servizio digitale prestato.

Per individuare la localizzazione dell'utente fruitore bisogna rapportarsi al luogo in cui è ubicato il dispositivo adoperato dall'utente per connettersi all'interfaccia digitale e fruire del servizio digitale. Per dispositivo o *device* altro non si intende che l'*hardware* elettronico come *smartphone*, *tablet*, *pc* o simili altri apparecchi o terminali. L'ubicazione fisica di tali strumenti tecnici, fungendo da "connessione territoriale", assolve quindi in definitiva alla funzione fiscale di tassare i ricavi generati dall'economia digitale.

Per la localizzazione del dispositivo e il suo collegamento con il territorio dello Stato il legislatore ha fatto principalmente riferimento all'indirizzo di protocollo *internet* del dispositivo medesimo, non escludendo tuttavia la possibilità di ricorrere a "qualsiasi altra informazione disponibile per i soggetti passivi dell'imposta che consenta la geolocalizzazione del predetto dispositivo" (punto 4.5 del Provvedimento).

Come pure puntualizzato dalla Circolare, il criterio adottato, nonostante la localizzazione a mezzo indirizzo IP non raggiunga elevati livelli di precisione per l'individuazione della esatta posizione del dispositivo, consente in ogni caso di collegare il dispositivo con il territorio dello Stato, considerando anche che i *database* di indirizzi IP sono una risorsa largamente adoperata dalle imprese digitali per identificare la localizzazione dell'utente per scopi imprenditoriali.

Come già accennato il criterio di localizzazione basato sull'IP non è l'unico ammesso dalla normativa per individuare la geolocalizzazione del dispositivo. Il dato IP, infatti, potrebbe essere non disponibile ovvero occultato nel caso di utilizzo di reti private virtuali ("VPN"), ragion per cui vanno annoverati ulteriori criteri di geolocalizzazione. In virtù dell'elencazione esemplificativa della Circolare, si distingue tra quelli che permettono l'individuazione dell'utente in un dato momento, ossia in tempo reale, e quelli che, incentrati su metodi indutti-

vi, consentono ugualmente di risalire alla probabile localizzazione dell'utente.

Le imprese digitali soggette all'imposizione, e quindi soggette ai controlli dell'Amministrazione finanziaria, possono decidere di utilizzare più di un metodo di rilevazione della posizione. In breve, il singolo soggetto passivo può scegliere il criterio più idoneo per la localizzazione dell'utente ai fini del calcolo dei ricavi imponibili nel territorio statale. Come da regola di comportamento indicata nella Circolare è necessario che le imprese predispongano, programmando *reporting* approfonditi, un adeguato sistema interno per il controllo della qualità dei dati e la prevenzione del rischio che permetta di riscontrare la solidità e la coerenza dei criteri utilizzati.

Come è ovvio, per stabilire l'esistenza del collegamento con il territorio dello Stato (requisito spaziale) occorre riferirsi anche al momento (requisito temporale) in cui il servizio digitale assume rilevanza ai fini fiscali (una sorta di "momento impositivo").

Ai punti da 4.2 a 4.4 del Provvedimento l'Amministrazione finanziaria ha distinto i criteri di collegamento a seconda della tipologia di servizio fruito dall'utente.

Quando si tratta del servizio di veicolazione su una interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia, è stato stabilito che l'utente si considera localizzato nel territorio dello Stato se la pubblicità compare sul suo dispositivo nel momento in cui il dispositivo stesso è adoperato, nell'anno solare, nel territorio italiano, per accedere ad una interfaccia digitale, sicché il ricavo derivante dal servizio, così come descritto, è soggetto all'imposta.

Quindi, come da esemplificazione della Circolare, la visualizzazione di un messaggio pubblicitario da parte di una persona fisica, non residente in Italia, implica che il relativo servizio di veicolazione sarà rilevante ai fini della *web tax* allorquando la visualizzazione avviene nel territorio nazionale.

Per il servizio di messa a disposizione di una interfaccia digitale multilaterale la localizzazione dell'utente è in funzione delle due modalità in cui può essere realizzato il servizio.

La prima modalità è quella per cui qualora l'interfaccia faciliti le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente fra gli utenti, è stato previsto che l'utente è da considerarsi localizzato nel territorio dello Stato allorché, nell'anno solare, in tale luogo impiega un dispositivo per accedere all'interfaccia digitale, concludendovi un'operazione corrispondente nel predetto periodo.

In questo primo caso il momento rilevante ai fini fiscali viene individuato nella conclusione dell'operazione (chiusura di un affare, defi-

nizione di un accordo), indipendentemente dall'esecuzione della prestazione. In altri termini l'operazione, di natura economica, si considera conclusa nel momento in cui l'impresa che gestisce la piattaforma digitale acquisisce il diritto al corrispettivo, a prescindere dalla effettiva percezione[9].

Vertendosi nell'esame della prima modalità di cessione di beni o prestazione di servizi gli utenti dell'interfaccia digitale multilaterale, resa disponibile dall'impresa digitale, sono almeno di due tipi: a) il fruitore del servizio/l'acquirente del bene; b) il fornitore del servizio/il cedente del bene, per cui si ritiene sufficiente che la localizzazione in Italia di una sola delle due figure determini la competenza territoriale dell'operazione conclusa.

La seconda modalità è quella per cui per il servizio di messa a disposizione di una interfaccia digitale multilaterale che non facilita le transazioni dirette. Per questo caso è stato stabilito che l'utente si considera localizzato nel territorio nazionale quando dispone di un conto**,** in tutto o in parte dell'anno solare, che gli permette l'accesso all'interfaccia digitale e il *log-in* (processo con cui un utente si identifica per entrare in un sito *web* o in un'*app*) a tale conto è stato creato impiegando un dispositivo localizzato nel territorio dello Stato.

Per conto deve intendersi un profilo utente, un *account* o una registrazione *online*, che identifica in modo univoco l'utente e gli consente l'accesso continuativo alla piattaforma.

Per la modalità in esame l'individuazione della localizzazione in Italia è rilevante il momento di creazione o apertura del conto a mezzo di un dispositivo ubicato nel territorio dello Stato. In altre parole, il momento di apertura del conto e il luogo di ubicazione del dispositivo servono a dimostrare la geolocalizzazione dell'utente.

Secondo i chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare siffatta modalità di collegamento, basata sull'apertura di un conto, è in linea con la natura dei ricavi di tale tipologia di servizi, i quali generalmente sono commissioni di iscrizione, senza che si possa

[9] Come esempio esplicativo la Circolare ipotizza il caso di un viaggiatore in treno sulla tratta Torino-Parigi che, trovandosi ancora in territorio italiano, mediante il suo *smartphone* ordina a un'impresa di ristorazione parigina che gli sia servita una cena allorché sarà giunto nella capitale francese. Stando a quanto appena stabilito il fatto che l'utente, al momento della conclusione dell'operazione (definizione dell'accordo con il ristorante francese) si trovasse in Italia, determina l'assoggettamento alla ISD del ricavo scaturente dal servizio digitale, anche se la prestazione sarà eseguita nel territorio d'oltralpe.

far riferimento al momento dell'utilizzo che potrebbe anche essere ripetuto (a fronte dell'unicità del ricavo).

In sintesi, la presenza dell'utente viene dimostrata verificando se possiede un conto attivo e se il conto è stato aperto o creato usando un dispositivo localizzato nel territorio nazionale. Il conto registrato diventa, in effetti, un fattore determinante per collegare l'utente al territorio nazionale per tutto o parte del periodo di imposta.

Faccio osservare come l'Agenzia delle Entrate, nell'adottare tale criterio, operi in sostanza una presunzione relativa circa la localizzazione dell'utente.

Quanto alla terza tipologia di servizi, cioè i servizi digitali di trasmissione di dati raccolti e generati dall'utilizzo di una interfaccia digitale, l'utente è da ritenersi localizzato nel territorio dello Stato nell'anno solare in cui sono trasmessi i dati da egli medesimo generati; generazione avvenuta utilizzando un dispositivo localizzato nel territorio nazionale per accedere a una interfaccia digitale nello stesso anno o in periodi precedenti.

Il collegamento territoriale è riferito, pertanto, al periodo di imposta di trasmissione dei dati, che sono stati raccolti dall'utente, dati raccolti quando lo stesso ha eseguito l'accesso all'interfaccia utilizzando un dispositivo localizzato in Italia, indipendentemente dalla circostanza che tra la raccolta e la trasmissione dei dati vi siano stati intervalli temporali anche ultrannuali.

Dunque, con altre parole, il momento determinante ai fini della *web tax* è quello della cessione dei dati a titolo oneroso da parte dell'impresa digitale; cessione condizionata tuttavia dalla raccolta dei dati, che può essere anche avvenuta in un periodo precedente alla cessione e che ha riguardato dati provenienti (generati) da un utente che ha adoperato un dispositivo localizzato nel territorio dello Stato[10].

Nel tirare le fila del discorso non posso non rilevare come, per la normativa tributaria, l'individuazione della localizzazione dei servizi digitali sia strettamente dipendente dall'ubicazione territoriale del dispositivo e non dalla posizione geografica dell'utente, ciò comportando inevitabili effetti distorsivi sulla ripartizione dei ricavi imponibili fra le giurisdizioni, anche se nel caso italiano, per esempio, l'alto afflusso turistico estero avvantaggia l'erario domestico. L'utente appare

[10] Seguendo l'esempio proposto dall'Agenzia delle Entrate, un'impresa digitale, anche estera, che ha raccolto nel 2020 dati da un utente che, nello stesso anno, tramite il suo *tablet* ha eseguito un accesso all'interfaccia mentre dimorava in Italia, cede nel 2023 gli stessi dati a titolo oneroso. Siffatto servizio si considera soggetto a imposizione nel 2023 in Italia, nonostante che la raccolta sia avvenuta nel 2020.

un anello di congiunzione, privo di una specifica e individuale connotazione, che partecipa da "apolide" all'operazione economica digitale. E in effetti l'indirizzo IP, principale mezzo per individuare la localizzazione, è collegato direttamente allo strumento tecnico (*router*, *smartphone*, *modem* o singola interfaccia di rete) e non alla persona fisica, perché l'IP è una etichetta numerica assegnata a un dispositivo per consentire ad esso e all'utente la comunicazione in rete.

Certamente non può in proposito non essere accolta l'obiezione in base alla quale, attraverso i registri del fornitore di servizi *internet*, l'IP è comunque riconducibile all'intestatario del contratto di abbonamento o di convenzioni simili, che il più delle volte è una persona fisica e che inoltre le autorità pubbliche, compresa l'Amministrazione finanziaria, possono risalire all'intestatario del contratto di linea fissa o mobile richiedendo i dati identificativi al gestore telefonico.

Certo è che in sede legale e fiscale l'indirizzo IP costituisce un solido indizio legato all'abbonato; tuttavia, l'indirizzo non prova automaticamente che la persona fisica intestataria abbia attivato l'operazione digitale. A tale scopo è necessario il soccorso di una presunzione relativa, ossia che la titolarità dello strumento sia coincidente con la sua detenzione o possesso nel momento in cui viene utilizzato.

2.4 *Come si determina la base imponibile*

I ricavi costituiscono la base imponibile dell'ISD: più precisamente essa si calcola sui ricavi lordi percepiti dai soggetti passivi nell'anno solare antecedente a quello in cui si realizza il presupposto impositivo (criterio di cassa), senza possibilità di dedurre i costi sostenuti per la prestazione del servizio. Da rilevare che per la base imponibile non sono presi in considerazione i ricavi netti o l'utile.

La determinazione della base imponibile segue regole specifiche, distinte per categoria di servizi. Con la ISD, per principio generale, si tassano i ricavi lordi riferibili a utenti localizzati nel territorio nazionale, applicando criteri proporzionali per enucleare la quota nazionale dei ricavi globali del servizio.

Più in dettaglio i ricavi da assoggettare al tributo sono quelle somme che si ottengono moltiplicando il totale dei servizi ovunque realizzati da ciascun soggetto passivo per la percentuale rappresentativa della parte di tali servizi collegata al territorio dello Stato. Va da sé, come sopra indicato, che non rilevano per il calcolo della base imponibile della ISD, oltre i servizi resi a titolo gratuito, anche i corrispettivi derivanti da servizi esclusi o servizi infragruppo.

L'aliquota dell'imposta da applicare è stata fissata al 3 per cento e, data la sua modesta misura, riflette la caratteristica dell'imposta come prelievo minimo sui ricavi, non come tassazione del reddito dell'impresa.

La determinazione della base imponibile, come appena anticipato, avviene partitamente, cioè per distinte categorie di servizi.

In relazione ai servizi di veicolazione della pubblicità mirata rilevano: a) i corrispettivi, anche non monetari, percepiti dai soggetti passivi che, in qualità di intermediari tramite interfaccia digitale, collocano il contenuto pubblicitario mirato su siti di terzi; b) i corrispettivi, anche non monetari, percepiti dai soggetti passivi che ospitano nell'interfaccia digitale il contenuto pubblicitario.

È opportuno chiarire, per una migliore comprensione della fattispecie impositiva, i ruoli dell'intermediario e dell'ospitante, nonché di una terza figura qual è quella dei committenti o inserzionisti.

Questi ultimi sono in genere soggetti (es. piccole o grandi imprese, brand famosi) che hanno prodotti, servizi o idee da promuovere e cercano nuovi clienti in rete. L'intermediario (in genere la piattaforma tecnologica) gestisce le richieste degli inserzionisti, analizza i dati e le ricerche degli utenti, incassa il corrispettivo dal committente e corrisponde un compenso al soggetto ospitante la pubblicità. Questi mette a disposizione il sito *web* (editore) o l'*app*, mostra fisicamente l'annuncio grafico in una pagina *web* o con un video, incassando il compenso dall'intermediario o direttamente dal committente.

La veicolazione di pubblicità mirata digitale ovviamente è l'invio di messaggi pubblicitari personalizzati per singoli utenti e si rapporta ai dati personali e alla cronologia di navigazione, mostrando annunci basati sui gusti, sull'età o sulla posizione geografica o su altri elementi caratterizzanti di chi li guarda.

Quanto alle modalità concrete di calcolo della base imponibile i ricavi imponibili in Italia si determinano, in base ad un criterio proporzionale, moltiplicando i ricavi lordi globali di tali servizi per la percentuale di utenti localizzati nel territorio nazionale che hanno usato, nel periodo di imposta, l'interfaccia rispetto al totale globale degli utenti. L'uso di una percentuale, basata sul numero di utenti locali rispetto a quelli globali, anziché l'avvalersi direttamente del totale dei corrispettivi associati a ciascun utente nazionale, è dovuto alla difficoltà pratica di tracciare con esattezza il valore monetario o il prezzo di ogni singolo annuncio pubblicitario. In effetti questo uso suppletivo della descritta percentuale dipende in particolare da due motivi: l'assenza di una contabilità territoriale perché le piattaforme digitali incassano i contratti pubblicitari a livello centrale o continentale e la

mancanza di prezzi locali puri giacché non esiste un listino o un prezzo specifico per il singolo annuncio visualizzato in Italia rispetto ad un altro Paese.

I ricavi imponibili globali non sono invece difficili da tracciare perché corrispondono ai dati di bilancio consolidato già certificati e pubblicati dai soggetti passivi. Pertanto, la complessità pratica per il soggetto passivo, e per l'Amministrazione finanziaria in fase di controllo, sta nel tracciare con esattezza la localizzazione degli utenti per costruire correttamente il denominatore/numeratore della percentuale di riparto.

La Circolare sottolinea che nella trafila della pubblicità mirata il ricavo, ritratto dalla fornitura di un servizio pubblicitario e corrisposto dall'inserzionista, viene ripartito tra i diversi soggetti che vi intervengono a vario modo (in genere l'intermediario e l'ospitante).

Al denominatore del rapporto vengono indicati tutti i messaggi pubblicitari mirati apparsi sull'interfaccia digitale nell'anno solare di riferimento, mentre al numeratore sono da considerare soltanto i messaggi pubblicitari mirati che, nello stesso periodo, sono apparsi sull'interfaccia mentre era consultata dall'utente localizzato in Italia. In proposito la Circolare chiarisce che, per messaggi apparsi o comparsi sull'interfaccia, vanno intesi i messaggi anche solo visualizzati senza cioè che l'utente abbia interagito (o aperto il messaggio) sull'interfaccia medesima (ad esempio, cliccando sulla pubblicità).

In ordine alla base imponibile relativa ai servizi resi dalle interfacce multilaterali si ricorda, *vide supra,* che tale categoria può generare due differenti tipologie di ricavi: la prima è quella dei ricavi collegati alle cosiddette reti sociali; la seconda si riferisce ai ricavi percepiti dall'interfaccia per l'attività di mediazione (formale o sostanziale) svolta nella fornitura diretta di beni o servizi tra gli utenti.

In merito alla prima attività nella base imponibile rientrano i corrispettivi pagati dagli utenti che utilizzano l'interfaccia digitale per entrare in contatto e/o interagire tra loro: corrispettivi, di norma, costituiti da commissioni di ingresso (*fee*), abbonamenti e simili. Pertanto, la base imponibile si calcola moltiplicando l'ammontare lordo globale di tali incassi per la percentuale di utenti localizzati in Italia nell'anno solare.

È utile osservare che l'incasso derivante dai soli abbonamenti o *fee* per le reti sociali è estremamente marginale o nullo nella pratica. Il motivo principale risiede nel modello di *business* adottato dai giganti del settore (*social network* generalisti), che offrono l'accesso di base a costo zero. La vera contropartita di scambio per le reti sociali è l'acquisizione indiretta dei dati dell'utente.

Quanto alla seconda tipologia di ricavi, vale a dire quelli percepiti dall'interfaccia per l'attività di intermediazione, formale o sostanziale, svolta nella fornitura diretta di beni o servizi tra gli utenti, bisogna distinguere tra le due categorie in cui si sviluppa tale servizio: distinzione già innanzi descritta rispetto ai criteri di collegamento con il territorio dello Stato.

Pertanto, nel caso in cui l'interfaccia faciliti le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi effettuate direttamente tra gli utenti, la percentuale di ricavi imponibili, come stabilito al punto 3.10 del Provvedimento, è data dal rapporto tra le operazioni di cessione di beni o prestazione di servizi, realizzate nell'anno solare, per le quali uno degli utenti dell'interfaccia è localizzato nel territorio statale e il totale delle operazioni di cessione di beni o di prestazione di servizi concluse nello stesso periodo.

L'Agenzia delle Entrate fa in proposito rilevare che per il numeratore vanno considerate tutte le operazioni concluse da un utente localizzato in Italia, a prescindere che si tratti del fornitore del servizio/cedente del bene o del fruitore del servizio/acquirente del bene e, comunque, a prescindere dal fatto che lo stesso sia un esercente di attività economica.

Per giunta l'operazione è da considerare realizzata nel momento in cui sorge a favore dell'impresa, che mette a disposizione l'interfaccia digitale multilaterale, il diritto a un corrispettivo, a prescindere dall'effettiva percezione del medesimo.

Il rapporto, poi, tra la quota di operazioni riferibile all'Italia e i ricavi complessivi (globali) da messa a disposizione di un'interfaccia determina la base imponibile dell'imposta.

In merito al servizio di messa a disposizione di una interfaccia multilaterale che non faciliti le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi, il Provvedimento ha previsto che la percentuale di ricavi sia data dal rapporto tra gli utenti che dispongono di un conto aperto nel territorio statale (a fronte del pagamento di un corrispettivo) che consente di fruire di tutti o in parte dei servizi disponibili dell'interfaccia multilaterale e che hanno utilizzato tale interfaccia durante l'anno solare e il numero di utenti complessivi che dispongono di un conto e hanno utilizzato detta interfaccia nel medesimo periodo e sempreché abbiano pagato un corrispettivo.

La base imponibile emerge quindi ragguagliando la percentuale, scaturita dall'appena descritto rapporto, al totale dei ricavi derivanti dall'utilizzo della piattaforma digitale multilaterale.

Per quanto riguarda la terza tipologia di servizi, ossia la trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di una interfac-

cia, per il computo dei ricavi imponibili rilevano i corrispettivi derivanti dalla trasmissione a titolo oneroso dei dati ottenuti dall'attività degli utenti sulle interfacce digitali. Rilevano, come già precisato, anche i corrispettivi non monetari.

Per la determinazione dei ricavi imponibili il Provvedimento ha previsto che bisogna calcolare il rapporto tra gli utenti i cui dati, venduti parzialmente o totalmente e trasmessi nell'anno solare, sono stati generati o raccolti durante la consultazione di un'interfaccia, quando i medesimi utenti erano localizzati nel territorio dello Stato e gli utenti complessivi cui si riferiscono i dati venduti e trasmessi.

Quindi per il calcolo della quota riferibile all'Italia il parametro è il numero degli utenti, ai quali sono riferiti i dati generati e raccolti. Invece per il calcolo dei ricavi imponibili occorre far riferimento ai dati, generati o raccolti dagli stessi utenti, che sono stati oggetto di trasmissione o trasferimento secondo corrispettivi anche non monetari.

3. *La capacità contributiva: dalla scatola vuota alla scatola piena e… oltre*

L'art. 53 Cost. è la norma principale di riferimento dell'ordinamento tributario italiano. La disposizione, nell'introdurre un limite alla costruzione legislativa della fattispecie tributaria, ha individuato nell'elemento della capacità contributiva la regola generale da porre a fondamento del concorso individuale ai carichi pubblici, stabilendo il collegamento del tributo con i fenomeni economici.

Detto in altri termini, il legislatore costituzionale ha identificato la capacità economica del singolo come presupposto cui commisurare il concorso alle pubbliche spese disponendo che alla base di ogni prelievo tributario vi dovesse essere un fatto espressivo di idoneità economica del contribuente[11].

Passando all'esegesi dell'art. 53 Cost., si rileva come l'aspetto ontologico si intrecci con l'aspetto teleologico.

Secondo la definizione quasi universalmente accettata, sia dalla giurisprudenza costituzionale[12] che dalla dottrina[13], la capacità contri-

[11] G. Tinelli, *Istituzioni di diritto tributario – I principi generali*, Padova, 2025, 34 ss., in cui si rinvia ad un'ampia bibliografia sull'argomento.

[12] Tra le altre, sentenze Corte Costituzionale nn. 97/1968, 200/1976.

[13] A. Fantozzi, *Il Diritto Tributario*, Torino, 2003, 38 ss.; G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario (parte generale)*, Padova, 2008, 148 ss; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario (parte generale)*, Torino, 2024, 75 ss. Questi autori si sono allineati alla

butiva è la misura della forza economica del contribuente, ovvero della sua attitudine economica a partecipare alle spese pubbliche; questa forza economica è abitualmente calcolata su indici diretti o indiretti. L'effettività, cioè la ricchezza cui attingere per il prelievo deve essere reale e non fittizia, e l'attualità, ossia la ricchezza deve esistere nel momento in cui sorge il debito d'imposta, sono stati individuati come indispensabili requisiti della capacità contributiva.

Il concetto o, meglio, i concetti enucleati dalla disposizione in esame sono stati collegati a determinate finalità (aspetto teleologico) secondo diverse letture o linee di pensiero.

Tralascio la linea minoritaria e inattuale (rapporto di scambio con servizi pubblici: tesi commutativa o della controprestazione) secondo cui la misura dell'imposizione va collegata esclusivamente al godimento dei servizi pubblici indivisibili, fruibili *uti cives* dalla collettività, nonché quella lettura in base alla quale la disposizione assolverebbe anche ad una funzione di canone interpretativo e adeguatrice di altre norme costituzionali: si tratta di funzione fondata su un parametro normativo debole, contraddistinto da indeterminatezza e genericità come dimostrano le svariate interpretazioni che se ne danno e vieppiù perché la norma è ritenuta da larga parte dei commentatori una proiezione e specificazione degli articoli 2 e 3 della Carta costituzionale[14].

Una delle letture principali dell'art. 53 identifica il principio di capacità contributiva in un canone di "ragionevolezza impositiva", da intendere come bilanciamento dell'interesse fiscale con la salvaguardia della sfera economica dei singoli, bilanciamento da attuarsi applicando regole logiche, eque e non arbitrarie e prevedendo divieti di trattamenti discriminatori e assicurando che il prelievo fiscale sia proporzionale alla capacità economica del contribuente. Questa lettura deriva in particolar modo dalla giurisprudenza costituzionale (la Corte fungerebbe come "legislatore ombra")[15]. Siffatta lettura si fonda su parametri aperti, astratti e variabili che generano incertezze applicative ma della quale la Corte si avvale talvolta in talune fattispecie, come avremo modo di constatare in prosieguo.

Un'altra linea di pensiero, affermatasi come maggioritaria, è quella secondo cui l'art. 53 rappresenta un limite alla potestà impositiva del legislatore. In altri termini essa costituirebbe una protezione dei

dottrina elaborata negli anni Sessanta del secolo scorso da E. Giardina, F. Maffezzoni, I. Manzoni, G. Gaffuri, F. Moschetti.

[14] G. Melis, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2024, 69 ss.

[15] *Inter alia*, sentenze Corte Costituzionale nn. 91/1973, 159/1985, 172/1996, 416/2000, 120/2020.

contribuenti verso illegittime ingerenze del legislatore nella loro sfera patrimoniale. Quindi la norma assolverebbe ad una funzione prevalentemente "garantista" [16] per il contribuente e di limitazione del concorso alle pubbliche spese. L'introduzione di un tributo dovrebbe essere condizionata dalla preventiva individuazione di un presupposto economico, da intendersi come vantaggio tale da essere sottoposto a prelievo e sempreché questo vantaggio sia valutabile in termini economici.

Aggiungo che i menzionati requisiti di effettività[17] e di attualità[18] del prelievo sono stati elaborati, *in primis* dalla Corte Costituzionale, nel quadro della interpretazione "garantista".

Uno dei punti deboli di tale lettura è quello secondo cui il limite garantista non può essere interpretato isolatamente, ma dovrebbe la norma costituzionale comunque essere letta congiuntamente con le disposizioni di cui agli articoli 2 e 3.

Ultima lettura è quella per cui il principio di capacità contributiva, partendo dalla matrice solidaristica, svolge una funzione essenzialmente "redistributiva": l'art. 53 perverrebbe ad essere criterio di riparto delle spese pubbliche con il fine di assicurare condizioni di "uguaglianza sostanziale" fra i consociati[19] tali da adempiere al soddisfacimento di un interesse generalizzato o, quanto meno, finalizzato ad attuare in modo concreto e significativo quel dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 (dimensione solidaristica del principio).

Sarà utile chiarire che funzione "solidaristica" e funzione "redistributiva" coincidono solo parzialmente in quanto la funzione solidaristica coincide con il principio generale che impone a tutti di contribuire alle spese pubbliche in base alla propria forza economica, mentre la funzione redistributiva si identifica con lo strumento pratico, messo in atto attraverso la progressività del sistema tributario per perequare le disuguaglianze economiche.

La funzione solidaristica è il "perché" bisogna pagare le imposte

[16] G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario (parte generale)*, Padova, 2008, 148 ss.; R. Lupi, *Diritto tributario (parte generale)*, Milano, 2005, 6 ss.

[17] *Ex pluribus*, sentenze Corte Costituzionale nn. 200/1976, 111/1997, 210/2015, 262/2020, 21/2024.

[18] Tra le altre, sentenze Corte Costituzionale nn. 44/1966, 200/1976, 126/1979, 42/1980.

[19] A. Fedele, *Ancora sulla nozione di capacità contributiva nella Costituzione italiana e sui "limiti" costituzionali all'imposizione*, Rivista di diritto tributario, 2013, 11, 1035 ss.; F. Gallo, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, Rassegna tributaria, 2015, 4, 774 ss.; A. Giovannini, *Per principi*, Torino, 2022, 16 ss.

nell'interesse generale, quella distributiva invece rappresenta il "come", ossia l'applicazione del criterio di progressività.

Senza approfondire quelle critiche in forza delle quali un eccessivo ampliamento delle finalità di giustizia distributiva condurrebbe a disincentivare la produzione e gli investimenti e a generare fenomeni elusivi/evasivi, il filone dottrinale che privilegia una concezione garantista, o ancor di più quella commutativa, valuta negativamente la finalità redistributiva della norma in quanto il tributo verrebbe usato come strumento di ingegneria sociale, compito, questo, che la Costituzione affiderebbe invece ad altre norme.

Alla luce di siffatte interpretazioni evolutive i sostenitori della "regola del beneficio" (tesi commutativa), che ritenevano una "scatola vuota" la disposizione dell'art. 53 stante la vaghezza della nozione di capacità contributiva perché non connotata da una formulazione rigida e oggettiva, hanno dovuto constatare, non senza qualche ragione, che una norma così formulata ha lasciato, come in pratica ha lasciato, campo aperto agli interpreti e al legislatore nel riempirla e nell'introdurre nuove imposte.

Come sarà più in dettaglio esposto *infra* la linea di pensiero "redistributiva" si è spinta a concepire ulteriori beni – capacità, diversi da quelli tradizionali (reddito, patrimonio, consumo, trasferimento di ricchezza), espressivi invece di "situazioni di vantaggio" [20], così come la Corte costituzionale con la sentenza n. 288/2019 ha rilevato (e… auspicato) "*…anche altre e più evolute forme di capacità, che ben possono denotare una forza o una potenzialità economica…*", talché sulla base di tali spinte evolutive si può affermare che la norma in parola è passata da "scatola vuota" a "scatola piena", se non oltre.

Vi è pure da considerare che coessenziale al concetto di capacità contributiva, per giustificare la pretesa impositiva, è il collegamento territoriale. In assenza di questo legame il prelievo violerebbe il principio di ragionevolezza e di uguaglianza. In effetti l'art. 53, nell'impiegare il pronome onnicomprensivo "tutti", afferma il principio di universalità del tributo cui va assoggettata la totalità dei soggetti indipendentemente dalla loro cittadinanza, a condizione che questi, persone fisiche o non, abbiano almeno un nesso effettivo con il territorio dello Stato, sia il nesso di natura personale o reale o, detto in altri termini, che il nesso sia inquadrabile nei criteri di collegamento della residenza fiscale o della fonte produttiva[21].

Nel prosieguo del contributo, posto che il collegamento con il ter-

[20] F. Gallo, *Ability to pay and equality principle*, sito salviniesoci.it, 1 ss.

[21] G. Melis, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2024, 63 ss.

ritorio è costitutivo della potestà impositiva dello Stato e si affianca al principio di capacità contributiva per determinare dove e come un soggetto deve essere tassato, analizzerò sotto questo peculiare profilo la problematica della territorialità delle *Big Tech*.

4. *Gli indici di capacità contributiva*

La capacità contributiva, come appena visto, è l'idoneità economica a concorrere alle spese pubbliche. La forza o la consistenza economica viene misurata mediante specifici indici che possono definirsi come la concreta manifestazione di ricchezza, in quanto tali assoggettabili a tassazione.

Gli indicatori rivelatori di ricchezza non hanno carattere assoluto ma sono individuati, su base sistematica ed economica, nel rispetto del dettato costituzionale. Essi abitualmente si dividono in indici diretti (reddito, patrimonio) e indiretti (consumo, trasferimento di beni e diritti, ecc.). Qualsiasi tipologia di indice selezionato deve superare il vaglio dell'art. 53; tuttavia è la capacità contributiva, come innanzi definita, che influenza e determina la scelta della tipologia di indice. Dunque, è la capacità contributiva, come concetto astratto di "forza economica", che guida il legislatore nell'individuazione dell'indice da tassare. L'indice è in definitiva lo strumento tecnico utilizzato per misurare e quantificare la capacità contributiva.

In altri termini la norma costituzionale stabilisce il principio generale e gli indici scelti dal legislatore rendono concreta la nozione di capacità contributiva, la quale, per non essere considerata illegittima, dovrà essere sempre in linea con i requisiti di effettività e di attualità pretesi dalla Corte Costituzionale.

Definiti alcuni significativi contorni, che per lo più attengono agli indicatori tradizionali, negli ultimi anni, come sopra fatto cenno, sono state rilevate considerevoli tendenze evolutive, mostrate sia dalla giurisprudenza costituzionale che dagli studiosi della materia, volte a estendere la nozione di capacità contributiva e conseguentemente ad allargare il numero dei relativi indici. Ciò si traduce, da una parte, nell'inclusione di nuove e sopravvenute manifestazioni di ricchezza e, dall'altra, nell'ampliamento dei confini del dovere di concorrere alle pubbliche spese, anche in ragione talvolta di pressanti esigenze di ripianamento dei bilanci pubblici. Nell'uno e nell'altro caso si tende a oltrepassare il concetto di reddito monetario o, quanto meno, di capacità economica non immediatamente misurabile e quantificabile.

Su questo terreno parte della dottrina tributaristica sollecita una lettura estensiva e sostanziale dell'art. 53 Cost. Da un lato, viene teorizzato il superamento del solo reddito o della mera capacità patrimoniale, includendo indici di forza economica "indiretti" o "patrimoniali" come nuovi consumi, incrementi di valore, patrimoni e transazioni digitali, dall'altro, in nome delle finalità solidaristiche e di giustizia distributiva che l'art. 53 rifletterebbe per la stretta relazione con gli articoli 2 e 3, viene sostenuto l'ampliamento della base contributiva effettiva.

Nel novero di questa visione sono state sviluppate e in parte applicate interpretazioni evolutive, inclusive di transizioni ecologiche e di "giustizia climatica" ossia sono stati definiti, talvolta anche con intenti sanzionatori e in funzione di incentivazione o disincentivazione di determinati comportamenti, indici capaci di colpire le cosiddette esternalità negative (es. le *green taxes*)[22].

Gli autori[23] di siffatta concezione sono quindi orientati nel senso che il principio di capacità contributiva, nell'adattarsi ai continui mutamenti della realtà economica e sociale, debba essere inteso come parametro "dinamico".

Emergerebbe da tale visione, nel momento in cui si vanno a disincentivare comportamenti come l'inquinamento ambientale, che incide sul godimento collettivo di beni pubblici come l'acqua e l'aria, una "posizione di vantaggio" da parte dei produttori di sostanze inquinanti e come questa particolare condizione in cui versa un soggetto per effetto del "potere" di svolgere attività imprenditoriale (disponibilità di un bene pubblico) possa assurgere a nuovo indice di capacità contributiva[24].

L'indice "posizione di vantaggio" è stato affiancato, come possibile nuovo indice, dal concetto di "vantaggio competitivo", da intendersi come l'acquisizione di benefici in un mercato in origine concorrenziale, a parità di condizioni, rispetto a operatori tradizionali, da parte di imprese ad alta intensità tecnologica che esprimono una forza economica derivante da situazioni di favore, come nel caso delle imprese che qui interessano, di specifici regimi digitali ed economie di rete.

In entrambe le situazioni di vantaggio descritte vengono in rilievo

[22] F. Gallo, F. Marchetti *I presupposti della tassazione ambientale*, Rassegna tributaria, Milano, 1999, 1, 144.

[23] F. Gallo, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, Rassegna tributaria, Milano, 2015, 4, 764;

[24] M. Liaci, *Tributi ambientali e principio della capacità contributiva*, Diritto.it, Santarcangelo di Romagna, 2021, 1 ss.

i limiti fissati dalla Consulta in base ai quali il legislatore è comunque tenuto a non colpire manifestazioni di ricchezza arbitrarie o teoriche. Il vantaggio, nell'uno e nell'altro caso, deve essere effettivo, quantificabile ed espressivo di capacità economica.

Parte della dottrina tributaristica ha adottato l'indice di "posizione di vantaggio", in particolare per i tributi ambientali: vantaggio da intendersi come uso, consumo o dominio su beni come le risorse naturali, l'atmosfera e il suolo. L'indice costituirebbe di per sé, secondo questo indirizzo dottrinale, un'autonoma manifestazione di capacità contributiva e di arricchimento rispetto agli altri consociati.

Siffatto costrutto teorico, che si articola sui profili dello sfruttamento economico del bene e del potere di disporne, consentirebbe di superare la classica concezione di ricchezza basata solo su reddito e patrimonio, legittimando le imposte applicate. In altre parole, i soggetti "avvantaggiati" si pongono in una situazione di beneficio economico rispetto agli altri consociati perché trarrebbero una significativa utilità dal dominio esercitato su beni comuni, senza sostenerne i costi. L'imposizione assumerebbe quindi una valenza anche risarcitoria nei confronti della collettività. I due profili citati – sfruttamento economico e potere di disporre, per esempio, di un dato informativo digitale – possono valere anche come parametri per la tassazione dei servizi digitali?

In effetti, nel trarre spunto da questo filone dottrinale, la posizione di "vantaggio competitivo" è stata proposta come possibile, nuovo indice indiretto di capacità contributiva dal momento che le imprese tecnologiche che erogano servizi digitali hanno acquisito rilevanti benefici di mercato – o di risparmi di costi – rispetto ad operatori tradizionali ed esercitano un potere o un dominio sui dati informativi digitali, volontariamente o involontariamente forniti dagli utenti.

Esposto in altri termini, il valore economico è generato dalla cessione di dati personali, dal potere esercitato su questi dati e dalle interazioni fra gli utenti, che sono pertanto da considerare vere e proprie risorse aziendali assimilabili ai consueti fattori produttivi.

È opportuno, a questo tornante del discorso, formulare alcune osservazioni e riflessioni. Come è noto la giurisprudenza della Corte costituzionale ammette l'imposizione allorquando la posizione di vantaggio si traduce in manifestazioni concrete ed effettive di forza economica e, di conseguenza, che il prelievo si basi su indici rivelatori di ricchezza reali, attuali e misurabili. Il vantaggio competitivo, che è tale se si sviluppa in situazioni di concorrenza o di libero mercato, è il motivo economico ma non è la ricchezza stessa. Una imposizione fondata sul semplice "vantaggio competitivo" astratto violerebbe i requi-

siti di effettività e attualità, poiché andrebbe a colpire una potenzialità economica non ancora monetizzata.

Vi è di più. Se si assumesse come indice di capacità contributiva il "vantaggio competitivo" si andrebbe a penalizzare la capacità di un'impresa di superare i propri concorrenti sul mercato e quindi l'innovazione e l'efficienza, a meno che non sia desiderabile un'economia stagnante senza sviluppo tecnologico e accrescimento della ricchezza.

Passo ora al caso del vantaggio derivante invece da posizioni monopolistiche od oligopolistiche in cui, almeno per queste ultime, rientrano le *Big Tech*.

Ugualmente, in questi casi, le posizioni di vantaggio non costituiscono autonomi indici di capacità contributiva, ma esse sono piuttosto ragioni economiche, in genere di razionalità gestionale. Queste particolari condizioni di mercato non sono, di per sé, manifestazioni di ricchezza, ma riflettono i motivi economici (fra gli altri la forma di mercato, l'efficienza organizzativa, il valore del *know-how* e, nelle imprese digitali, anche i dati informativi), che permettono all'operatore di generare profitti molto elevati, altrimenti impossibili nella stessa misura in un regime di libera concorrenza. La tassazione tende qui a colpire la forza economica generata dalle rendite di monopolio o di oligopolio; forza economica, espressiva di capacità contributiva di queste imprese prestatrici di servizi digitali, originata dalla combinazione dei fattori produttivi più volte ricordati che la struttura di mercato monopolistico od oligopolistico protegge e consolida.

Nondimeno vi è stato qualche autore[25] che sulla falsariga dell'indice "vantaggio competitivo" ha proposto come nuovo indice "il vantaggio competitivo digitale", ritenendo che i dati informatici e le loro proprietà informative possano assurgere a un'autonoma rilevanza economica, meritevole di essere considerata sotto il profilo fiscale. In altre parole, il "valore economico" dei dati costituirebbe un presupposto per la loro tassabilità "*…quale veicolo del tutto nuovo per mezzo del quale conseguire posizioni di vantaggio diversificate sui mercati in cui le imprese digitali e digitalizzate operano…*", dando così luogo ad un'economia fondata *"… sulla valorizzazione di fattori immateriali in grado di connotarne, orientarne e condizionarne intimamente il funzionamento e il successo"*[26].

In breve, viene qui in rilievo la cosiddetta "centralità del dato",

[25] A. Purpura, *Note minime sulla configurabilità di un indice di capacità contributiva "digitale"*, Rivista trimestrale di diritto tributario, Torino, 4, 2021.

[26] A. Purpura, *La ricchezza digitale e la tassazione di nuovi indici di capacità contributiva*, Milano, 2025, 1 ss.

ossia, secondo questa visione dottrinale[27], il dato costituisce la materia prima fondamentale da cui le piattaforme traggono il proprio valore economico e quindi gli ingenti ricavi. Il dato digitale, perciò, rappresenta un fattore di produzione ed una risorsa economica di decisiva importanza nell'organizzazione delle attività di produzione e di scambio delle imprese digitali. Va da sé che la figura dell'utente, fornitore, talvolta inconsapevole, dei propri dati personali e comportamentali, si delinea, non più come semplice consumatore passivo, ma come partecipante attivo (*user participation*) con le interazioni, le ricerche, i *click* e la condivisione di contenuti, alla creazione della nuova ricchezza.

Per alcuni autori[28] il passo ulteriore è pressoché immediato: il dato, così come qualificato insieme al potere di controllo esercitato sul medesimo, costituirebbe il presupposto economico e normativo e, in quanto tale, assurgerebbe a nuovo indice di capacità contributiva ex art. 53 Cost. La nuova ricchezza o, meglio, la nuova forza economica altro non sarebbe che l'esito della capacità di sfruttare i dati digitali forniti dagli utenti e la loro attiva partecipazione.

Anche per questo caso valgono le osservazioni in precedenza formulate per le altre posizioni di vantaggio. Faccio in più rilevare, in ordine alla natura dei dati e alla possibile loro qualificazione di nuovi indici di capacità contributiva che, di per sé, essi sono dati grezzi che non hanno un valore di mercato certo e neppure un'autonoma idoneità a esprimere un prelievo anche perché non immediatamente quantificabili (assenza del requisito dell'effettività). La valorizzazione economica avviene in via aggregata, solo dopo la loro elaborazione, e grazie agli investimenti in elevate tecnologie, agli algoritmi e all'organizzazione delle piattaforme. La rilevante ricchezza economica derivante dallo sfruttamento dei dati senz'altro giustifica l'imposizione a carico delle imprese digitali che li raccolgono, li elaborano e li aggregano, ma ciò non significa che l'acquisizione gratuita, favorita dall'inconsapevolezza dell'utente, dei dati di per sé sia una manifestazione di ricchezza. Certamente i dati raccolti dall'impresa digitale costituiscono per essa un patrimonio informativo, tuttavia la stessa non possiede un diritto di proprietà esclusiva sul dato dell'utente, il quale comunque conserva poteri di controllo e di revoca in base al Regolamento UE 2016/679

[27] G. Fransoni, *L'imposta sui servizi digitali e "il potere di controllo sui dati" come indice di capacità contributiva*, sito https://fransoni.it, 2020

[28] G. Fransoni, *art. citato*; C. Fava, *La "capacità contributiva" e il principio di "territorialità" nell'era dell'economia digitale*, sito https://www.assonime.it, Roma, fasc. 3/2025, 220

(GDPR) sulla *privacy* e sulla protezione dei dati personali né sussiste, in base alle regole contabili internazionali (IAS 38) e all'art. 2424 del Codice civile, la possibilità di iscrizione in bilancio di un tale bene immateriale per mancanza dei requisiti previsti.

Ritengo che il nuovo indice di capacità contributiva configurabile, nel caso della *web tax*, tenuto conto del sopravvenuto modello di *business* delle multinazionali digitali e delle nuove modalità di creazione di valore, con il legislatore che si è staccato dall'indice tradizionale di reddito netto d'impresa, sia da rinvenire nei ricavi lordi (o, con significato lievemente diverso, fatturato lordo) generati nel territorio dello Stato, derivanti dalla fornitura di taluni specifici servizi digitali, elencati dalla norma, indipendentemente dall'esistenza nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione fisica o virtuale del soggetto passivo.

Con la ISD il legislatore non ha tassato il patrimonio dei dati forniti o acquisiti dagli utenti, ma è ricorso al ricavo lordo, conseguito dai soggetti prestatori di servizi, rientranti nel parametro dimensionale globale. Il nuovo indice è stato valutato dal legislatore come espressivo di una elevata capacità contributiva.

Con la soglia dei ricavi stabilita per l'applicazione dell'imposta, sebbene sia di modesta entità l'aliquota fissata per la tassazione, il legislatore ha puntato a colpire le grandi multinazionali che si sono avvantaggiate della digitalizzazione dell'economia.

L'adozione del ricavo lordo d'impresa, quale indice di forza economica, può considerarsi il grimaldello per prevenire e superare eventuali dubbi o censure di costituzionalità per la nuova imposta.

In effetti la Corte costituzionale, anche se si è espressa in sentenze non direttamente inerenti alla *web tax* (in materia di contributo di natura tributaria destinato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato con la sentenza n. 269/2017 e di prelievi su imprese energetiche con le sentenze nn. 180/2025 e 135/2026) ha ritenuto che imposte collegate al fatturato lordo (e quindi ai ricavi lordi) siano generalmente compatibili con il dettato degli articoli 3 e 53, purché esse non risultino discriminatorie e arbitrarie e che siano collocate in un quadro di ragionevolezza, proprio come motiva nella sentenza n. 46 del 3 aprile 2026.

Per di più con le sentenze nn. 10/2015 e 111/2024 lo stesso Organo costituzionale si è pronunciato anche sulla scelta, da parte del legislatore, delle soglie dimensionali a partire dalle quali si rientra nel campo di tassazione. Detto diversamente, la Consulta ha valutato come legittime le soglie di applicazione, fondate sulla loro selettività, dalle quali scaturiscono le conseguenze giuridiche volute dal legislatore.

La modulazione selettiva è pertanto costituzionalmente plausibile laddove il legislatore individui una forma specifica di capacità contributiva, non assoggettabile con le ordinarie imposte dirette, e sempreché i confini dimensionali non producano discriminazioni arbitrarie fra gli attori economici del settore.

5. *La natura giuridica della web tax*

La dottrina sulla natura giuridica della *web tax* come imposta indiretta reale, che si concretizza in un prelievo sui ricavi lordi collegati allo scambio e all'esecuzione di specifici servizi digitali, è pressoché unanime [29].

Nella COM (2018) la stessa Commissione Europea qualifica l'imposta come indiretta; egualmente viene qualificata indiretta al paragrafo 10 della Circolare n. 3/2021 dall'Agenzia delle Entrate, la quale, riferendosi all'ambito di applicazione oggettivo delle Convenzioni OCSE contro le doppie imposizioni, fa rilevare che l'imposta sui servizi digitali non compare nelle convenzioni concluse dall'Italia per cui essa non può ritenersi inclusa nel relativo ambito applicativo. L'Agenzia precisa quindi che la ISD non si applica sul reddito ma sui corrispettivi lordi percepiti nell'anno solare a fronte di specifici servizi digitali elencati dalla Legge di Bilancio e che inoltre "*…i ricavi tassabili sono assunti al lordo dei costi e al netto dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposta indirette*" (art. 1, comma 39, Legge di Bilancio 2019).

L'estraneità alle imposte sul reddito, malgrado il fatto che il tributo vada a colpire i ricavi lordi e lasci immaginare che l'imposta possa annoverarsi fra quelle dirette, sarebbe inoltre confermata dall'applicazione alla ISD delle disposizioni regolanti l'IVA stabilite, per quanto compatibili, per le attività di accertamento, sanzionatorie, di riscossione e contenzioso.

Sulla base del mancato rientro nell'ambito applicativo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni l'Agenzia inoltre non ritiene attribuibile al soggetto passivo il diritto al riconoscimento del credito di imposta qualora l'eventuale assoggettamento dei medesimi ricavi a imposte sui servizi digitali fosse effettuato da altri Stati.

[29] G. Corasaniti, *L'imposta sui servizi digitali: una vera rivoluzione, oppure il messaggio in una bottiglia gettata in mare per i posteri*, Diritto e pratica tributaria, Milano, 2022, 1 ss.; M. Logozzo, *Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali (ISD)*, Rivista trimestrale di Diritto tributario, Torino, 2020, 4; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario (parte speciale)*, Milano, 2022, 338 ss.

Dalla qualificazione di imposta indiretta discende la possibilità per i soggetti passivi di portarla in diminuzione, ove ne ricorrano le condizioni, ai fini IRES e IRAP.

La *web tax* italiana può anche qualificarsi come un'"imposta a tempo indeterminato", il che nel panorama tributario italiano, al di là di imposte *una tantum* del passato, rappresenta una indubbia novità. La classificazione di "imposta a tempo indeterminato", ad una riflessione concettuale più aderente alla realtà, supera le originarie caratteristiche di temporaneità e di transitorietà attribuite all'imposta, priva com'è di una data di scadenza prestabilita.

I continui rinvii nell'attuazione del *Pillar One*, che hanno differito la sua abrogazione, ne hanno scalfito il carattere di eccezionalità temporale. Le stesse modifiche introdotte con la Legge di Bilancio 2025 ne hanno confermato una vigenza di medio periodo.

La connotazione temporale, che sia transitoria o definitiva, attiene esclusivamente all'efficacia cronologica e alla volontà politica del legislatore, non incidendo sulla sua natura giuridica che resta ancorata agli elementi costitutivi innanzi descritti.

La ISD, esclusa la natura di accisa in quanto questa è una imposta di fabbricazione e di consumo che colpisce la quantità di specifici beni materiali (fisici) al momento del consumo o della produzione, potrebbe essere assimilata ad una imposta di settore.

In effetti, pur non essendo un'imposta di settore in senso proprio, presenta profili di specialità oggettiva che la rendono assimilabile ad un tributo di settore o di scopo economico, mirato ad una specifica attività. La ISD colpisce un comparto delimitato di un settore economico e non un intero settore produttivo, peraltro l'imposizione riguarda specifici modelli di *business*, con prelievo circoscritto a soggetti che superano una determinata soglia di fatturato globale.

Una linea di pensiero[30] ritiene che la ISD rientri concettualmente e funzionalmente nella categoria delle *equalisation levy* discussa a livello internazionale, cioè sia una imposta perequativa. La *web tax* domestica e l'*equalisation levy* sono nate con il medesimo scopo, cioè quello di tassare i ricavi digitali generati da grandi gruppi multinazionali in Paesi in cui sono localizzati gli utenti, anche in assenza di una stabile organizzazione. Entrambe fungono da misura provvisoria o alternativa rispetto all'imposizione dei redditi di impresa, con applicazione diretta sul fatturato lordo originato da specifici servizi digitali.

[30] L. Del Federico, *La tassazione nell'era digitale. Genesi, diffusione ed evoluzione dell'equalisation levy in Diritto e pratica tributaria internazionale*, Padova, 2020, 1431 ss.

Nondimeno la ISD non può essere propriamente qualificata come una *equalisation levy* dal momento che il suo ambito applicativo è più ampio, interessando anche i rapporti *business to consumer* (B2C) e non solo quelli *business to business* (B2B), distanziandosi quindi dal modello di prelievo compensativo in sede internazionale.

L'*equalisation levy* è stata concepita per colpire specifici flussi B2B alla fonte laddove la ISD va a incidere su transazioni e interazioni rivolte a una platea mista di utenti e consumatori; diversi inoltre sono i criteri di commisurazione: mentre l'imposta perequativa ha come finalità il riequilibrio del prelievo rispetto a margini o valori specifici di scambio, la ISD assoggetta i ricavi lord generati da determinati servizi digitali.

Quanto alla considerazione che la *web tax* possa essere definita una imposta sul consumo di soli servizi, essa non può essere qualificata come una imposta sul consumo in senso tradizionale (come l'Iva), bensì un tributo speciale sui ricavi lordi originati da specifici servizi digitali. Essa non colpisce il consumatore finale come onere di scambio ma suo elemento fondamentale è il luogo del consumo o la localizzazione dell'utente, che serve a stabilire, come rivedremo *infra*, dove sorge il diritto di tassare.

6. *Profili critici*

Con la *web tax* non è sottoposto a tassazione il reddito netto per cui si pone la problematica, per operatori con margini reddituali ridotti o addirittura negativi, di dover sopportare il pagamento dell'imposta sui ricavi lordi anche in assenza di conseguimento di una ricchezza reale e concreta.

La tassazione, in questa ipotesi, mancando il requisito dell'effettività, potrebbe essere considerata irrazionale e costituzionalmente illegittima per violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza.

Il legislatore, basandosi sull'elevata soglia dei ricavi utilizzata per la selezione dei soggetti passivi e sul fatto che le imprese digitali operano in un mercato strutturato e particolarmente redditizio, avrà presunto implicitamente come soddisfatta la condizione dell'effettività. Questo tipo di presunzione legale sta in piedi a due condizioni. La prima è che essa si basa su una congettura non arbitraria (*id quod plerumque accidit*), ossia che a elevati ricavi lordi normalmente sono collegati redditi positivi; la seconda è quella tale da garantire al contribuente la possibilità di dimostrare che la ricchezza presunta, in realtà, non esiste o è inferiore. Se tuttavia al contribuente si impedisse di di-

mostrare che i ricavi lordi non hanno generato un effettivo utile, la *tax web* rischierebbe di essere considerata irrazionale. Sulla caratteristica di possibile incostituzionalità leggasi *infra.*

Sebbene il contrasto con il requisito di effettività rimanga un problema aperto valgano nondimeno alcune considerazioni.

Con l'introduzione della *web tax* l'autore della legge ha inteso specificamente misurare e tassare il fatturato lordo, conseguito dalle grandi multinazionali, in ragione del consistente apporto degli utenti alla creazione della nuova ricchezza sul territorio dello Stato nell'attesa di istituire nuovi moduli impositivi che riescano a colpirla più efficacemente.

L'imposta, così come è stata articolata, poi, non sarebbe, aggiungendo altri motivi a quelli esposti in precedenza, incompatibile con la giurisprudenza della Corte costituzionale che, con la nota sentenza n. 156 del 21 maggio 2001 sull'IRAP, ha ammesso che il legislatore possa anche colpire indici di ricchezza diversi dal reddito individuale, purché rivelatori di ricchezza, e quindi sono da considerare anche indici patrimoniali o di ricchezza lorda.

La sentenza pone per la loro ammissibilità, come condizioni o limiti, che gli stessi indici non siano caratterizzati da irragionevolezza e da non arbitrarietà.

Per quanto attiene invece all'individuazione dei confini dell'ambito oggettivo dell'imposta vengono immediatamente in risalto due altri nodi critici che, almeno per le *Big Tech*, qualificano la loro natura di imprese ibride, nel senso che esse adottano contemporaneamente più modelli di *business*.

Il primo nodo origina dall'esclusione del commercio elettronico (*e-commerce*) diretto dalle tipologie dei servizi imponibili ISD (art 1. co. 37, lett. a) e b) della legge istitutiva). Tale esclusione ha sollevato non pochi dibattiti e dubbi in alcuni autori,[31] che ne hanno evidenziato, in particolare, limiti in ordine all'efficacia del prelievo, disparità tra modelli di *business* digitali e ipotesi di comportamenti evasivi/elusivi da parte dei grandi gruppi multinazionali.

La motivazione principale che ha indotto il legislatore all'esclusione è quella secondo la quale nel commercio elettronico diretto non è riscontrabile la compartecipazione dell'utente alla creazione del valore economico che, come sopra visto, costituisce invece uno degli elementi fondamentali dei servizi digitali rientranti nell'ambito oggettivo della ISD.

[31] *Inter alios,* F. Gallo, A.F. Uricchio, *Tassazione economia digitale (a cura di F. Gallo e A. F. Uricchio)*, Bari, 2022, 1 ss.

Nel caso dell'*e-commerce* diretto il fornitore vende un contenuto o un servizio digitale, di sua proprietà, direttamente all'utente (consumatore finale), che è un semplice acquirente, non un co-creatore di valore.

L'altro nodo è da ravvisare nella possibile confusione tra la veicolazione di pubblicità mirata e la veicolazione di quella non mirata. Nonostante che, a livello concettuale e giuridico – tributario, le due varietà di pubblicità siano ben distinte, tenuto anche conto dei puntuali chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate in forza dei quali un annuncio pubblicitario si considera mirato, e quindi tassabile, soltanto quando vi è una effettiva interazione o utilizzazione dei dati relativi all'utente che accede all'interfaccia digitale, non può non ipotizzarsi, a livello operativo, la difficoltà di discernere le due specie di pubblicità e quali e quanti ricavi siano da assoggettare alla *web tax*.

Per quanto possano essere utilizzati nel caso delle due pubblicità strumenti per discriminare la derivazione dei ricavi (*log* di sistema e dati tecnici, contratti e ordini di inserzione) il nodo non appare del tutto sciolto, in particolar modo per le finalità accertative dell'Amministrazione finanziaria.

Stessa criticità non può non rilevarsi per lo scorporo preciso dei flussi di ricavi imputabili alla sola intermediazione rispetto a quelli derivanti dall'*e-commerce* diretto.

In entrambi i casi sarebbe da imporre ai soggetti passivi la tenuta di specifiche contabilità separate: ai soggetti esteri senza stabili organizzazioni in Italia può essere imposta?

La caratteristica ibrida delle piattaforme digitali che operano contemporaneamente rivestendo più ruoli operativi e contrattuali comporta notevoli difficoltà pratiche nel distinguere i vari servizi digitali e di conseguenza i relativi flussi di ricavo.

A tal fine il legislatore può imporre regole fiscali e obblighi contabili anche a soggetti privi di stabili organizzazioni in Italia, dal momento che la sovranità fiscale si esercita sul presupposto territoriale dell'attività economica e, nel caso delle multinazionali digitali, sulla localizzazione degli utenti.

In effetti per rendere effettivo il prelievo della *web tax* sia il legislatore che, in via attuativa, l'Agenzia delle Entrate hanno previsto precisi obblighi di contabilità separate e di tracciabilità informatica.

Più in dettaglio sono stati stabiliti alcuni adempimenti per instradare separatamente le voci di ricavo a seconda del tipo di servizio digitale prestato. È stata richiesta la compilazione di particolari prospetti analitici e di note esplicative, per cui, ai fini della redazione di tali documenti, le imprese digitali dovrebbero sapere, avvalendosi di sistemi

gestionali e contabili, discriminare, in modo preciso, i servizi di pubblicità mirata da quelli di pubblicità non mirata, le attività da interfacce multilaterali da quelle dell'*e-commerce* diretto, mettendo così l'Amministrazione finanziaria nelle condizioni di verificare quali e quante siano state le transazioni digitali, quali e quanti siano stati i corrispondenti flussi di ricavo ed, eventualmente, di applicare le sanzioni prescritte per la mancata o infedele tenuta della contabilità separata.

Tuttavia, l'attuale configurazione degli obblighi di contabilità separata e della rendicontazione analitica non è del tutto soddisfacente rispetto al tracciamento e alla distinzione fra le varie categorie di operazioni e di ricavi[32].

In effetti, il sistema normativo italiano (e anche le normative simili europee) si affida al tracciamento interno delle imprese digitali trasferendo l'onere di dimostrare i fatti e la giustificazione dei dati alle stesse imprese, considerando anche che l'Amministrazione finanziaria non ha accesso in tempo reale alle procedure di elaborazione delle contabilità separate.

Questo assetto contabile, in un quadro di dati ad uso promiscuo, di sovrapposizioni dei costi e dei servizi, genera inevitabilmente criticità operative, margini di evasione/elusione e ambiguità interpretative.

Per il superamento di siffatte criticità sono allo studio sia in ambito europeo soluzioni finalizzate all'adozione di *standard* coordinati e in linea con il *Digital Service Act* e il *Digital Markets Act*, sia in ambito OCSE con la proposta di introdurre registri digitali dei dati, tracciati ai fini fiscali.

Proseguendo nell'esame di aspetti dell'imposta che risultano tuttora dibattuti viene in rilievo la questione del criterio di collegamento dell'imposizione con il territorio dello Stato. La norma in effetti risolve il problema con l'indirizzo di protocollo *internet* o con altre modalità di geolocalizzazione dell'utente (si noti bene, non del residente), che usufruisce del servizio digitale nel territorio dello Stato.

Orbene l'art. 53 Cost. nell'individuare i soggetti passivi della contribuzione si riferisce ad una collettività organizzata, alle cui spese "tutti" sono chiamati a corrispondere in base a tributi via via stabiliti dal legislatore. L'incertezza sorge laddove si vada ad individuare e misurare l'appartenenza di alcuni (grandi) soggetti passivi alla collettività organizzata[33] e quindi sia, quanto meno vaga e ambigua, identificare

[32] Sito https://e-ius.it, *Regole fiscali per imprese digitali – Web tax: cos'è e come funziona l'imposta sui servizi digitali*, Roma, 2026, 1 ss.

[33] G. Fransoni, *L'imposta sui servizi digitali e il "potere di controllo sui dati" come indice di capacità contributiva*, sito https://fransoni.it, 2020

la capacità contributiva di soggetti passivi come le *Big Tech*, che certo non fanno parte della collettività nazionale, ma che di certo operano da remoto, in maniera massiccia, all'interno del territorio dello Stato. La criticità del collegamento soggettivo/territoriale è stata risolta dal legislatore che ha individuato la soluzione nella localizzazione dell'utente, fruitore dei servizi e compartecipe nel processo produttivo, identificando un collegamento "oggettivo" (un punto di contatto come *nexus*) con il territorio e rendendo concreta la funzione di intercettare la forma di ricchezza economica digitale legata allo sfruttamento del mercato italiano[34].

Altra criticità[35] è riscontrabile da quanto previsto al paragrafo 9.1 del Provvedimento, ossia che i soggetti residenti nel territorio dello Stato, anche non soggetti passivi dell'imposta, che alla fine dell'anno solare in cui sono realizzati i ricavi imponibili appartengono allo stesso gruppo dei soggetti passivi non residenti, diversi da quelli stabiliti in uno Stato non collaborativo e privi di una stabile organizzazione in Italia, sono solidalmente responsabili con questi ultimi per il versamento dell'imposta dovuta.

In poche parole, è stata prevista una solidarietà tributaria di fatto in forza della quale il soggetto residente è tenuto a rispondere in solido del versamento dell'imposta con il consociato estero, appartenente al medesimo gruppo.

Questo profilo, tuttavia, può essere valutato anche da un diverso angolo visuale: l'introduzione di una responsabilità solidale appare come una peculiarità di natura formale e procedurale, utile per contrastare l'elusione e garantire il versamento del tributo anche quando l'obbligato principale è estero e privo di sede o stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

Non trova invece evidenze quanto a criticità o a possibili conflitti – interferenze o duplicazioni – della ISD con l'IVA, perché è diversa la natura delle due imposte riferendosi a presupposti, basi normative e modalità di funzionamento differenti. Mentre la ISD è un'imposta monofase su ricavi lordi specifici, l'IVA è un'imposta generale sui consumi, caratterizzata dalla neutralità e dal meccanismo detrazione – rivalsa. L'unico punto di contatto, come sopra riportato, attiene alle disposizioni, ove compatibili con quelle dell'Iva, di accertamento, sanzionatorie, di riscossione e contenzioso. Peraltro l'Unione Europea,

[34] A. Magliaro, *L'individuazione della potestà impositiva nella influencer economy*, Tax news, Torino, 2024, 1 ss.

[35] A. Purpura, *La ricchezza digitale e la tassazione di nuovi indici di capacità contributiva*, Milano, 2025, 197 ss.

con la Direttiva n. 2006/112/CE, consente agli Stati membri l'introduzione di altri tributi indiretti sempreché non assumano i caratteri di una seconda imposta generale sul valore aggiunto per cui, alla luce di tale disposizione, è pienamente giustificata l'istituzione della *web tax*.

Quanto ad eventuali interferenze e sovrapposizioni con la tassazione della stabile organizzazione, se da un'ottica giuridico – tributaria i due istituti appaiono come complementari dal momento che agiscono su presupposti e basi imponibili differenti (la ISD colpisce il fatturato lordo sui servizi digitali, la stabile organizzazione invece assoggetta a tassazione il reddito d'impresa netto), dal punto di vista pratico, potrebbe dar luogo a fenomeni di sovrapposizione, comunque evitabili: la normativa prevede infatti che la ISD sia deducibile dall'IRES dovuta nello stesso periodo dalla stabile organizzazione. Tuttavia, si può incorrere in una doppia imposizione allorché la ISD supera l'IRES determinata per la stabile organizzazione o anche qualora quest'ultima fosse in perdita o pagasse in ogni caso la ISD sul fatturato lordo.

Potrebbero sorgere, inoltre, un eventuale conflitto e un rischio di doppia imposizione economica tra l'applicazione della ISD e le regole del *transfer pricing* nel caso in cui, per esempio, fossero valutati e rettificati in diminuzione i costi di fornitura infragruppo a sfavore di una filiale nazionale che raccoglie, riferiti al territorio italiano, i ricavi da servizi digitali, cosicché essa sarà soggetta a corrispondere una maggiore imposta sul reddito netto senza avere la possibilità di scomputare tale maggiore imposta IRES dalla *web tax*, non essendo previsti nei trattati internazionali o nella nostra disciplina meccanismi automatici di deduzione o di coordinamento tra le due tipologie di imposta.

Con la *Global Minimum Tax*, recepita nel nostro ordinamento a mezzo il decreto legislativo n. 209/2023, che ha attuato la direttiva UE 2022/2523 nel quadro del *Pillar Two* OCSE, ed entrata in vigore dal 1° gennaio 2024, si rilevano conflitti e sovrapposizioni, nonostante che le due imposte coesistano nel sistema normativo italiano posto che la *web tax* non è stata all'attualità abrogata, anzi è stata perfino potenziata dal legislatore. La coesistenza genera tensioni fiscali e politiche. In effetti le due imposte colpiscono in parte le stesse grandi imprese digitali (multinazionali con oltre 750 milioni di euro di ricavi globali): la *web tax* tassa i ricavi lordi a prescindere dall'utile netto, oggetto di tassazione invece della *global minimum tax* con l'aliquota del 15 per cento, per cui può verificarsi che un'impresa subisca una doppia imposizione o sia tenuta a pagare la *web tax* anche nel caso di perdite senza che la ISD sia scomputabile o deducibile dalla *global minimum tax*, così come stabilito dal *Pillar Two* dell'OCSE.

Un altro profilo critico che è stato sollevato[36] attiene al fatto che, venendo escluse dalla tassazione entità o imprese con ricavi inferiori alla soglia globale di 750 milioni di euro, questi soggetti beneficerebbero di un aiuto di Stato. Va precisato che la predetta soglia dimensionale è stata concordata, come criterio strutturale di tassazione, a livello internazionale in sede OCSE; criterio che è stato recepito dall'Unione Europea tramite la Direttiva del Consiglio, datata 14 dicembre 2022, allo scopo di definire il perimetro dei grandi gruppi multinazionali e nazionali soggetti alla *global minimum tax*, per cui l'esenzione selettiva non può qualificarsi di favore, bensì un elemento costitutivo del tributo con almeno una doppia finalità: di evitare oneri sproporzionati per le piccole e medie imprese e di preservare la coerenza del mercato interno.

7. *Considerazioni conclusive*

Come si è potuto notare la *web tax* nel panorama giuridico – tributario ha scardinato i tradizionali paradigmi e principi del diritto tributario, compreso quello internazionale. I suoi profili più innovativi sono il superamento del legame fisico con il territorio e la valorizzazione, fiscale, del ruolo dell'utente. Detto più semplicemente, il suo presupposto giuridico non si fonda su dove l'impresa ha il proprio centro decisionale, bensì dove si trova l'utente del servizio che fornisce dati, visualizza pubblicità o effettua transazioni commerciali.

L'imposta, che pure era nata come misura unilaterale e temporanea, adattata in urgenza per contrastare fenomeni BEPS perché già adottata da altri Stati europei e destinata ad essere abrogata automaticamente all'entrata in vigore di accordi multilaterali a livello internazionale, si è distinta per il discreto gettito fornito all'Erario, finanche superiore a quello procurato dalla *global minimum tax*, e per le sue caratteristiche peculiari. Essa appare infatti come un'imposta di natura ibrida: pur essendo qualificata come imposta indiretta, i principi sui quali è stata costruita, a mio parere, anticipano l'evoluzione del diritto tributario internazionale, spostando il baricentro della fiscalità dal concetto di "luogo di produzione del reddito" a quello di "luogo di consumo o sfruttamento di valore" o, detto in altri termini, connotano il progressivo passaggio dal principio della fonte a quello della destinazione. Come abbiamo sopra constatato una delle ragioni principali,

[36] F. Pietrosanti, *La Web Tax italiana: tra innovazione e criticità della nuova disciplina*, Tesi di dottorato, Roma, 2020, 15 ss.

se non la principale, di questa transizione è la dematerializzazione dell'economia globale, contrassegnata dal superamento della presenza fisica delle imprese, dal dominio dei beni immateriali o *intangibles* (algoritmi, marchi, brevetti, database, cioè risorse mobili), dal valore dei dati degli utenti e dall'aggiramento delle regole del *transfer pricing*.

D'altro canto, questa transizione è proprio guidata dal progetto BEPS dell'OCSE in base al quale con il *Pillar One* si intendono riassegnare i diritti di tassazione dei profitti delle grandi multinazionali ai Paesi in cui si trovano i clienti e gli utenti, a prescindere dalla loro presenza fisica. In definitiva la transizione verso il "luogo di consumo o sfruttamento del valore" serve ad allineare la potestà impositiva al luogo in cui effettivamente la ricchezza viene generata.

Rispetto a questo futuro assetto impositivo (e la *global minimum tax* ne è già un elemento), la *web tax* sta agendo da "apripista" o da "ponte", come una misura di transizione e di anticipazione strategica, dimostrando l'applicabilità e la necessità di tassare la materia digitale nel luogo di consumo, così rendendo concreto il principio in forza del quale il fatturato digitale può essere tassato dallo Stato in cui si trovano gli utenti.

Certo non si può trascurare, tanto meno occultare, il fatto che un'imposta così articolata e costruita, ancorché provvisoria e nonostante il "salvacondotto" della Commissione UE, non possa dar luogo a problematiche come la distorsione dei mercati unionale e internazionale[37], la violazione dei trattati contro le doppie imposizioni, a incompatibilità con il diritto tributario internazionale e, come già accennato, a ritorsioni di carattere commerciale e fiscale: problematiche che esulano dal presente contributo.

In ogni caso la *web tax*, così come congegnata e come rilevato in precedenza, appare conforme al principio di capacità contributiva ex art. 53 Cost. per cui non si può dubitare della sua legittimità. Certamente andrebbe meglio approfondita la sua efficacia nel colpire i grandi gruppi multinazionali, i cui ingenti profitti sono alla base della sua introduzione, e contrastata la tendenza a traslare l'onere economi-

[37] Il prelievo da *web tax*, in quanto extraterritoriale, è ritenuto dai Paesi di appartenenza discriminatorio nei confronti delle multinazionali statunitensi e cinesi. Si confronti l'articolo di L. Veronese su *Il Sole 24ore – Trump minaccia dazi al 100% contro la digital tax in Europa*, Milano, 27 giugno 2026. L'amministrazione degli USA ha attuato, e continua ad attuare, ritorsioni protezionistiche con l'applicazione di dazi, mentre la Repubblica popolare cinese adotta strategie basate su sussidi interni alle imprese tassate o su ritorsioni commerciali globali.

co dell'imposizione con l'aumentare i prezzi dei servizi pubblicitari e delle commissioni, di fatto addossando l'aumento soprattutto alle piccole e medie imprese locali.

Rosa Carnevale

Il Manifesto di Isernia e il Patto di Chiauci. Il ruolo dei corpi intermedi nella società contemporanea

Abstract

Il *Manifesto di Isernia*, incentrato sulla rivendicazione del ruolo sociale e politico dei corpi intermedi, ha ispirato il regolamento comunale denominato *Patto di Chiauci*. Quest'ultimo si propone di valorizzare la partecipazione della comunità alle decisioni dell'Ente attraverso la creazione della Consulta dei Rappresentati Civici, ossia dei *rappresentanti* dei singoli corpi intermedi che a vario titolo operano nella comunità, al fine di rendere meno effimera la responsabilità che consegue all'istituto della rappresentanza politica.

The Isernia Manifesto, centered on asserting the social and political role of intermediary bodies, inspired the municipal regulation known as the Chiauci Pact. The latter aims to enhance community participation in local government decision-making through the creation of the Council of Civic Representatives, comprising delegates from the various intermediary bodies operating within the community, in order to render the accountability inherent in political representation less ephemeral.

Parole chiave: Manifesto di Isernia; Patto di Chiauci; corpi intermedi; rappresentanza; partecipazione.
Keywords: Isernia Manifesto; Chiauci Pact; intermediate organizations; representation; participation.

Sommario: 1. Introduzione. Il sistema di antico regime – 2. Il ruolo dei corpi intermedi e la questione della rappresentanza – 3. La teorizzazione contemporanea: Il Manifesto di Isernia – 4. L'applicazione concreta: Il Patto di Chiauci

1. *Introduzione. Il sistema di antico regime e la consuetudine*

Il cosiddetto "Patto di Chiauci", approvato dal consiglio comunale del paese molisano il 25 ottobre 2025, ispirato dal *Manifesto di Isernia*[1], redatto nei mesi precedenti, affonda le proprie radici nella millenaria storia giuridica del Regno di Napoli e, in particolar modo, nel periodo di antico regime[2], le cui istituzioni sorgevano storicamente dal

[1] Vedi oltre, § 3.

[2] La bibliografia sull'argomento è praticamente sterminata. Per limitarci geograficamente alla Penisola italica (e più in particolare il Regno di Napoli), temporalmen-

basso[3]. Ciò valeva sia per le leggi, che nascevano dalla consuetudine,

te al periodo ispanico e linguisticamente alle opere pubblicate in lingua italiana, per un giudizio politico non si può non partire dal classico di Benedetto Croce, *La Spagna nella vita italiana durante la Rinascenza*, Bari 1917 (a cui è utile affiancare *Croce e la Spagna*, a cura di Giuseppe Galasso, Napoli, 2011); altri testi imprescindibili sono Giuseppe Galasso, *Napoli spagnola dopo Masaniello. Politica Cultura Società*, Napoli, 1972 (ora: Roma 2005); Idem, *Alla periferia dell'impero. Il Regno di Napoli nel periodo spagnolo (secoli XVI-XVII)*, Torino, 1994; Idem, *Storia del Regno di Napoli (1266-1860)*, Torino, 2007-2012; Rosario Villari, *La rivolta antispagnola a Napoli. Le origini, 1585-1647*, Bari, 1967; Idem, *Elogio della dissimulazione. La lotta politica nel Seicento*, Roma-Bari, 1987; Idem, *Per il re o per la patria. La fedeltà nel Seicento*, Roma-Bari, 1994; Idem, *Scrittori politici dell'età barocca*, Roma, 1998; Idem, *Un sogno di libertà. Napoli nel declino di un impero (1585-1648)*, Milano, 2012; Aurelio Musi, *L'Italia dei viceré. Integrazione e resistenza nel sistema imperiale spagnolo*, Cava de' Tirreni (Salerno) 1999; Idem, *L'impero dei viceré*, Bologna, 2013. Dal punto di vista culturale e sociologico vanno tenuti in conto il fondamentale *Alle origini di una nazione. Antispagnolismo e identità italiana*, a cura di Aurelio Musi, Milano 2005; Maria Antonietta Visceglia, *Il bisogno di eternità. I comportamenti aristocratici a Napoli in età moderna*, Napoli, 1988; Eadem, *Identità sociali. La nobiltà napoletana nella prima età moderna*, Milano, 1998; Eadem, *Spagna e Italia in età moderna. Storiografie a confronto*, Roma, 2010; *Baroni e vassalli. Storie moderne*, a cura di Elisa Novi Chavarria e Vittoria Fiorelli, Milano 2012; e il più recente saggio sulla storia sanitaria di Elisa Novi Chavarria, *Accogliere e curare. Ospedali e culture delle nazioni nella Monarchia ispanica (secc. XVI-XVII)*, Roma 2020, alla quale studiosa si deve anche l'analisi socio-politico-religiosa *Monache e gentildonne. Un labile confine. Poteri politici e identità religiose nei monasteri napoletani. Secoli XVI-XVII*, Milano, 2001. Un'approfondita analisi economica si trova in Alessandra Bulgarelli Lukacs, *La finanza locale sotto tutela. Regia Corte e comunità nel Regno di Napoli (secolo XVII). I bilanci delle comunità nel Regno di Napoli (secoli XVII-XVIII)*, Venezia 2012.

Per concentrarsi sulle caratteristiche giuridiche del Regno di Napoli, cfr. in particolare Guido D'Agostino, *Parlamento e società nel Regno di Napoli. Secoli XV-XVII*, Napoli 1979; Idem, *L'ultimo Parlamento Generale del Regno di Napoli nell'età spagnola (1642)*, Napoli, 2022. Sulle riunioni del Parlamento, cfr. anche i preziosi volumi della collana *I cerimoniali della corte di Napoli*, a cura di Attilio Antonelli, e in particolare i tre volumi dedicati al periodo del cosiddetto (erroneamente) "viceregno": *Cerimoniale del viceregno spagnolo di Napoli. 1503-1622* (Napoli, 2015), *1535-1637* (Napoli, 2019) e *1650-1717* (Soveria Mannelli [Reggio Calabria], 2012, comprendente anche il viceregno austriaco). Per un'analisi del pensiero politico in particolare del periodo ispanico, cfr. Francisco Elías de Tejada, *Nápoles hispánico*, 5 volumi, Madrid-Siviglia, 1958-1964; traduzione italiana: *Napoli spagnola*, Napoli, 2001-2017 (5 volumi più uno di indici: Napoli, 2018). Un ulteriore testo di riferimento, pur se datato nella sua impostazione, è Tommaso Persico, *Gli scrittori politici napoletani dal '400 al '700*, Napoli 1910 (ristampa anastatica: Sala Bolognese [Bologna], 1974).

[3] «Era un riformismo che si innestava nella tradizione rispettando le consuetudi-

quindi da una reale necessità sociale, anziché essere imposte da una volontà superiore[4]; sia per le istituzioni, che anch'esse rispondevano a concrete esigenze e che venivano regolamentate in base al loro naturale sviluppo, anziché doversi adattare a caratteristiche decise da un ente superiore (generalmente, lo Stato moderno), al fine di ricevere da questo un riconoscimento, spesso indispensabile per poter operare.

Nel sistema di antico regime, il vertice stesso del potere – la Corona – sussisteva in quanto riconosciuto dagli enti sottostanti, sorti spontaneamente, a partire dai "liberi" Comuni, agglomerati di famiglie residenti in uno stesso luogo, e via via associatisi con i Comuni limitrofi, in base ad esigenze concrete, per formare le province e le regioni (storiche) e, quindi, il Regno[5]. Vale a dire, l'esatto contrario dello Stato centralista, sorto al principio dell'epoca moderna e definitivamente impostosi con la rivoluzione francese e le invasioni napoleoniche (e, dal punto di vista giuridico, canonizzato con il *Codice Napoleone* del 1804, presto diffuso in tutto il mondo, primo codice *normativo*, anziché meramente *compilativo*, come era stato per i codici precedenti)[6].

ni: "*diritto tradizionale*" che nasce dal basso e si trasmette alle generazioni future». Carmela Maria Spadaro, *Prefazione* a Gaetano Arcieri, *Storia del diritto nel Regno di Napoli* [1853], Nocera Superiore (Salerno), 2022, 9.

[4] «La consuetudine rappresenta il diritto che nasce direttamente dai conflitti sociali esistenti in una determinata società, la legge [*rappresenta*] il diritto che nasce […] attraverso l'intermediazione di un potere organizzato. La forza da cui scaturisce la prima è quella della tradizione; la forza da cui nasce la seconda è quella di una volontà dominante». Norberto Bobbio, *Consuetudine*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1961, IX, 426. Per quanto riguarda il Regno (*rectius*: la Città) di Napoli, cfr. Carla Vetere, *Le Consuetudini di Napoli. Il testo e la tradizione*, Salerno, 1999.

[5] Per comprendere il reale funzionamento (e l'intima essenza) della Monarchia di antico regime, cfr. i seguenti due fondamentali saggi: Francisco Elías de Tejada, *La monarquia tradicional*, Madrid, 1954 (trad. it.: *La Monarchia tradizionale*, Napoli, 1999); e Rafael Gambra, *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, Madrid 1954 (trad. it.: *La monarchia sociale e rappresentativa nel pensiero tradizionale*, Chieti, 2021).

[6] L'ultimo esempio di codice compilativo è dato dalle *Institutiones Iuris Regni Neapolitani in usum Auditorii Figheriani*, Napoli, 1766-1767, dovute alla scuola del gravinese Oronzo Fighera, che ebbe almeno sei edizioni (l'ultima proprio nel 1804). Sull'evoluzione tradizionale del diritto napolitano vanno segnalati – oltre al citato saggio di Gaetano Arcieri, *Storia del Dritto per servire d'introduzione allo studio delle leggi civili e del dritto amministrativo con la successione dei giureconsulti ed interpetri [sic] del dritto romano, seguita da comentario [sic] delle leggi regie, pontificali e decemvirali*, Napoli, 1853, recentemente ripubblicato (cfr. nota 3), – anche – Gaspare Capone, *Discorso sopra la storia delle leggi patrie*, Napoli, 1826; Giuseppe De Thomasis,

2. *Il ruolo dei corpi intermedi e la questione della rappresentanza*

A fianco e all'interno delle istituzioni amministrative, nell'antico regime una funzione fondamentale apparteneva ai cosiddetti *corpi intermedi* (corporazioni, confraternite, associazioni, ordini, etc.), che rivestivano di diritto un ruolo all'interno delle istituzioni amministrative basilari di cui facevano parte[7]. In pratica, i consiglieri comunali

Introduzione allo studio del dritto pubblico e privato del Regno di Napoli, Napoli, 1831; Pasquale Liberatore, *Introduzione allo studio della legislazione del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1832; Pietro Calà Ulloa, *Dell'amministrazione della giustizia criminale nel Regno di Napoli. Esame e paragone con diversi altri Stati d'Europa*, Napoli, 1835; Giovanni Manna, *Della giurisprudenza e del foro napoletano: dalla sua origine fino alla pubblicazione delle nuove leggi*, Napoli, 1839; Cesare Marini, *Sul dritto pubblico e privato del Regno delle Due Sicilie. Qual è stato fino al 1809, qual è al presente, quale potrà essere nel tempo avvenire*, Napoli, 1848. A proposito di quest'ultimo saggio, la Spataro, confermando l'impostazione storica del diritto napolitano, precisa: «Storia del diritto *nel* Regno è quella di Arcieri; storia del diritto *del* Regno è invece lo scritto del Marini, per il quale resta fondamentale la distinzione tra diritto "napoletano", basato su usi e consuetudini secolari e diritto "nuovo", mutuato da esperienze che non appaiono in linea di *continuità* storica e politica con le istituzioni regnicole». Carmela Maria Spadaro, *Prefazione*, cit., 7.

[7] Sul possibile ruolo odierno dei corpi intermedi, cfr. anche i collettanei *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, Bologna, 2021; *Comunità intermedie, occasione per la politica*, Bologna, 2024; e *Corpi intermedi, società civile ed economia sociale. Per un governo delle transizioni*, Bologna, 2026, quest'ultimo, frutto di una iniziativa del CNEL (Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro). Un ulteriore studio sul ruolo contemporaneo dei corpi intermedi è offerto anche da Francesco Petrillo, Manuela Andreotta, *Filosofia del diritto ed Enti del Terzo settore nel nuovo millennio. Per una nuova concettualizzazione dei corpi intermedi*, in «Società & Diritti», vol. 11, n. 21 (2026): «Anche quando lo Stato non è minimo e non si fa da parte, la tutela dei diritti individuali del cittadino è garantita da soggetti che, ponendosi tra Stato e società, riescono a fare valere posizioni giuridiche soggettive individuali o collettive, che rischierebbero di essere assorbite e ridimensionate dall'espansionismo connaturato al potere politico statuale. […] Il corpo intermedio diviene, perciò, nella contemporaneità, non tanto il canale di scorrimento del potere, della tradizione moderna, né il canale di salvaguardia dei diritti specifici individuali, caratterizzanti i casi difficili, *against the Laws, against the State*, quanto piuttosto il soggetto politico-sociale in grado di permettere la ridefinizione dei confini di omogeneizzazione del rapporto tra statica e dinamica del sistema. Il corpo intermedio, dunque, si è evoluto e ancora si evolve. Di certo bisogna riflettere tanto sulla dimensione società civile/mercato, quanto sulla dimensione società civile/potere politico. Gli Enti del Terzo settore, nelle prospettive considerate, possono essere considerati un corpo intermedio? Di sicuro dei corpi intermedi possiedono molteplici elementi compositivi».

(per usare un termine moderno) non erano eletti attraverso un sistema di votazione basato su cittadini "monadizzati", bensì ogni corpo intermedio sceglieva il suo o i suoi rappresentanti e quindi la sua presenza all'interno del consiglio era sempre assicurata. Il procedimento veniva replicato ai livelli amministrativo superiori, fino a giungere al Parlamento del Regno.

Alla sicurezza di avere almeno un proprio rappresentante all'interno di ogni consiglio amministrativo, si aggiungeva un ulteriore elemento essenziale: il vincolo di mandato.

> Una chiarificazione su quest'ultimo punto: i rappresentanti inviati alle Cortes o Parlamenti erano tenuti a un *assoluto vincolo di mandato*, cioè potevano esprimersi *solo e soltanto* su ben determinate questioni; e soprattutto decidere, in un senso o nell'altro, *solo e soltanto* a seconda di quella che era l'indicazione ricevuta dai propri rappresentati.
> Esattamente il contrario di quello che accade ai nostri giorni, grazie all'articolo 67 della Costituzione italiana, che esclude espressamente qualsiasi vincolo di mandato (peraltro già cancellato dall'art. 41 dello Statuto Albertino): quindi l'eletto può votare a proprio capriccio, sia in favore di ciò che aveva promesso di sostenere, sia in favore di ciò che aveva promesso di bloccare.[8]

Il costituzionalista spagnolo Miguel Ayuso, sintetizzando un basilare saggio[9] sull'argomento del giusfilosofo brasiliano José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992), rileva le principali differenze tra il sistema rappresentativo tradizionale e quello moderno. Nel primo:

a) la rappresentanza è basata su gruppi, perché la società è un insieme di gruppi gerarchicamente intrecciati;
b) il rappresentante lo è di un patrimonio o di una categoria sociale;
c) il mandato deve essere, quindi, imperativo;
d) l'assemblea rappresentativa ha una generica funzione consultiva, deliberando solo in materia di leggi fondamentali e tributi;
e) la rappresentanza dipende dal potere, che la convoca a volontà.[10]

[8] Gianandrea de Antonellis, *Prefazione* a Manuel de Bofarull y Romañá, *I Parlamenti antichi e quelli moderni. Il regime rappresentativo organico*, Chieti, 2025, 5. Il saggio di Bofarull apparve originariamente con il titolo *Las antiguas Cortes, el moderno parlamento, el régimen representativo orgánico* (Madrid, 1912).

[9] José Pedro Galvão de Sousa, *Da Representação Política*, São Paulo, 1971 (trad. it: *La rappresentanza politica*, Napoli, 2009).

[10] Miguel Ayuso, *La rappresentanza tradizionale e il mandato imperativo*, intro-

Invece, il moderno sistema rappresentativo risponde alle seguenti caratteristiche:

a) la rappresentanza è basata sugli individui, perché la società politica è una somma di individui;
b) il rappresentante lo è dell'intera nazione;
c) il mandato è solo rappresentativo, cioè illimitato o illimitabile;
d) l'assemblea ha funzione deliberativa, godendo della potestà legislativa;
e) la rappresentanza è indipendente – separazione dei poteri – e, nei presupposti del parlamentarismo, il governo arriva a dipendere dalla rappresentanza.[11]

Fondamentale risulta quindi il passaggio dal mandato *imperativo* a quello *rappresentativo*, ovvero l'assoluta abolizione del vincolo di mandato, nel nostro attuale sistema sancito anche a livello costituzionale[12].

3. *La teorizzazione contemporanea: Il Manifesto di Isernia*

Il *Manifesto di Isernia*, ovvero *Risorgere!*[13], nasce in seguito alla discussione di un gruppo di intellettuali e giuristi sanniti intorno all'attualizzazione del sistema di rappresentanza di coloro che contribuiscono, a vario titolo, alla vita della comunità. Nell'edizione attualmente circolante, il *Manifesto* vero e proprio (p. 5-16), viene seguito da un approfondimento (*Ritorno allo Stato organico*, p. 17-44) che riprende, approfondendoli, tutti i punti in precedenza esposti sinteticamente.

duzione a Manuel de Bofarull y Romañá, *I Parlamenti antichi e quelli moderni. Il regime rappresentativo organico*, Chieti, 2025, 17-18.

[11] Ivi, 18.

[12] Attraverso l'articolo 67 della Costituzione italiana («Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato»), che impone la rappresentanza generica esclude espressamente qualsiasi vincolo di mandato peraltro già cancellato dall'art. 41 dello Statuto Albertino. Certamente anche altri fattori hanno influito sul rapporto intercorrente tra elettori ed eletti. Ne è un esempio l'impossibilità di effettuare la scelta dei singoli candidati da parte degli elettori per l'introduzione del cosiddetto "listino bloccato" nelle elezioni politiche nazionali (legge elettorale n. 270/2005).

[13] Gianandrea de Antonellis, *Risorgere! Manifesto di Isernia. Contro il disimpegno politico*, Castellammare di Stabia (Napoli), 2025. Il saggio, che riporta in calce il testo del *Patto di Chiauci*, è liberamente scaricabile dal sito ‹samnium.org›.

Il *Manifesto* si apre citando un moderno proverbio sannita: «Quando le api lasciano l'alveare, questo viene invaso dalle mosche». Come viene successivamente spiegato,

> l'invasione, da parte delle mosche, di un alveare abbandonato dalle api è una ottima metafora sul disimpegno della aristocrazia (in senso etimologico: *governo dei migliori*, non necessariamente *dei titolati*) dalla vita politica. L'errore alla base è stato quello di disprezzare l'amministrazione pubblica in base all'assioma «la politica è una cosa sporca»: di conseguenza, si ritiene che sia bene lasciare la sua gestione alla feccia del popolo, per non sporcarsi le mani.[14]

Quali rimedi propone il *Manifesto di Isernia*?

> Il primo passo è quello di ripartire dal ruolo *sociale* dei corpi intermedi per poi rivendicare il loro ruolo politico.[15]

Nessuno può negare, infatti, il fondamentale ruolo sociale che le varie associazioni (culturali, economiche o religiose che siano) svolgono sul territorio. Parimenti, appare evidente che a tale ruolo sociale non corrisponda alcun ruolo politico-amministrativo, dal momento che i vari consigli, le varie giunte, vengono elette attraverso un sistema di votazione che azzera il valore di dette associazioni, di tali "corpi intermedi".

Passiamo così al ruolo *politico* dei corpi intermedi, che devono partecipare direttamente alla gestione del territorio. Le associazioni di carattere locale, diciamo inizialmente comunale, hanno il diritto (in realtà, ne avrebbero il dovere) di far sentire *continuativamente* la propria voce nel consiglio municipale, che non dovrebbe essere composto da "professionisti della politica" che si dedicano esclusivamente alla gestione (per non dire al maneggio) della *res publica*, bensì da professionisti della società che si occupano sia della propria associazione che del bene pubblico.

Il discorso andrebbe poi replicato, in maniera naturale, applicandolo al livello geopolitico superiore, coinvolgendo i rispettivi organi.[16]

In questo modo, prosegue il *Manifesto*, sarebbe possibile introdurre il sistema della democrazia organica, che permetterebbe un rapporto continuato con la politica (cioè con la "cosa pubblica"), anziché limitarlo alla partecipazione elettorale una volta ogni quinquennio: le

[14] Ivi, 19.
[15] Ivi, 31.
[16] Ivi, 34.

cariche dovrebbero essere immediatamente revocabili, in caso di comportamento non rispettoso del vincolo di mandato. In altre parole, il rappresentante deve continuamente conquistarsi la fiducia dei suoi rappresentati[17].

> Qualora ciò non avvenisse, coloro che lo hanno eletto potrebbero immediatamente pretendere la sua rimozione. Ad esempio, il rappresentante della banda municipale al consiglio comunale che non sia ritenuto adatto al compito che riveste nel consiglio, può essere immediatamente revocato e sostituito, senza difficoltà burocratiche né costi elettorali, a differenza di quanto avviene con l'attuale sistema, che prevedendo un oneroso metodo di consultazione elettorale (occupazione di aule scolastiche, stampa di schede e di registri, stipendi per presidenti di seggio, scrutatori e segretari; mobilitazione di forze di sicurezza, straordinari per impiegati comunali, etc.) non potrebbe permettersi il continuo ricorso alla votazione per sostituire i consiglieri esistenti (attualmente, in caso di decesso o decadenza di uno di essi, subentra il primo dei non eletti della sua lista).

Invece, una semplice riunione dei membri della banda municipale per decidere se mantenere o sostituire il loro rappresentante nel consiglio, è una questione di una singola serata.[18]

4. *L'applicazione concreta: Il Patto di Chiauci*

Il 25 ottobre 2025, con la delibera n. 27, il Comune di Chiauci ha approvato il *Regolamento "Patto di Chiauci"* composto da 7 articoli, oltre le note, dichiarandolo immediatamente esecutivo ai sensi e per gli effetti dell'art. 134 del D. Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000. Il Patto prevede:

> Art. 1 – *Oggetto e finalità*
> In attuazione dell'art. 40 dello Statuto Comunale, nonché dell'art. 2 della Costituzione e dell'art. 8 del TUEL, il presente regolamento, denominato *Patto di Chiauci*, disciplina le modalità di partecipazione della popolazione alla attività dell'Ente.
> La finalità è quella di promuovere la partecipazione dei Chiaucesi alle decisioni dell'Ente, attraverso la valorizzazione dei corpi intermedi, ossia gruppi che operano come centri di vita e di azione sociale nell'ambito del Comune, primo fra tutti la famiglia.

[17] Cfr. ivi, 36.
[18] *Ibid.*

Anche con l'intento di promuovere la formazione di associazioni, fondazioni, comitati, attivi nella vita sociale e culturale di Chiauci e delle attività economiche e commerciali, e premiare la presenza sul territorio di quelli operanti, ad essi è riconosciuto il diritto di partecipazione alle discussioni e al voto su tutte le materie di competenza locale attraverso un'assemblea consultiva, denominata *Consulta dei Rappresentanti civici* (CRC).
A tutte le questioni relative alle materie di esclusiva competenza locale è attribuita una rilevanza generale, con la conseguenza che, previa valutazione demandata anche al DPO, ogni relativa decisione potrà essere sottoposta a consultazione preventiva della assemblea consultiva.

Art. 2 – *Titolari del diritto di partecipazione*
Alla CRC partecipano in qualità di votanti le seguenti persone fisiche:
a. Il rappresentante di ciascun nucleo familiare residente sul territorio del Comune;
b. Il rappresentante di ciascun corpo intermedio operante sul territorio del Comune;
c. Il rappresentante di attività economiche presenti sul territorio del Comune. Per attività economiche si intendono tutte le realtà produttive e di servizi che operano, a qualunque titolo, nel territorio comunale. Sono incluse le imprese con sede legale o operativa nel Comune, le partite IVA, gli esercizi commerciali e ogni altra forma di attività economica, anche se con sede legale situata al di fuori del territorio comunale.

Una singola persona fisica può cumulare più rappresentanze di corpi intermedi o attività economiche. È riconosciuta la facoltà di delega.
Possono essere chiamati a partecipare i proprietari di beni immobili presenti sul territorio, anche se non residenti nel Comune, nel caso in cui gli effetti dell'atto e/o della decisione siano idonei ad incidere sulla loro posizione giuridica. Essi partecipano mediante un rappresentante.

Art. 3 – *Assemblea consultiva o consulta dei rappresentanti civici*
La CRC è, salvo diversa specificazione contenuta nella convocazione, composta dalle persone fisiche di cui al precedente articolo 2, lettere a. e b.
I soggetti convocati potranno variare a seconda della materia oggetto di consultazione.
La CRC è validamente costituita, a prescindere dal numero degli intervenuti, ove convocata con le modalità di cui al successivo art. 4.

Art. 4 – *Convocazione*
La CRC viene convocata una volta ogni sei mesi in riunione ordinaria e su richiesta del Sindaco o su richiesta scritta di un terzo dei membri della CRC in riunione straordinaria, indicando nell'Ordine del giorno le questioni da trattare.

Il Sindaco è tenuto a convocare la CRC in riunione straordinaria anche su istanza di due consiglieri, previa indicazione da parte degli stessi delle questioni da trattare.
La convocazione, che deve contenere in forma chiara i punti all'ordine del giorno, la indicazione della data, dell'ora e del luogo della riunione è pubblicata sull'albo pretorio del Comune con un preavviso minimo di tre giorni, ridotti a due in caso di urgenza.
La medesima convocazione è pubblicata su un apposito gruppo whatsapp creato dal Comune, in cui saranno inseriti tutti coloro che ne faranno richiesta.

Art. 5 – *Svolgimento della Consulta dei rappresentanti civici*
La riunione è presieduta dal Sindaco (o da un suo delegato), che nomina il Segretario della CRC.
Il Segretario ha il compito di:
d. Redigere la lista degli intervenuti, controllando il loro diritto al voto;
e. Raccogliere le indicazioni di voto di ciascun membro della CRC;
f. Redigere il verbale della riunione, sintetizzando gli elementi della discussione.

La discussione deve limitarsi all'essenziale ed attenersi strettamente a quanto previsto dall'ordine del giorno.
La votazione si effettua nominalmente e in modo palese. Se una persona cumula più rappresentanze, avrà diritto a votare una volta per ogni rappresentanza.
Quanto non espressamente disciplinato dal presente regolamento in ordine allo svolgimento della CRC può essere oggetto di decisione e deliberazione internamente al CRC.
Le deliberazioni sono assunte a maggioranza dei votanti, esclusi gli astenuti; in caso di parità di voti prevale quello del Presidente.
Le modalità di riunione e votazione sono identiche tra convocazione ordinaria e straordinaria.
Il verbale è reso pubblico mediante le medesime modalità previste per la convocazione.

Art. 6 – *Formazione di elenchi*
Il Comune istituisce un elenco dei nuclei familiari, aggiornato semestralmente in occasione delle convocazioni ordinarie.
Istituisce, altresì, un ulteriore elenco dei altri corpi intermedi e delle attività economiche presenti sul territorio comunale che ne abbiano fatto richiesta.

Art. 7 – *Valorizzazione della partecipazione*
Il Comune individua nella partecipazione dei Chiaucesi alla vita politica e sociale e alle dinamiche decisionali un valore fondamentale da ricercare e sostenere attraverso progetti, iniziative e strutture, idonei a garantire la

migliore attuazione e il perfezionamento del progetto contenuto nel presente regolamento.

Il citato regolamento trova spazio nella autonomia normativa e organizzativa degli enti locali di cui all'art. 5 della Costituzione, che *riconosce* e promuove le autonomie locali[19], e in base al quale la Repubblica è tenuta ad adeguare i princìpi e i metodi della sua legislazione alle esigenze della autonomia e del decentramento[20]. Tiene, perciò, conto della differenza cruciale tra autonomia e indipendenza. L'indipendenza appartiene agli enti autoreferenziali che si collocano al di fuori di un sistema comune, sfuggendo al confronto normativo. L'autonomia, al contrario, non è mai autoreferenzialità e non implica alcuna autodichia. Il vero significato di autonomia risiede nella capacità di un ente o di una comunità di autogovernarsi e autodeterminarsi, agendo sempre nel rigoroso rispetto dei parametri costituzionali e normativi. L'ente si muove con margini di libertà propri, ma tali margini sono stabiliti dalla Costituzione e dalle leggi dello Stato.

Perciò una preliminare riflessione riguarda l'efficacia delle deliberazioni della Consulta: come possono incidere sulle decisioni dell'Ente? Certamente, alle deliberazioni della Consulta, intesa come luogo in cui la volontà della Comunità trova una formalizzazione e un riconoscimento, non potrebbe essere attribuita un'efficacia vincolante per gli organi comunali; in quanto in siffatta ipotesi si opererebbe una sostituzione della volontà espressa dalla Consulta a quella legislativamente individuata e propria degli organi comunali.

In realtà la risposta può essere rintracciata all'interno del paradigma rappresentanza/partecipazione, quest'ultima da intendersi non come sostitutiva della prima, ma come rimedio alla crisi della stessa[21];

[19] Sul Comune come ente preesistente allo Stato nazionale in quanto organizzazione e formazione spontanea capace di subire nel corso del tempo modificazioni senza estinguersi rimanendo punto di riferimento della collettività cfr. Vittorio Italia, *Valorizzare l'autonomia del Comune. Autonomia normativa ed organizzativa*, («Diritto amministrativo e degli enti locali»), 5, Vicalvi (Frosinone), 2018, 19-23.

[20] In attuazione del citato principio si muovono la riforma del Titolo V della Costituzione (legge costituzionale n. 3/2001) che ha accolto il principio di sussidiarietà e, tra i primi interventi normativi, la l. n. 142/1990 e il Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs. n. 267/2000). Su come il periodo successivo sia stato in realtà caratterizzato da una immaturità politica e amministrativa dei rappresentanti degli Enti locali incapaci di comprendere la reale portata della autonomia statutaria cfr. ivi, 25-28. Sugli enti locali nella programmazione europea cfr. Carmine Pacente, *Il ruolo degli enti locali nella programmazione europea*, Milano, 2014.

[21] Sulla partecipazione come rimedio alla crisi di rappresentanza cfr. Michele

tanto è possibile alla luce della valorizzazione del principio di responsabilità posto alla base dell'azione politica[22]. L'insufficienza della sola rappresentanza[23] a garantire una reale rappresentatività degli elettori

Della Morte, *Rappresentanza vs. Partecipazione?. L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, (Studi di Diritto Pubblico), Milano, 2012, 21. Sulla importanza della partecipazione cfr. anche Umberto Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa,* «Rivista AIC», 1/2011. Sull'istituto partecipazione nei processi di pianificazione e progettazione urbanistica degli enti locali cfr. Roberta Angeloni, Rosalba D'Onofrio, *Comunicazione e partecipazione per il governo del territorio*, Milano, 2014.

[22] Sui concetti di democrazia responsiva e di responsabilità come elemento del rapporto di fiducia, cfr. Michele Della Morte, op. cit., 34 ss.; sul concetto di fiducia come presupposto storico e filosofico dell'ordinamento giuridico cfr. Matteo Bellani, *L'istituto della fiducia nel rapporto tra diritto, metodologia ermeneutica e democrazia*, «Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani», 10, 2026, 45-65: 67. Sul carattere politico degli atti utilizzato per giustificare l'insindacabilità delle decisioni pubbliche, cfr. Valentina Giomi, *L'atto politico e il suo giudice. Tra qualificazioni sostanziali e prospettive di tutela*, Milano, 2022.

[23] Numerosi sono i contributi in materia di rappresentanza. Tra i molti, oltre a quelli già citati, cfr. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000*, Milano, 2001; Salvatore Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, 2004[2]; Luigi Ciaurro, *Commento all'art. 67*, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, II, 1287-1297; Giovanni Incorvati, Fabio Marcelli, *Crisi della democrazia e crisi dei partiti in Italia e nel mondo*, Roma, 2010; Paolo Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011; *Crisi della politica? Antipolitica, mediazione, rappresentanza*, Roma, 2014; Marco Plutino, *Dinamiche di una democrazia parlamentare. Assetti rappresentativi e sviluppi istituzionali*, Roma, 2015; Laura Ronchetti, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, «Costituzionalismo.it», 3/2015, *Saggi e articoli* – Parte I, 11 ss.; Carla Bassu, *Le nuove frontiere della rappresentanza politica*, «Percorsi Costituzionali, 1/2017, 13 ss.; Fulco Lanchester, *Lo stato della democrazia pluralista in Europa*, «Percorsi Costituzionali, 1/2017, 53 ss.; Pino Pisicchio, *Governi tecnici e rappresentanza. Aspetti comparatistici*, 123 ss.; Angela Cossiri, *La costituzione del rapporto di rappresentanza politica nazionale tra discrezionalità legislativa e vincoli costituzionali*, «Rivista AIC», 1/2017; Francesco Saverio Bertolini, *Rappresentanza politica e forma di governo*, «Rivista AIC», 1/2017; Gennaro Ferraiuolo, *Rappresentanza e populismo*, «Rivista AIC», 3/2017; Eleonora Rinaldi, *Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari*, «Costituzionalismo.it», 2/2017; Federico Girelli, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua "libertà". Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione*, Napoli, 2018; Alessandro Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018. Giovanni Moschella, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparatistica*, Rimini, 1999, Giovanni Moschella, *Crisi della rappresentanza e deriva populista*, «Consulta online», fasc. II, 2019, 249-256; Marco Melpignano, *L'incerto futuro del divieto di mandato*

e, conseguentemente, a porsi come possibile causa di allontanamento della comunità dalla politica[24], è argomento ampiamente discusso già da Hans Kelsen (1881-1973):

> La critica kelseniana alla democrazia rappresentativa ha contorni assai netti. L'esistenza storica delle democrazie rappresentative mostra, per Kelsen, la debolezza democratica del meccanismo elettorale, debolezza configurabile in «una attenuazione notevole del principio di autodeterminazione politica». L'elezione non è sufficiente «a stabilire un vero rapporto di rappresentanza»: il rappresentante non ha nessun obbligo giuridico a eseguire la volontà del rappresentato e, pertanto, «se non vi è nessuna garanzia giuridica che la volontà degli elettori sia eseguita dall'eletto, se questo è giuridicamente indipendente dagli elettori, non esiste nessun rapporto di delega o di rappresentanza». Solo la rappresentanza giuridica è in grado di stabilire un collegamento efficace tra rappresentante e rappresentato, prevedendo, secondo la figura della responsabilità giuridica, le conseguenze giuridiche per l'inadempimento del mandato ricevuto. Altrimenti siamo di fronte a una effimera responsabilità politica, a una "finzione" di rappresentanza, indicativa del fatto che, nel funzionamento degli organi legislativi elettivi, il principio democratico dell'autodeterminazione politica è stato sostituito dal principio della divisione sociale del lavoro.[25]

Si pone perciò l'interrogativo: come rendere meno effimera la responsabilità politica? Il Comune di Chiauci lo ha fatto, appunto, attraverso la valorizzazione della partecipazione della comunità alle decisioni dell'Ente.

imperativo tra regolamenti parlamentari e giurisprudenza costituzionale, «Rivista Gruppo di Pisa», VIII, 2023; Barbara Pezzini, *Lorenza Carlassarre: un anno dopo: sulla rappresentanza politica*, «Rivista AIC», 1/2024.

[24] Cfr. Francesco Riccobono, *Metamorfosi concettuali. Studi sulla democrazia e sulla legalità*, Torino, 2025, 25-29. Sulla attualità della questione, si veda, tra gli altri, il già citato collettaneo *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, 109: «È ormai ampiamente condivisa la preoccupazione riguardo al fatto che il nostro assetto istituzionale non sia più in grado di trasferire quella ricchezza e articolazione delle espressioni della società civile all'interno della pratica democratica, con particolare riferimento alle sedi istituzionali deputate alla formazione dell'indirizzo politico. La conseguenza di tale fenomeno è un evidente impoverimento tanto della funzione legislativa quanto della legittimazione del potere governante». Per un'indagine sulla globalizzazione e sul difetto di legittimazione democratica dei poteri quale criticità di un possibile ordinamento globale cfr. Sabino Cassese, *Oltre lo Stato. Verso una Costituzione globale?*, Napoli, 2006, 48-59.

[25] Francesco Riccobono, *Metamorfosi concettuali*, cit., 26.

Invero, il concetto di partecipazione all'interno del regolamento esaminato, si pone come elemento fondamentale non soltanto in un senso che potrebbe essere definito "verticale", e dunque afferente al rapporto tra amministrati e amministratori, ma anche in senso "orizzontale", ossia nei rapporti tra gli stessi amministrati.

Infatti, se il primo profilo, che valorizza la partecipazione del cittadino alla vita politica, si configura come istituto attuato da molti Comuni in varie forme (per esempio attraverso il cd. "Consiglio comunale aperto", che prevede la possibilità di partecipazione e di intervento dei cittadini ai consigli comunali; nonché le petizioni e i referendum consultivi o abrogativi); il secondo, che presuppone il riconoscimento dell'importante ruolo svolto dai corpi intermedi operanti sul territorio comunale in favore della collettività, prescinde invece dalla volontà dei singoli individui che ne fanno parte e demanda, proprio agli organi intermedi, l'individuazione di un'unica volontà, la sola rilevante in seno alla Consulta.

In tal modo, il dato "formale" della residenza, quale elemento principale nella determinazione dell'elettorato attivo, viene sostituito con uno "sostanziale": quello di partecipante, attraverso diverse forme (anche economica, attraverso il semplice pagamento delle imposte comunali), alla vita comunitaria. Conseguentemente le persone fisiche aventi diritto di voto sono non i *residenti*, ma i *rappresentanti* dei corpi intermedi.

Perciò, auspicabilmente, il voto del rappresentante garantisce, in quanto logicamente lo presuppone, il preventivo confronto sull'argomento oggetto di votazione tra i membri delle famiglie, delle associazioni (anche di fatto, come quella dei proprietari degli immobili non residenti), dei comitati e delle altre formazioni sociali, riportando così la discussione sulla gestione della "cosa pubblica" all'interno della Comunità.

Non vi è dubbio, anche stante il richiamo operato all'interno del regolamento, che i corpi intermedi rientrino nell'alveo delle formazioni sociali di cui all'art. 2 della Costituzione.

È evidente come tale sistema da un lato consenta la valorizzazione dei corpi intermedi esistenti, come dichiarato nell'art. 1, ne promuova la creazione di nuovi e, soprattutto, mentre dall'altro ne crei uno nuovo: la Consulta dei Rappresentanti Civici, che raccoglie gli esponenti di una Comunità che conosce a fondo il proprio territorio. Un corpo intermedio o formazione sociale espressione non degli interessi di una specifica categoria, ma della volontà della Comunità relativamente ai singoli argomenti da trattare, dotato di una propria autonomia regolamentare, così come riconosciuto dall'art. 5 del Regolamento.

Non mancano in dottrina voci che ritengono possibile individuare una risposta alla crisi di rappresentanza politica nelle formazioni sociali, facenti capo all'autonomia privata, in quanto capaci di valorizzare il pluralismo sociale[26] atteggiandosi come «adeguate sedi di intermediazione chiamate a svolgere, in modo sempre maggiore, […] compiti di "moderazione sociale" in grado di promuovere un rinnovato approccio cooperativo (e dunque, né autoritario, né arbitrario) nella composizione degli interessi in gioco»[27].

Inoltre, la circostanza che la convocazione della Consulta prescinda da un carattere di straordinarietà[28] delle questioni da trattare, in virtù dell'ultimo periodo dell'art. 1 del Regolamento (a mente del quale «A tutte le questioni relative alle materie di esclusiva competenza locale è attribuita una rilevanza generale»), garantisce, almeno astrattamente, che l'approccio cooperativo e di partecipazione alla gestione della "cosa pubblica" possa essere permanente e continuativo.

Ulteriori elementi capaci di favorire un siffatto rapporto sono sicuramente: la validità delle deliberazioni della consulta a prescindere dal numero dei rappresentanti intervenuti, la possibilità di convocazione della stessa su richiesta di un esiguo numero di consiglieri e di rappresentanti, la celerità delle consultazioni. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, la preventiva informativa contenuta all'interno della convocazione, consente di pervenire in tempi brevi alla votazione finale senza necessità di estenuanti dibattiti (rimessi, semmai, a un momento che precede la Consulta) e senza il rischio che la riunione possa sfociare in discussioni prive di un momento deliberativo.

Ne è un esempio la prima Consulta dei Rappresentanti Civici, del 27 giugno 2026, chiamata ad esprimersi sul quesito «Volete che il Co-

[26] Cfr. a tale proposito il già citato *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, 110. Sulla relazione crisi di rappresentanza/crisi delle formazioni sociali e, in particolare, sulla crisi dei partiti politici come crisi di valori che ha colpito in generale i corpi intermedi, cfr. anche Tullio Fenucci, *Rappresentanza politica e libertà di mandato nell'era della "disintermediazione" digitale*, Milano, 2021.

[27] *Una società di persone?*, cit., 110.

[28] Generalmente, infatti, istituti partecipativi sono previsti solo per "rilevanti questioni di interesse pubblico". Si veda per esempio l'art. 28 del *Regolamento di attuazione degli Istituti di partecipazione* del Comune di Reggio Emilia che prevede e disciplina il Consiglio Comunale aperto, adunanza straordinaria dell'organo comunale (con diritto di parola per gli invitati, oltre che per i consiglieri) in caso di rilevanti questioni di interesse pubblico, al fine di attivare un confronto aperto di rilievo istituzionale alla presenza di esperti ed invitati.

mune aderisca alla GRIM scarl oppure no?» che è stata preceduta da una convocazione contenente gli elementi a favore o meno dell'adesione alla gestione integrata delle risorse idriche molisane e da una breve illustrazione della disciplina in materia. Numerosi sono stati i rappresentati presenti che, dopo pochi (ma propositivi) interventi, all'unanimità, hanno espresso parere negativo[29].

Sotto il profilo della responsabilità degli amministratori, non vi è dubbio che il regolamento approvato concorra a renderla meno effimera.

Infatti, nonostante la funzione da attribuire alla Consulta sia di tipo meramente consultivo per i motivi precedentemente descritti, essa precede il momento della formalizzazione della volontà politica dell'organo comunale deputato ad assumere la decisione tramutandola in atto e rende, in concreto, valutabile *ex ante*, la sussistenza di interessi (in senso favorevole o contrario) della collettività all'emanazione di un determinato provvedimento, interessi che diversamente dovrebbero formare oggetto di una valutazione puramente astratta[30].

Il concetto di responsabilità rileva ancora sotto il profilo della trasparenza dei processi decisionali, in quanto l'Ente è tenuto a condividere preventivamente l'eventuale documentazione tecnica e a illustrare l'argomento da trattare, onde consentire l'esercizio consapevole del voto. È perciò assicurato un maggiore controllo da parte della Comunità sull'operato dell'Ente, mentre quest'ultimo sarà indotto, in caso di eventuale difformità della decisione rispetto all'esito della consultazione, a una maggiore chiarezza circa i motivi che hanno determinato una contraria volontà.

Non vi è dubbio che disattendere le deliberazioni della Consulta (soprattutto laddove partecipate e terminate con una netta volontà, come nel caso della deliberazione del 26 marzo 2026) possa comportare nel breve termine la necessità di rapportarsi con la insoddisfazione della Comunità in relazione alle singole questioni trattate e, a lungo termine, con la possibilità di non essere più eletti.

È poi evidente come all'interno di piccoli Comuni il rapporto tra amministrati e amministratori si presti ad essere facilmente più stretto

[29] La convocazione e il verbale della riunione sono consultabili sul sito del Comune di Chiauci (‹https://www.comune.chiauci.is.it/hh/index.php› [01.09.2026]).

[30] Non vi è dubbio che la preventiva consultazione della collettività possa avere rilevanza anche in termini di interpretazione del successivo atto-provvedimento, dotato di una certa discrezionalità. Sull'interpretazione degli atti amministrativi, cfr. Francesco Petrillo, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011, 189-196.

e continuo rispetto a quello intercorrente tra amministratori e amministrati dei centri più popolosi, in virtù della esiguità della popolazione e della conseguente facilità di convocare e svolgere in modo molto rapido le consultazioni.

Il Regolamento approvato, in realtà, responsabilizza anche la collettività, sia in termini di partecipazione – non più limitata al momento della scelta dei rappresentanti –, sia in termini di formazione e di espressione della propria opinione con riferimento alle specifiche questioni trattate, in virtù della previsione di una (informata) votazione palese, che rende inconciliabile il dolersi di decisioni conformi alla volontà precedentemente manifestata.

Anche il riferimento al termine *Patto*, operato dalla Amministrazione, ben sembra adattarsi allo strumento adottato, in quanto capace di riassumerne l'essenza: l'assenza di vincolatività giuridica si giustifica in ragione degli interessi della Comunità e dell'Ente: non contrapposti, come accade in un contratto, ma convergenti e finalizzati alla migliore gestione possibile della "cosa pubblica".

Rimane in ogni caso auspicabile la prospettiva di rendere, magari anche sulla sola base del consolidamento dell'uso, le decisioni della Amministrazione sempre più vicine a quelle assunte dalla Comunità.

Al di là dei possibili miglioramenti interni al Patto di Chiauci e delle modifiche necessarie per la sua applicazione in altre entità territoriali, va sottolineato come lo strumento della Consulta, soprattutto nelle piccole realtà, possa contribuire ad arginare il disinteresse verso una vita politica partecipata[31] in una società trascinata verso l'uniformità globale[32].

[31] È un dato oggettivo che la partecipazione alle urne in costante calo. Nelle ultime elezioni politiche (2022), nelle regioni del Sud Italia (ma il dato è generale), in Campania ha votato il 53% della popolazione, in Calabria il 50,8%, in Basilicata il 56%, in Molise il 56%, in Puglia il 57%; in nessuna regione, salvo l'Abruzzo (63%), si è raggiunta la quota del 60%. Nella città di Napoli ha votato appena il 50,7% degli elettori persone con un crollo del 14,6% rispetto alle precedenti elezioni. E alle precedenti elezioni comunali di Napoli (2021) aveva votato appena il 47,1% degli aventi diritto. Fonte: sito del Ministero degli Interni (‹interno.gov.it› [01.09.2026]).

[32] In tal senso, cfr. Pierpaolo Forte, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia, politica e governance*, Milano, 2012, 39.

Gianandrea de Antonellis

Lorenzo Giusso e Benedetto Croce: tra critica e polemica

Abstract

Benedetto Croce (1866-1952) realizzò una specie di egemonia nel mondo culturale napoletano (e non solo) della prima metà del Novecento. A tale "dittatura" culturale si oppose, tra gli altri, il pensatore napoletano Lorenzo Giusso (1899-1957), che fin da giovane affrontò il "grande vecchio" della cultura italiana senza timori riverenziali, iniziando una polemica che proseguì per un trentennio e che si chiuse solo alla morte, ravvicinata, dei due.

Abstract: Benedetto Croce (1866-1952) achieved a kind of hegemony in the Neapolitan cultural world (and beyond) in the first half of the twentieth century. This cultural "dictatorship" was opposed, among others, by the Neapolitan thinker Lorenzo Giusso (1899-1957), who from a young age confronted the "grand old man" of Italian culture without reverential fear, initiating a polemic that continued for thirty years and ended only with their deaths, which occurred very close to each other.

Parole chiave: Lorenzo Giusso; Benedetto Croce; «Critica»; Giovan Battista Vico; Fascismo.
Keywords: Lorenzo Giusso; Benedetto Croce; «Critica»; Giovan Battista Vico; Fascism.

Sommario: 1. Premessa – 2. Cenni biografici su Lorenzo Giusso – 3. Gli esordi – 4. Nasce il contrasto con Croce – 5. Lo scontro su Vico – 6. Il dopoguerra – 7. Conclusione.

1. *Premessa*

Archiviando puntigliosamente la replica di un autore alla segnalazione (anzi, come egli stesso scrive, alla *stroncatura*) apparsa sulla «Critica», Benedetto Croce appuntò a mano: «L'autore da ονος qual era nel suo libro su *Vico fra l'umanesimo e l'occasionalismo*, in questa risposta alla mia stroncatura, si è sforzato di elevarsi a ονάγρος, tanto per darsi una dignità»[1].

Il passaggio da *asino* ad *onagro*, asino selvatico e poco addomesticabile, non è per Croce – ovviamente – un complimento. Del resto, lo

[1] Foglio conservato presso la Biblioteca della Fondazione Benedetto Croce, Collocazione BIBL CROCE XCII beta C 2 bis.18.

stesso critico avrebbe coniato il termine *onagrocrazia* per indicare il «pericolo, quello degli ignoranti che teorizzano, giudicano, sentenziano, che fanno scorrere fiumi di spropositi, che mettono in giro formule senza senso, che credono di possedere nella loro ignoranza stessa una miracolosa sapienza»[2].

Onagro, quindi, e non semplice asino – cioè ignorante ma docile e pronto a seguire i comandi del padrone – era Lorenzo Giusso, che ebbe a soffrire l'ostracismo culturale proprio per non aver voluto far parte della "corte" napoletana di Croce.

2. *Cenni biografici su Lorenzo Giusso*

Se è superfluo dare indicazioni biografiche su Benedetto Croce (1866-1952), forse non è inutile riportare alcuni dati sulla vita di Lorenzo Giusso (Napoli, 25 giugno 1899 – Roma, 11 aprile 1957), ai nostri giorni poco noto, ma a suo tempo tanto rinomato che lo stesso Eduardo De Filippo, rievocando i tempi della propria giovinezza, si gloriava addirittura di esserne stato «amico fraterno»[3].

Nato dal conte Antonio (1856-1933) e da Maria Imperiali d'Afflitto (1862-1930), visse la propria maturazione culturale in un ambiente familiare che aveva contribuito allo sviluppo della città (lo zio, Girolamo Giusso [1843-1921], ne era stato sindaco). Cresciuto nel centro storico cittadino – nel palazzo che ingloba la seicentesca Port'Alba, nell'appartamento in cui aveva vissuto Santa Caterina Volpicelli (1839-1894), sua prozia –, si laureò nel 1924 in lettere e filosofia presso l'Università di Napoli, e nel corso della propria esistenza coltivò con impegno interessi che spaziarono dalla letteratura alla musica, dalla pittura alla filosofia, secondo un percorso eclettico ed estroso, fondato sull'istinto piuttosto che sul metodo, che lo portò a una conoscenza sia estesa che approfondita nei settori più diversi[4].

[2] Benedetto Croce, *Scritti e discorsi politici*, Bari, 1963, II, 205.

[3] «Il primo fra tutti che gettò uno sguardo di comprensione e simpatia sui miei quindici anni appena compiuti, fu Libero Bovio: mi volle subito bene, e io a lui. La sua amicizia mi fu di grande incoraggiamento durante le mie esperienze. Avvicinai poi Roberto Bracco, Ferdinando Russo, Capurro, Viviani, Chiurazzi, Costagliola, E. A. Mario, Michele Galdieri e *fui amico fraterno di Lorenzo Giusso*». Eduardo De Filippo, *Caro ricordo degli anni miei testardi*, in *Un poeta in musica. Storia delle duecento canzoni di Salvatore Di Giacomo*, Napoli, 1984, 8 non numerata. Corsivo mio.

[4] Cfr. Fabrizio Intonti, *Lorenzo Giusso*, voce in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, 2001.

Poligrafo dall'intelletto brillante, caratterizzato da una formazione e una ricerca decisamente eclettiche, nel campo della saggistica Giusso si interessò soprattutto di filosofia, applicandola alla speculazione pura (*Idealismo e prospettivismo*, Napoli, 1934; *Spengler e la dottrina degli universi formali*, Napoli, 1935; *G. B. Vico fra l'Umanesimo e l'Occasionalismo*, Roma, 1940; *Filosofia ed imagine cosmica*, Roma, 1940; *Wilhelm Dilthey e la filosofia come visione della vita*, Napoli, 1940; *Nietzsche*, Milano, 1942; *La filosofia di G. B. Vico e l'età barocca*, Roma, 1943; *Lo storicismo tedesco. Dilthey, Simmel, Spengler*, Milano, 1944; *Gioberti*, Milano, 1948; *Bergson*, Milano, 1949; *Scienza e filosofia in Giordano Bruno*, Napoli, 1955), alla filosofia applicata ad altre discipline (*Tre profili: Dostojewsky, Freud, Ortega y Gasset*, Napoli, 1933; *La tradizione ermetica nella filosofia italiana*, Milano, 1955; *Origene e il Rinascimento*, Roma, 1957) alla politologia (*Le dittature democratiche dell'Italia*, Milano, 1927); alla letteratura (*Leopardi, Stendhal, Nietzsche*, Napoli, 1933; *Leopardi e le sue due ideologie*, Firenze, 1935; *Il viandante e le statue: saggi sulla letteratura contemporanea*, Roma, 1942; *Autoritratto spagnolo*, Torino, 1959).

Inoltre si dedicò alacremente all'attività giornalistica fin dagli anni Venti quando, nonostante la giovane età, iniziò varie collaborazioni (con *L'Idea nazionale*, *Il Popolo d'Italia*, *Il Secolo*, *Il Mattino*, di cui fu critico letterario); scrisse articoli di viaggio per il *Corriere della sera* e redasse la rubrica "Diario critico"[5] per *Il Resto del Carlino*, pubblicando nel corso degli anni sulla terza pagina di vari quotidiani italiani (*Il Giornale*, *Il Tempo*, *Il Messaggero, La Gazzetta di Sicilia*, *La Stampa* e altri ancora), anche se il lavoro propriamente editoriale rallentò quando prevalse quello universitario.

> Nel 1936 ottenne la libera docenza in filosofia teoretica a Napoli, dove l'anno successivo insegnò filosofia morale; le principali tappe del suo percorso universitario – molteplice anche per le numerose discipline di cui si occupò – furono: Cagliari, dove dal 1938 al 1943 insegnò come professore incaricato, ricoprendo, secondo un percorso abbastanza inconsueto e irregolare, le cattedre di filosofia teoretica, letteratura italiana e francese, storia delle religioni; quindi Bologna, dove, sempre come incaricato, insegnò lingua e letteratura spagnola; infine Pisa. La carriera universitaria del Giusso non si limitò, comunque, all'Italia: insegnò letteratura italiana a Monaco, a Nizza, a Breslavia, a Debreczen in Ungheria, a Madrid, dove fu "accademico d'onore", e a Barcellona.[6]

[5] Molti dei suoi articoli sono stati recentemente raccolti nel volume *Diario critico*, Lavis (Trento), 2026.

[6] Fabrizio Intonti, *Lorenzo Giusso*, cit.

3. *Gli esordi*

Fin dal suo primo lavoro pubblicato, *Le dittature democratiche in Italia* (Milano, 1927)[7], Lorenzo Giusso dimostrò la capacità di fondere l'analisi storico-politica con uno stile neobarocco (tipico di tanti autori spagnoli a lui contemporanei e di cui divenne sodale – e non dimentichiamo che Giusso fu anche poeta[8]), per approdare a una filosofia (non solo della storia) che più che *irrazionalista* si potrebbe definire *antirazionalista*: nemica cioè non della razionalità aristotelico-tomista, bensì del freddo razionalismo illuminista (dal kantismo al positivismo, per giungere fino all'idealismo crociano imperante nel mondo culturale – non solo napoletano – in cui viveva)[9].

Nelle *Dittature democratiche* Giusso analizza la storia politica dell'Italia liberale, in particolar modo del quasi mezzo secolo che va dall'ascesa della Sinistra storica (1876) all'avvento del fascismo (1922), in cui si espressero, esteriormente ammantate di "democrazia", sostanzialmente «tre dittature personali: Depretis, Crispi, Giolitti»[10]. L'autore parteggerebbe per la Sinistra storica, se non la accusasse di aver tradito i propri ideali, una volta giunta al potere, mentre disprezza l'Italietta liberale e tremebonda, guardando con simpatia al nascente fascismo (il libro, come specifica nell'ultima pagina, era stato composto nel 1924)[11].

La polemica con Croce – con la sua vicinanza al liberalismo politico, ma non solo – affonda le proprie radici nel giudizio negativo verso il periodo liberale, a suo parere superato dalla rinascita nazionalista incarnata dal fascismo.

E proprio in quanto nazionalista, Giusso fu, in seguito, attratto in particolar modo dal mondo culturale tedesco (durante la giovinezza) e spagnolo (al tempo della maturità).

Partito da posizione antiteutoniche (giovanissimo, era stato interventista in occasione della prima guerra mondiale), venti anni dopo Giusso apprezzò il nascente nazionalismo tedesco: già nel 1934 pub-

[7] Ora: Lavis (Trento), 2026.

[8] Ricordiamo le sue sillogi *Musica in piazza* (Napoli, 1930), *Don Giovanni ammalato* (Napoli, 1932), *Cadenze di Sigismondo nella torre* (Modena, 1939) e *Elegie del torso della saggezza mutilata* (Milano, 1941).

[9] Sui rapporti problematici di Giusso con il «crocianesimo imperante nell'ambiente napoletano» (Fabrizio Intonti, *op. cit.*), cfr., tra gli altri, Stefano Chemelli, *Per conoscere Lorenzo Giusso*, in «Bibliomanie. Letterature, storiografie, semiotiche», 37, n. 8 (settembre/dicembre 2014).

[10] Lorenzo Giusso, *Le dittature democratiche in Italia*, Lavis (Trento), 2026, 23.

[11] Ivi, 262.

blicò sulla «Nuova Antologia» due articoli: *Primavera bavarese* e *I "luoghi santi" hitleriani*[12]. Parimenti, vide positivamente la *Cruzada* che in Spagna contrappose i nazionalisti ai "rossi", un evento che lo spinse ad approfondire sempre più la cultura ispanica[13].

4. *Nasce il contrasto con Croce*

Lorenzo Giusso fu tra i 250 firmatari del *Manifesto degli intellettuali fascisti*, redatto da Giovanni Gentile e pubblicato il 21 aprile 1925 sul quotidiano *Il Popolo d'Italia* ed altre testate, a cui Croce rispose, pochi giorni dopo, opponendo i primi 40 sottoscrittori del cosiddetto *Manifesto degli intellettuali antifascisti* (con la dicitura *Replica degli intellettuali non fascisti al manifesto di Giovanni Gentile*, pubblicata su *Il Popolo* e – con titoli leggermente variati – su altri vari quotidiani il 1° maggio 1925 – nei giorni successivi si sarebbero aggiunte altre 230 firme.

Questa scelta di campo sarebbe bastata da sola ad allontanare il pensatore napoletano da quello abruzzese. Ma c'era di più: una settimana prima della pubblicazione del *Manifesto degli intellettuali fascisti* Giusso aveva firmato un polemico articolo su «Critica fascista», che riproduciamo interamente:

> Dalla palestra fedele del *Giornale d'Italia* Benedetto Croce ha voluto spezzare una lancia in favore della Dulcinea liberale, di cui ha affermato la vita non transitoria e l'eterna giovinezza. Per una volta tanto, l'uomo che nel campo degli studi ci apparve sempre un eversore intrepido, ha voluto prendersi il gusto di apparire il paladino delle sante memorie, l'erede delle tradizioni del secolo XIX, il continuatore di quella vecchia Destra storica verso la quale il Fascismo ha professato sempre, del resto, un severo rispetto. Anche lui ha voluto, con sentenze ed aneddoti, ribadire la vita eterna di quel liberalismo che in alcuni cervelli contemporanei ha preso il posto di Dio, poiché tutte le altre forme politiche passano mentre solo il liberalismo ha il privilegio dell'immortalità. Ed eccolo, con tono acidamente cattedratico, ridurre il movimento nazionalista a *mera letteratura*, a *bella* letteratura, eccolo confondere l'irresistibile riscossa nazionale che ha condotto al trionfo del Fascismo con «l'autoritarismo»

[12] Riproposti in *Due scritti sul nazionalsocialismo*, Roma, 1989.

[13] Tra i suoi saggi di argomento ispanico vanno ricordati *Spagna e Antispagna. Saggisti e moralisti spagnuoli*, Mazara (Trapani), 1952, la traduzione del saggio di José Ortega y Gasset, *La Spagna e l'Europa*, Napoli, 1936; i postumi *Autoritratto spagnolo*, Torino, 1959; e *Quaderno spagnolo, 1931-1953*, Napoli, 2014.

ed il «reazionarismo»; e infine, procedendo di incomprensione in incomprensione, egli nega al Fascismo la capacità «di crearsi nuove forme costituzionali[»], poiché lo «Stato nazionale» non sarebbe altro che lo «Stato liberale stesso, governato e talvolta violentato da un partito politico».

Questo attuale inno al Liberalismo del senatore Croce può recare qualche sorpresa.

Non pretendiamo di dare al Croce delle lezioni di coscienza. Non pretendiamo d'invocare, come pure sarebbe assai facile, Croce contro Croce, e richiedere allo stesso Croce una luminosa confutazione dei suoi atteggiamenti attuali.

Da più di dieci anni a questa parte, e specialmente dalla guerra in poi, il Croce ci era apparso sempre più un precursore della riscossa anti-democratica.

Il suo profondo realismo, nutrito di Macchiavelli e di Vico, lo portava istintivamente all'insofferenza verso gli astrattismi, le utopie, i sogni chimerici che frondeggiano così lussureggianti sul terreno della democrazia. Lo avevamo visto, nel suo sistema filosofico, portare nella politica un'ondata di calda realtà, attraverso un'Idea dello Stato strettamente utilitaria, economica e realistica e in antitesi evidente col moralismo umanitario. Lo avevamo visto durante la guerra, bandire una specie di santa crociata contro i luoghi comuni della guerra democratica «per il diritto e per la civiltà». Proclamava allora il Croce, con virile franchezza, che non per la democrazia bisognava battersi, ma per l'Italia: che il concetto latino d'uno stato di giustizia, imbelle e disarmato è chiacchiera vile; che non conveniva addormentarsi nei sogni paradisiaci degli Eden umanitari auspicati in tutti i brindisi carichi di fratellanza massonica che si scambiavano in quel tempo i *noceurs* delle democrazie latine. Un po' di Machiavelli e di Hobbes risuonava duramente nelle pagine della «Critica». Noi amammo allora in Croce il demolitore imperterrito, che spazzava via così coraggiosamente tutte le utopiche soprastrutture ammalate da un secolo d'Immortali Princìpi, di massonismo, di contrattualismo alla Rousseau, di teologia umanitaria, di socialismo vanamente messianico. Le sue negazioni ci piacquero. Il sen. Croce, antico studioso del Materialismo Storico, ringraziava Marx nella prefazione d'un suo libro di averlo liberato dalle seduzioni donnesche della *Dea Ragione*, della *Dea Giustizia* e della *Dea Umanità*. Allora egli incitava senza riguardi alla diffidenza verso le formule «sublimi, se non fossero ridicole» di libertà, uguaglianza e fraternità; vibrava colpi d'ariete contro l'idolo sconquassato della Massoneria «rischiarata – sono sue parole – dalla cultura dei maestri elementari, vessatoio [*sic*] di astratta mentalità settecentesca», e ostacolo «alla formazione di una virile coscienza nei popoli[»]; e opponeva alle messianiche speranze della pace social-democratica, la sua idealistica concezione della storia come lotta e come gara di potenza inesauribile.

Non sono certo queste le insegne ideali della democrazia aventiniana!
Non comprendiamo, perciò, queste resipiscenze liberali di Benedetto Croce. Il suo liberalismo ci appare, nella sua recentissima formula, nebuloso e tardivo. Non credo di scoprire verità inesplorate se ripeto l'oramai banale luogo comune che il liberalismo è un metodo e non un programma, un atteggiamento speculativo e non un sistema sociale, poiché il liberale perfetto può aderire ugualmente alla reazione ed alla rivoluzione, al conservatorismo e al socialismo. Verso quale Terra Promessa tende questo liberalismo crociano? Verso quale plaga politica tende fatalmente a sboccare la panacea liberale? Il Croce, che ha versato tanto caustico disprezzo sugl'*Immortali Principi* della democrazia pacifista e umanitaria; il Croce, che ha da più di dieci anni, cantato il canto funebre del socialismo «sconfitto dalla guerra che ha mostrato – sono parole del Croce – nei popoli e non nelle classi i veri fattori della istoria»; il Croce, che ha lanciato tanti sottili sarcasmi sulla mentalità settecentesca, sulla Massoneria, sulle Leghe delle Nazioni e sull'Arcadia della pace universale, non può senza palese incoerenza aggiogarsi al carro della democrazia aventiniana e socialistoide. Il suo specifico liberale «di largo e continuo uso, e concernente la vita che si dice normale» appare una medicina inapplicabile. Resta una forma equivoca e scolorita, una reminiscenza del passato piuttosto che una formula di avvenire, una compiacenza di erudito piuttosto che una divinazione del futuro. Non per la già conquistata libertà lottano i popoli, ma per la potenza e il dominio, come ammette lo stesso Croce. Il liberalismo delle «sante memorie» di Silvio e di Bertrando Spaventa non è oggi che un fantasma, avendo esaurito quasi tutto il programma sociale e politico che fu la sua forza vitale. E veramente in tutta Europa, non solo in Italia, l'astro del liberalismo declina.
La verità è che Benedetto Croce appare oramai da parecchi anni alle nuove generazioni infinitamente incomprensibile e lontano. Come, durante la guerra, negò il valore eroico dell'intervento, così oggi nega la riscossa eroica della guerra, che è il Fascismo. Da anni ed anni egli vive oramai, solitario come un Brahmano, sul limite estremo della travagliosa vita italiana. Così gli avviene spesso di prendere quel tono di pedagogo acrimonioso, a cui la scolaresca si è rivoltata, che neanche la sua ultima pagina riesce a dissimulare. La sua dittatura spirituale di Maestro della nuova Italia può oramai considerarsi finita. Mentre le nuove generazioni si aprono con entusiasmo alle filosofie impetuose dell'azione e della vita, Benedetto Croce s'immobilizza nella sua concezione, più che non sembri, intellettualista, della filosofia. Mentre l'Italia giovane ha ritrovato le sue forze avvilite e la sua potente energia di conquista, egli fa appello al liberalismo arcaico delle sante memorie. All'Italia della *Marcia su Roma* preferisce l'Italia del Trattato di Rapallo[14] e del «*via da Va-*

[14] Tratto firmato il 12 novembre 1920 tra l'Italia e il Regno dei Serbi, Croati e

> *lona*»[15]. E crede ancora superstiziosamente nei mummificati Giolitti, mentre gl'Italiani non hanno fiducia che nell'uomo nuovo: Benito Mussolini.[16]

L'attacco era stato preceduto, un anno prima, da un polemico riferimento al pensatore abruzzese contenuto in un articolo dedicato ai rapporti tra filosofia e religione, in cui si giudicava Gentile superiore a Croce:

> Risorge con esso il problema della religione. La religione, che la scienza non ha potuto spiegare con i suoi calcoli e la filosofia non ha potuto esaurire nelle sue formule, ritorna a posare negli spiriti la sua formidabile interrogazione. Ed il pensiero torna a misurarsi con essa. Oggi la più palpitante manifestazione filosofica, non è il sistema di Benedetto Croce, che oppone alla religione una negazione sterile; oggi ha maggior presa sugli spiriti la filosofia di Giovanni Gentile, tutta pervasa di eroico furore panteista, tutta alitante d'un superstite sentimento mistico e tesa nel supremo sforzo di assorbire, inverandola, la religione nella filosofia.[17]

E nell'ottobre del 1924, su «Gerarchia», aveva analizzato i rapporti tra il fascismo e Croce, estrapolando alcune affermazioni di quest'ultimo, in particolar modo la sua critica all'illuminismo, e concludendo che lo si sarebbe potuto considerare addirittura un «precursore» del movimento mussoliniano, un «fascista *malgré lui* o inconsapevole»:

> A chi domandasse: «Ma qual è, dunque, la *res publica* ideale di Benedetto Croce?» non conviene, pertanto, rispondere.
> Il Croce è troppo profondo storico, troppo acuto conoscitore dei vizi

Sloveni, che nel rispetto reciproco dei principi di nazionalità e di autodeterminazione dei popoli, previde l'annessione al Regno d'Italia di Gorizia, Trieste, Pola e Zara, ma non di Fiume, portando alla fine dell'impresa dannunziana (12 settembre 1919 - 27 dicembre 1920).

[15] Riferimento allo slogan lanciato nel giugno 1920, in pieno biennio rosso, quando un battaglione di bersaglieri di stanza ad Ancona si ammutinò per non essere inviato a Valona, in Albania, a sostenere le truppe italiane già ivi presenti fin dalla prima guerra mondiale. I ribelli ottennero la solidarietà dei commilitoni e di larga parte della popolazione, causando una guerriglia urbana (25-28 giugno 1920) e costringendo il governo Giolitti, appena insediato (15 giugno), a revocare l'ordine di partenza e a rinunciare alle pretese di insediamento in Albania (le restanti truppe italiane sarebbero state definitivamente evacuate nell'agosto successivo in base al trattato di Tirana). Sull'argomento, cfr. Ruggero Giacomini, *Via da Valona! La rivolta dei bersaglieri e le "giornate rosse"*, Firenze, 2020.

[16] Lorenzo Giusso, *Croce contro Croce*, in «Critica fascista», 15 aprile 1925, 148.

[17] Idem, *La volontà di credere*, «L'Idea nazionale», 18 luglio 1923.

umani e del valore, per costruire quelle fragilissime costruzioni che sono le repubbliche di Platone e le città del Sole campanelliane. Il suo stato ideale non verrà certo, mai, a consolare le *belles âmes* della democrazia. Si può invece ravvisarlo con qualche approssimazione, nello Stato forte, potente, sgombro da vapori cosmopoliti e da preoccupazioni umanitarie, qual era la Germania dell'ante-guerra e quale anela essere l'Italia restaurata dal Fascismo. Certo, niente democrazia. Alla democrazia divenuta «sopravvivenza ideologica», l'attuale senatore Croce, che pure si compiace d'essere stato, *consule Planco*[18], un appassionato studioso del Marxismo, che pure ricorda d'avere sperato «la rigenerazione sociale» dal socialismo alla Marx prima, e dal sindacalismo alla Sorel poi, guarda con coscienza superatrice e con ironico sorriso. Nella prefazione agli studi sul «Materialismo Storico» egli ringrazia il Marx d'averlo salvato *dalle seduzioni alcinesche della Dea Ragione, della Dea Giustizia e della Dea Umanità*. Sopravvivenza ideale è l'idolo sconquassato della Massoneria, «serbatoio di oltrepassata mentalità settecentesca», emporio di cultura dei maestri elementari e pericoloso ostacolo alla formazione di una virile coscienza nazionale nei popoli. Sopravvivenze ideologiche sono le società delle nazioni e gli arcadici progetti di pace universale. Sopravvivenza ideologica è il socialismo, sconfitto dalla guerra, che ha dimostrato le lotte nazionali superiori alle lotte di classe, che ha rivelato nei popoli i veri attori della Storia!

Leggendo questi ed altri paradossi del 1915, diventati luoghi comuni nel 1922, è naturale domandarsi: *Ma non è dunque fascista il Croce?*

Il pensiero del Croce è stato troppe volte falsificato e deformato: non deformiamolo una volta di più. I fascisti, se anche non possono annoverare il Croce fra i loro tesserati, debbono però onorarlo come un precursore. Fascista *malgré lui* o inconsapevole, egli può essere paragonato a quei saggi pagani che furono cristiani senza saperlo e nondimeno «non adorar debitamente Iddio». Poiché la condanna degli astrattismi democratici; l'esaltazione della guerra nazionale, sola capace di cementare nell'Italia il senso della sua unità e della sua potenza; l'invocazione di una nuova coscienza politica, sgombra di viete illusioni e tutta vigorosa e armata e militare che risuonano dalle virili pagine della «Critica» sembrano preannunziare gli avvenimenti attuali.[19]

Promuovendo il *Manifesto degli intellettuali antifascisti*, Croce avrebbe indirettamente risposto alla lusinga di avvicinarlo al regime

[18] Cioè, ai tempi felici e spensierati della propria giovinezza.

[19] Lorenzo Giusso, *Il fascismo e Benedetto Croce*, «Gerarchia», ottobre 1924, 635-636.

mussoliniano. Intanto, all'inizio di quello stesso 1925, Giusso recensiva così gli *Elementi di politica*[20] di Croce:

> Parlare della politica di Benedetto Croce non significa parlare dei suoi atteggiamenti politici. Come uomo politico, il Croce non vanta eccessive fortune, sia nella sua tanto contrastata opera di ministro, sia nell'atteggiamento, certo spaventosamente deformato e svisato, che egli prese di fronte agli avvenimenti della grande guerra europea[21]. […]
> Ma il pensiero politico del Croce merita certo maggior fortuna dei suoi atteggiamenti pratici. […]
> Temperamento profondamente realistico, italiano, meridionale, il Croce porta in tutta la sua filosofia il gusto per la vita vissuta e l'odio per le scialbe astrazioni. La sua visione politica non si colloca dunque negli spazi astrali in cui fluttuano la *Repubblica* di Platone o la *Città del Sole* di Campanella. *Realpolitik*, si potrebbe chiamare piuttosto la concezione del Croce. […]
> La politica è utilità, economia, e non ha paura dell'inferno delle passioni e dei conflitti egoistici. Perciò i maestri politici a cui il Croce si richiama, come erede e discepolo, sono Machiavelli e Vico: non teme il pessimismo e l'acre amarezza del primo, […] si affida pienamente alla profonda saggezza del secondo, che nella forza, nell'energia degli Stati vede un momento eterno dello spirito umano e della vita delle società […]. Vico e Machiavelli seppero evitare lo scoglio del moralismo frigido e catoniano. […]
> Quel suo [*di Croce*] pacato realismo può veramente essere provvidenziale per gl'italiani. Il suo spirito profondamente storico avverte noi agitati italiani del secolo XX che i miracolosi programmi dei partiti non hanno che un valore pratico ed eccitante all'azione; che le classificazioni rigide di fazioni e di sette non sono logiche e utili se non in quanto sanno fondersi e integrarsi nello Stato, e trionfare dentro di esso; che le ricette magiche, le formule e le bandiere dell'avvenire, le utopie che ci parlano dell'età dell'oro, sono larve e illusioni. Con lucida tranquillità, non esita a proclamare «ridicole» le formule di eguaglianza, fratellanza e libertà; e condanna severamente la dottrina egualitaria, «che ha la sua origine nella meccanica e nella matematica, mette a comprendere la materia vivente».
> Questa politica «al di là del bene e del male» non può certo appagare gli ideologi lunatici, e i rugiadosi amanti della morale a tutt'i costi. Non può piacere, in una parola, alle *belles âmes* della democrazia. Non può sedurre i fanatici degl'Immortali Princìpi che si stracciano le vesti con orrore ai soli nomi di Machiavelli o di Hobbes.
> Il Croce, che si compiace di essere stato, in altri tempi, un appassionato

[20] Bari, 1925 (impresso nel 1924).
[21] Croce fu neutralista in quanto germanofilo.

> studioso di Marx e di Sorel, ha guardato, e guarda più che mai, con coscienza superatrice alla democrazia delle Logge Massoniche e delle Università popolari; alla Massoneria che egli chiama senza troppi complimenti «serbatoio d'oltrepassata mentalità settecentesca», «sopravvivenza ideologica» ed «emporio di cognizioni a buon mercato per i maestri elementari»; al socialismo umanitario, sconfitto dalla guerra che ha rivelato «le lotte delle nazioni superiori alle lotte di classe, e nei popoli i veri attori della storia». Per questi filistei umanitari, per questi frigidi moralisti, per questi ostinati visionari dell'età dell'oro, l'olimpica, goethiana serenità del Croce appare un Moloch mostruoso e immorale. Ma quelli che sono emancipati da queste nozioni puerili e che accettano la vita nella sua tragica nudità, e nella sua lotta incessante, ritroveranno nel pensiero politico crociano la via maestra di quel vigoroso realismo ch'è un'eredità dei nostri due più alti filosofi della storia: Machiavelli e Vico.[22]

Passano alcuni anni e l'adesione a opposti manifesti intellettuali pone una cesura tra i due pensatori. Così, recensendo la *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*[23] di Croce, Giusso – che la giudica una «un'apologia del liberalismo trasfigurato dal Croce in una specie di età dell'oro della nostra vita nazionale» – la descrive addirittura come non «un'opera di scienza» ma «un *pamphlet*», una «arringa», un «panegirico» e il suo autore come un «libellista» e un «uomo di parte»:

> È capitata al Croce la più triste avventura che possa toccare a un uomo di pensiero: quella, cioè, di abbandonare la serenità dell'uomo di scienza per cadere nell'inferno agitato delle passioni partigiane.
> Il filosofo e lo storico, che contemplano il mondo e le sue vicende *sub specie aeternitatis*, e nella loro fatale e immanente necessità, soggiacciono in questa recente *Storia d'Italia*, ai capricci del libellista e dell'uomo di parte.
> Questo libro non è infatti in armonia, ma in stridente contrasto, con la sua tipica concezione della storia e della politica.
> Avevamo visto il Croce dal suo sistema filosofico portare nella politica un'ondata di calda realtà e foggiare un'idea dello Stato strettamente utilitario come associazione d'interessi economici e in antitesi evidente col moralismo umanitario. Lo vedemmo, durante la guerra, bandire una specie di santa crociata contro i luoghi comuni della guerra democratica per il diritto e la civiltà. Proclamava allora il Croce con virile franchezza, che non per la democrazia bisognava battersi, ma per l'Italia […].
> Il Croce, demolitore imperterrito, attaccava con veemenza le costruzioni

[22] Lorenzo Giusso, *La "Politica" di B. Croce*, «L'Idea nazionale», 17 gennaio 1925.

[23] Bari, 1928.

> accumulate da un secolo d'immortali princìpi, di contrattualismo alla Rousseau, di socialismo messianico […]. Questa negazione della democrazia utopistica si congiungeva in lui a una visione strettamente utilitaria ed economica della politica, la cui zona spirituale egli aveva circoscritto con mano sicura nei suoi *Elementi di politica* […].
> Come mai da una così realistica e virile concezione dello Stato inteso come forza e potenza, ha potuto prorompere l'esaltazione dell'Italia di ieri, in cui regnò precisamente una visione utopistica della politica, e un rilasciamento abulico, e dell'idea di Stato? Come mai questo libro avventa requisitorie più o meno larvate e continue condanne più o meno dirette delle forze politiche che hanno sfasciato quella vecchia idea dello Stato? La verità è che questa *Storia d'Italia* non è un'opera di scienza ma è un *pamphlet*. Non è la paziente e indefessa sintesi di lunghi anni di lavoro (opera da vero storico crociano il quale affissando nella storia la logica immanente dello spirito, non emette giudizi né condanne), ma è un'apologia del liberalismo trasfigurato dal Croce in una specie di età dell'oro della nostra vita nazionale. Dunque è un'arringa, e come tutte le arringhe è costruita sopra un piano passionale e partigiano. E in quest'arringa o panegirico non manca neppure l'eroe da celebrare; cioè Giolitti, in cui si assommane e culminano quarant'anni di liberalismo. […]
> Man mano che le pagine procedono, la requisitoria si fa violenta, il tono si fa irruento, il polemista acre e incomposto si sovrappone allo storico: il Croce getta la maschera dell'obiettività e si abbandona a violente espettorazioni contro le forze impetuose che fecero crollare l'Olimpo del regime giolittiano: tutto preso dalla passione partigiana che lo infiamma, avventa fulmini all'impazzata e avvolge nella stessa condanna di «irrazionalismo e arbitrarismo il Nazionalismo, nato dal rapace spirito di avventura e di conquista» e il Dannunzianesimo «letteratura pomposa, sensuale, chiassosa e industrializzata», e il movimento sindacalista rivoluzionario, che in quegli anni straripparono nella vita italiana. Un mal compresso livore agita il Croce, come tutti gli altri adepti dell'ideologia neutralista, contro l'impresa di Libia, che tornando ad agitare ideali di grandezza e di potenza, ruppe l'Eden incantevole […]: contro la guerra di Libia che fu l'inizio del processo che doveva sfasciare a colpi di piccone l'equilibrio dell'Italia riformista e giolittiana, clericale e giacobina, anarchica e dispotica, che il Croce idolatra come modello d'insuperabile perfezione.[24]

E conclude criticando quello di Croce come un «atteggiamento funebre di *laudator temporis acti*» di un uomo che «vive oramai solitario Brahmano», che tesse «il panegirico dell'Italia infeudata al liberalismo pantofolaio» e «continua a guardare il mondo dalla poltrona

[24] Lorenzo Giusso, *Storia della vecchia Italia*, «Il lavoro d'Italia», 30 marzo 1928.

dell'idealismo ottimista», mentre «la sua dittatura di Maestro spirituale precipita oramai in rovina».

Concetti che ribadisce qualche mese dopo parlando di tramonto dello storicismo:

> Il Croce è l'ultimo grande rappresentante d'una generazione che credeva attuarsi nel mondo un grandioso piano provvidenziale, una legge divina, presiedere alla Storia, un'armonia misteriosa condurre gli uomini attraverso varie *pannes* e incidenti di viaggio, verso la mèta del lungo circuito: al posto del vecchio Dio trascendente, ordine e ragione del mondo, l'idealismo crociano lasciava sopravvivere una divinità senza nuvole, angeli, né corte celeste […].[25]

5. *Lo scontro su Vico*

Una risposta diretta di Croce giunse nel 1940 in seguito alla pubblicazione di un breve saggio di Giusso[26] su Giovan Battista Vico (1668-1744), occasione per un duro giudizio (anzi, come accennato in apertura, una vera e propria *stroncatura*) sulla «Critica»[27], che provocò una piccata risposta di Giusso[28].

Il lavoro su Vico riguardava i rapporti del grande filosofo napoletano con l'occasionalismo, dottrina sviluppata in particolare da Malebranche (1638-1715). La «stroncatura» risulta senza appello: si tratta di una «chiacchierata senza capo né coda», redatta non da un docente universitario (Croce lo definisce «*signor* Giusso», negandogli il titolo di *professore*), ma da un semplice «giornalista», incapace del minimo rigore metodologico.

> Che il Vico provenisse dall'umanesimo, e dell'umanesimo si facesse una forza contro il cartesianismo, è risaputo, è evidente dalle sue pagine, ed è un punto che ha formato oggetto recente di un particolare e assai fine studio del Corsano[29], che non vedo mentovato nella pubblicazione di sopra annunziata. […] Ma che il Vico stesse o pencolasse (come suona il titolo del volume), «fra l'umanesimo e l'occasionalismo», non ha senso, e

[25] Idem, *Tramonto dello storicismo*, «Il Torchio», 9 settembre 1928.

[26] Idem, *G. B. Vico fra l'umanesimo e l'occasionalismo*, Roma, 1940.

[27] Benedetto Croce, *Recensione a G. B. Vico fra l'umanesimo e l'occasionalismo*, «Critica», 20 settembre 1940, 311-312.

[28] Lorenzo Giusso, *Replica al Sen. Benedetto Croce*, «Logos», anno XXIV, fasc. III (1941), 323-330.

[29] Presumibile riferimento ad Antonio Corsano [1899-1989], *Umanesimo e religione in G. B. Vico*, Laterza, Bari 1935.

> perciò non può porgere, e non porge, alcun filo per una migliore interpretazione della *Scienza nuova*.
> E in effetto, la scrittura del signor Giusso è una chiacchierata senza capo né coda, senza dimostrazione e giustificazione di problemi, senza un qualsiasi ordine logico, presuntuosa nell'asseverare e di cattivo gusto nello stile, che è quello ora usuale degli scrittori di terza pagina di giornale, alla cui corporazione l'autore appartiene. […]
> D'accordo con lo stile è il metodo e la diligenza delle citazioni, perché dei pochi passi del Vico che egli reca (e in italiano anche quando sono in latino) o non indica i luoghi precisi o, quando li indica, non si trovano dove egli li indica. […]
> Tra i giornalisti di terza pagina, il signor Giusso non si novera, ch'io sappia, tra i pochi riflessivi e garbati, ma tra i più, che improvvisano teorie, sconvolgono giudizi, maltrattano fatti, tengono che sia modo brillante lo scrivere improprio e sbardellato, mirano a far colpo sui lettori ignari.
> Ora, perché ha voluto rivolgere coteste sue ben coltivate attitudini al povero Giambattista Vico, degno di qualche reverenza?
> Anche a me ha dato, questa volta, un fastidio, perché avevo appena licenziato per le stampe il Settimo supplemento alla *Bibliografia vichiana* (nella «Rivista di filosofia», 1940, nn. 2-3), e aperto il quadernetto degli appunti per un eventuale ottavo supplemento, quando l'osservanza dell'ordine cronologico mi ha costretto a segnare in esso per prima la sua pubblicazione, della quale ben si poteva far di meno in quel campo di studi[30].[31]

Ovviamente, non poteva non giungere la replica, in difesa della «giusta prospettiva, nello sfondo dei problemi suscitati dalla filosofia cartesiana e, più propriamente, occasionalista»[32]:

> Secondo la mia interpretazione – che è l'unica valida – Vico si tiene stretto alla teoria malebranchiana, rinnovata da Platone e dai neoplatonici, della visione ideale. Iddio è il sole degli spiriti, e senza il grande dispensatore della luce sarebbero ottusi i nostri sguardi, senza il supremo Pensiero e diffusore del Pensiero che è Dio, le nostre menti resterebbero perpetuamente inoperose.[33]

[30] Il 3 aprile 1946 Benedetto Croce scrisse a Riccardo Ricciardi (1879-1973) per chiedergli una copia di *La filosofia di G. Vico e l'età barocca* di Lorenzo Giusso per aggiornare la propria collezione.

[31] Benedetto Croce, *Recensione a G. B. Vico fra l'umanesimo e l'occasionalismo*, «Critica», 20 settembre 1940, 311-312.

[32] Lorenzo Giusso, *Replica al Sen. Benedetto Croce*, «Logos», anno XXIV, fasc. III (1941), 323.

[33] Ivi, 323-324.

E poiché Croce aveva stigmatizzato la mancanza di esattezza delle citazioni vichiane riportate da Giusso, questi ribatte:

> Queste non sono mie maligne invenzioni, né confezioni delle «terze pagine» dei giornali, né frasi apocrife tratte dall'edizione Ferrari. Sono frasi consegnate nella *Vulgata* vichiana dell'edizione Laterza a cura del Nicolini. Le ritorsioni polemiche a base di punti ammirativi non bastano – lo creda il Croce – ad annebbiare questo fatto incontrovertibile.[34]

E, dopo aver definito come una *incanata* ("chiassata") la recensione di Croce, conclude ironicamente a proposito del "fastidio" causato al pensatore abruzzese:

> Questa è la più valida delle sue imputazioni. Convengo volentieri di avere procurato dei fastidi al Sen. Croce e di meritare ampiamente le sue ritorsioni. Indubbiamente io sono reo d'avere stornato un certo numero di spiriti dal suo *mandarinato universale*, e d'avere introdotto in Italia stili di pensiero e indirizzi irriducibili al suo. Colpevole d'avere propagato e propalato in Italia Dilthey e Spengler, Freud e Ortega y Gasset, Spranger o Valéry e le filosofie della vita e le tipologie e la Psicanalisi. Colpevole d'avere professato una *salubre astinenza verso la tavola calda della sua critica* e di avere ritenuto professione di retori alessandrini l'eterno sceveramento del momento pratico dal momento estetico nella grande poesia di tutti i tempi. Di questi e di altrettanti fastidi, io sono veramente colpevole, e prometto solennemente di rendermi sempre più sinistramente colpevole in avvenire.[35]

6. *Il dopoguerra*

Comunque Giusso non si limitò a questa risposta ma, difendendo il saggio di Giuseppe Toffanin, *Montaigne e l'idea classica*[36], evidentemente memore della *incanata* crociana, iniziò il suo articolo scrivendo «Un attacco di Benedetto Croce sta per diventare una specie di Legion d'Onore degli scrittori»[37].

Passano gli anni e la maturità, dopo il terribile periodo bellico, rasserena l'animo di Giusso, il quale, richiesto dal quotidiano *Il Tem-*

[34] Ivi, 324.

[35] Ivi, 330. Corsivo mio. L'articolo è datato dalla Regia Università di Cagliari, a ribadire, forse un po' piccato, come l'autore non fosse un semplice «scrittore da terza pagina»

[36] Bologna, 1940.

[37] *La sera*, 11 novembre 1941.

po di scrivere un "pezzo" sulla riapertura del Senato, il 1° settembre 1948 (dopo aver ironizzato sulla «irruzione del gridellino[38], dell'arancione, del giallo-zucca, del verde pistacchio, del nocciola chiaro» tra i nuovi senatori – per tacere dei «sandali balneari» con cui Sandro Pertini (1896-1990) si era presentato a Palazzo Madama), constatando che il bar del Senato è strapieno e la biblioteca tristemente vuota, ripensa con nostalgia alla compostezza dei senatori di un tempo, tra cui annovera Croce:

> Amara delusione [*dei bibliotecari*]! Le loro fatiche non sono ricompensate che dagli stanchi sorrisi dei sen. Nitti e Ruini, frequentatori di biblioteche come al buon tempo antico. E da quelli ancor più autorevoli, ma ormai sempre più sporadici, del sen. Croce che dal disgusto delle vicende politiche è stato tratto sempre più a ingolfarsi nell'organizzazione dell'Istituto storico installato nel suo palazzo napoletano di via Trinità Maggiore.[39]

Non sfugga, comunque, la velata critica insita nella scelta lessicale del verbo *ingolfarsi*… Infine la polemica tra i due si chiuse con la morte di Croce, definito un «lutto italiano, europeo, mondiale» nel "coccodrillo" di Giusso pubblicato sulla rivista «Ausonia»[40]:

> Con Benedetto Croce è scomparso l'ultimo di quei grandi spiriti nazionali, tipica espressione della «Italia dalle molte vite», che illustrarono la fine del secolo scorso ed il principio del '900. La sua attività multiforme aveva dominato per decenni la vita intellettuale italiana; in ogni settore della produttività filosofica e critica aveva stampato orme profondissime; «*maestro di vita*» era stato salutato fin dall'apparire delle sue opere più rappresentative. E, caso non frequente per un filosofo, la sua concezione della storia si era travasata nella politica militante e vi era diventata principio di resistenza e di combattiva azione.[41]

Giusso ripercorre dunque le tappe di una «prodigiosa carriera mentale», che ha necessitato una «formazione lenta, graduale, dagli assestamenti progressivi», riconoscendo in Croce un «filosofo di vocazione e non professionista della cattedra, e ciò vale a spiegare la mol-

[38] Dal francese *gris-de-lin* ("grigio di lino"), un viola molto pallido.

[39] Lorenzo Giusso, *Fogge vecchie e nuove al Senato*, *Il Tempo*, 1° settembre 1948.

[40] Idem, *Benedetto Croce maestro di vita*, «Ausonia. Rivista di lettere e arti», VII (1952), n. 7, 3-8.

[41] Ivi, 3.

teplicità degli interessi che lo appassionavano, finché non nacque e si approfondì in lui il "sistema"»[42].

> Questa stessa poliedricità di interessi egli ha passato in rassegna in quel suo *Contributo alla critica di se stesso*, che ci trasmette il grafico delle sue inquietudini e travagli spirituali, delle sue oscillazioni e sbandamenti prima di professare, con assoluta sicurezza e padronanza, quella che doveva poi essere la sua dottrina.[43]

La vocazione a unire filosofia e politica gli venne anche dal contatto con i materni zii Bertrando (1817-1883) e Silvio Spaventa (1822-1893). E Giusso ricorda come nel *Contributo alla critica di me stesso* (1918) lo stesso Croce avesse analizzato le varie crisi o «tempeste del dubbio» che lo avevano assalito: l'iniziale forte repulsione verso l'idealismo, dottrina giudicata "teologale", verso le concezioni economiciste (cioè: marxiste) della storia e il finale approdo al liberalismo con la pubblicazione dell'*Estetica* (1902).

> Le tesi esposte in quel libro, per la loro linearità e chiarezza sono diventate oggi di uso così comune, da non suscitare più controspinte polemiche. Allora, tuttavia, suscitarono stupore e raccapriccio le negazioni, che il Croce imperterrito allineava, di una distinzione tra forma e contenuto dell'arte, di una diversità fondamentale (corrispondente alle varie estrinsecazioni del genio inventivo) dell'immaginazione creatrice, di una pluralità di generi letterari, di una frattura permanente tra intuizione ed espressione.
> Nell'*Estetica* erano già preformate le linee essenziali del sistema del Croce, svoltesi poi con la *Filosofia della pratica* (1908), la *Logica* (1909), *La teoria e storia della storiografia* (1917). Storicismo, sì, ma non reminiscenza senza revisione del sistema hegeliano.[44]

Il riconoscimento al grande "maestro" (ovviamente *altrui*, perché Giusso non intese mai riferirsi a se stesso come un suo "discepolo") scomparso, però, non impedisce qualche velato riferimento pungente. A proposito della «Critica», Giusso commenta:

> Polemizzare è stata per il Croce (come egli stesso festosamente ne conveniva) la grande voluttà della sua vita. Argomentatore abilissimo, egli ha sempre brillato per trovare il punto debole della posizione avversaria. E si può affermare senza paradosso che furono proprio le sue polemiche,

[42] *Ibid.*
[43] *Ibid.*
[44] Ivi, 4.

> principalmente quelle sociali e politiche, che fecero convergere su di lui l'attenzione del gran pubblico.[45]

Ripercorre poi la sua carriera politica di «liberale piuttosto che democratico», «anticomunista deciso» ma anche «avversario del fascismo contro il quale, dopo una condiscendente attesa iniziale, si schierò apertamente nell'autunno del 1924. Negatore della realtà delle classi, egli lo era altresì della iperestesia e della ipertensione degli Stati onnipotenti del tipo coniato da Mussolini ed Hitler»[46].

> La battaglia morale, ideologica, condotta da lui contro il fascismo si rovesciò sempre di più nel terreno della concreta lotta politica, La sua casa di Napoli diventò negli anni fra il 1925 ed il 1943 uno dei pochi focolai superstiti del liberalismo deciso a non piegare.
> Thomas Mann, Einstein, Zweig, Toscanini, Werfel, Frank, Walter, ecc. emigrarono, Croce ritenne suo obbligo restare in mezzo ai connazionali per incitarli a non piegare. Bersagliato da attacchi, crivellato dalle accuse di «antinazionale» e «disfattista», abbandonato dalla maggioranza dei suoi discepoli ed amici, egli persistette con fermezza granitica. Si rinnovava in lui il *non tacebo* di Campanella. Tanta invincibile energia morale aumentò ancora, fuori d'Italia, il cerchio dei suoi lettori e adepti. […]
> Agli occhi del pubblico mondiale, Croce non era più il patriarca della critica o l'innovatore dei metodi della storiografia, era una coscienza in lotta. Era un accusatore, tremendo nella sua pacatezza, dei sistemi dittatoriali dei quali, nella conclusione, della *Storia d'Europa,* egli anticipava più o meno prossima la dissoluzione. […]
> Gli eventi posteriori lo riportarono alla ribalta politica dopo il settembre 1943. Ed il vecchio filosofo, già stanco e piegato dall'età, adoperò ogni suo sforzo a calmare effervescenze inconcluse, a sedare intemperanze, a difendere, a rivendicare l'Italia di fronte agli stranieri, occupatori, soprattutto, e lo attesta un mirabile discorso, a non voler sottoscrivere la tesi dell'Italia «paese vinto».[47]

Giusso conclude il "coccodrillo" con un peana alla «incomparabile instancabilità» di Croce, al suo "metodo" di distrarsi da un lavoro troppo intenso intraprendendone un altro, riposandosi dalle opere teoriche e metodiche vere e proprie con il tuffarsi «nella vita concreta della storia e della letteratura»[48]. E conclude citando il volume crociano su *La filosofia di G. B. Vico* (Bari, 1911), in cui, come in altri,

[45] Ivi, 5-6.
[46] Ivi, 6.
[47] Ivi, 6-7.
[48] Ivi, 7-8.

> brillava quella sua prosa nitida, fervida, della sicurezza del pensiero solidamente posseduto, desiderosa di consenso e di logica persuasione, schiva di mollezze e sinuosità decadenti. Quella prosa che si è potuta a ragione chiamare *classica*. Prosa che era immagine dell'uomo e della sua forte tempra di italiano all'antica. Tempra di uomo di salde convinzioni, di strenuo attaccamento al dovere, esigente con sé e con gli altri, intransigente verso tutto quanto sapeva di debolezza, di morbidezza, di vellichio e di vagheggiamento estetizzante, verso tutto quanto repugnava à quella che il Carducci qualificava «la bollente di igneo vigore materia umana».[49]

6. *Conclusione*

La chiusura del "coccodrillo", fin troppo retorica (non a caso affidata a un verso di Carducci), era giustificata da un sincero cambio di opinione verso un avversario che aveva sì stimato, ma anche combattuto; e che fino all'ultimo aveva cercato di impedire a Giusso di scrivere su alcuni giornali[50]?

Giusso appare più sincero quando, pochi anni prima, redigendo il suo *Diario critico* sulle terze pagine di quotidiani che non si piegavano al *diktat* crociano, aveva demolito il ruolo dei critici, sottolineando alcune cantonate prese da tanti di essi, che avevano esaltato poeti e drammaturghi minori, contrapponendoli ad altri che la storia aveva successivamente consacrato come giganti (*in primis*, Pirandello e d'Annunzio). E, tra i vari incauti non poteva mancare Croce, impietosamente assimilato agli «imbonitori» e ai «critici "aggiornati e puntuali"», le manovre delle cui «camarille» e «giurie letterarie non possono determinare questo consenso massiccio, pesante, ineluttabile, come la forza di gravità»[51].

> Inutilmente Croce si è sforzato di ridurre il Pascoli alla bassa statura del canonico Parzanese, vanamente si è accanito contro il *Paolo Uccello*, questo ineguagliabile capolavoro. Il pubblico seguita a comprare i *Poemi italici* e le *Canzoni del Re Enzo*; e ad ignorare imperterrito Pompeo Bettini e Francesco Gaeta, tanto esaltati dal filosofo. Il Croce avrà potuto

[49] Ivi, 8.

[50] Una pressione fu sicuramente fatta su Carlo Zaghi, direttore del quotidiano liberale napoletano *Il Giornale*, al quale Croce chiese di *non* far collaborare Giusso. Lo stessi Zaghi lo riferì alla nipote di Lorenzo Giusso, la Duchessa Maria Giulia Giusso del Galdo, che me la ha riferita personalmente il 5 luglio 2026.

[51] Lorenzo Giusso, *L'ideale della critica*, in Idem, *Diario critico*, Lavis (TN), 2026, 123.

> sforzarsi *totos contendere nervos* per "limitare" o demolire la Deledda o Pirandello: il pubblico seguita ad applaudire *Canne al vento* o *Cenere*, magari in un adattamento cinematografico, e a disertare i libri di Neera o di Clarice Tartufari, invano da lui vezzeggiati.[52]

Perché la critica dovrebbe essere «un'attività giudicante» e non «un'attività ratificante». Invece, la separazione crociana tra "poesia" e "non poesia" «delega al critico un'ampiezza discrezionale che esorbita dalla sua capacità empirica», anziché riconoscere come validi i giudizi estetici «professati dall'universalità del pubblico che legge. I cui decreti inappellabili sono la fonte autorevole delle fame non destinate a durare *l'espace d'un matin*». Il fine è giungere a una «critica veramente consapevole delle sue finalità, non estetica ma storica»[53].

> Se dal punto di vista del Croce, la poeticità è continuamente insidiata dai colpi di mano e interferenze dell'oratoria, del moralismo e del sociologismo, come avallare, quali giudizi inappellabili, quelli di critici per natura esposti alle faziosità, agli odi, alla parzialità? Spettacolo desolante per la ragione umana è quello della critica letteraria, le cui valutazioni appaiono discordi, non solo da nazione a nazione ma da gruppo a gruppo, da decennio a decennio.[54]

Giusso sarebbe morto un solo lustro dopo Croce, a 58 anni di età. Quando scriveva le parole di cui sopra, non immaginava che gli sarebbe rimasto poco da vivere e che la precoce scomparsa gli avrebbe impedito di raggiungere una fama paragonabile a quella del suo avversario. La differenza del numero delle opere prodotte, della quantità di allievi formati e delle opere (soprattutto la Fondazione Croce e l'Istituto di Studi Storici sorto intorno alla sua biblioteca personale) giustificano l'attuale differenza tra i due pensatori, ma non l'oblio in cui quello napoletano è caduto e dal quale, ci si augura, si possa riprendere grazie agli studi che stanno sorgendo intorno ai suoi scritti.

[52] *Ibid.*
[53] Ivi, 124.
[54] *Ibid.*

Alessio De Marco

"Intelligenza Artificiale e Prove Digitali: Modelli di Compliance alla L. 132/2025 e Implicazioni per il Processo Penale"

Abstract

Il contributo esplora la digitalizzazione della prova penale, dalla crisi delle categorie probatorie tradizionali alla natura giuridica, regime e criteri di valutazione della prova digitale. Si analizzano l'impiego dell'intelligenza artificiale nelle attività investigative e la qualificazione giuridica degli strumenti algoritmici, unitamente ai principi della L. 132/2025 e al suo impatto sul procedimento penale. Viene esaminata la compliance normativa per l'uso processuale dell'IA nella formazione della prova digitale, con focus su prova algoritmica e garanzie del giusto processo.

This article examines the digitalization of criminal evidence, from the crisis of traditional probative categories to the legal nature, regime, and evaluation criteria of digital evidence. It analyzes the use of artificial intelligence in investigative activities and the legal qualification of algorithmic tools, alongside the principles of Law 132/2025 and its impact on criminal proceedings. The study examines regulatory compliance for the procedural use of AI in forming digital evidence, focusing on algorithmic evidence and safeguards of fair trial rights.

Parole chiave: IA; prova digitale; L. 132/2025; compliance normativa; giusto processo.
Keywords: IA; digital evidence; Law No. 132/2025; regulatory compliance; fair trial.

Sommario: 1. Dal fatto al dato: digitalizzazione della prova penale e crisi delle categorie probatorie tradizionali; 2. La prova digitale nel processo penale: natura giuridica, regime e criteri di valutazione; 3. Intelligenza artificiale e attività investigativa: qualificazione giuridica degli strumenti algoritmici; 4. La L. 132/2025 sull'intelligenza artificiale: principi regolatori e impatto sul procedimento penale; 5. Il ruolo del giudice dinanzi al dato digitale; 6. Verso un modello giuridico di governance dell'intelligenza artificiale nella prova penale. 7. Considerazioni conclusive.

1. *Dal fatto al dato: digitalizzazione della prova penale e crisi delle categorie probatorie tradizionali*

Negli ultimi anni il procedimento penale ha conosciuto una profonda trasformazione, che ha interessato tanto la fase delle indagini preliminari quanto quella del giudizio, in conseguenza del progressivo

e sempre più pervasivo ricorso alla *digital evidence*, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto quello qualitativo. Con tale espressione si intende «*any information processed by electronic medium which supports or refutes a hypothesis about the state of digital artefacts or digital events, of potential relevance and probative value for a criminal investigation*».[1] La *digital evidence* individua, pertanto, l'insieme delle informazioni generate, trattate, conservate o trasmesse mediante sistemi elettronici o informatici che, per le loro caratteristiche, risultano potenzialmente idonee a fornire elementi di conoscenza rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti oggetto del procedimento penale. Solo all'esito della loro rituale acquisizione e del rispetto delle garanzie processuali che ne presidiano autenticità, integrità e affidabilità, tali informazioni sono suscettibili di assumere valore probatorio, traducendosi in prova digitale in senso proprio.

L'impatto dirompente delle tecnologie digitali sulla società contemporanea ha profondamente trasformato anche il processo penale[2], nel quale la *digital evidence* ha progressivamente assunto un ruolo imprescindibile ai fini dell'accertamento dei fatti e dell'esercizio della funzione giurisdizionale. L'impiego diffuso di dispositivi e servizi digitali – tanto per finalità professionali quanto per esigenze personali – determina, infatti, la continua produzione e conservazione di un'ingente quantità di dati, idonei a documentare, *ex post*, le attività digitali riconducibili ai singoli consociati. Ne consegue che tale patrimonio informativo costituisce oggi una risorsa investigativa di primaria rilevanza, sia con riguardo ai c.d. reati informatici[3], vale a dire agli illeciti che si realizzano *per definitionem* mediante l'impiego di strumenti tecnologici, sia con riferimento ai reati comuni, nell'ambito dei quali il dato digitale assume frequentemente un rilievo probatorio determinante.[4] Emblematica, in tal senso, è la funzione assolta dai dati di geolocalizzazione, che possono contribuire a dimostrare la presenza di un determinato soggetto sulla scena del delitto entro una specifica fi-

[1] Stoykova, *Digital evidence: Unaddressed threats to fairness and the presumption of innocence*, in 42 Computer Law & Security Review 2, 2021.

[2] Signorato, *Le indagini digitali: profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018.

[3] Borruso, Buonomo, Corasaniti, D'Aietti, *Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1994.

[4] Corona, *Il cybercrime: soggetto, oggetto e condotta*, in Reati informatici e investigazioni digitali, F. Corona (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2021, 19 ss.; Dalia, *I reati informatici*, in AA.VV. Manuale di diritto dell'informatica, Ed. Scientifiche Italiane, 2016, 657 ss.

nestra temporale ovvero a ricostruirne gli spostamenti con un grado di precisione particolarmente elevato.

In un simile scenario, diviene imprescindibile interrogarsi sull'incidenza sistemica che questa nuova tipologia di prova esercita all'interno della procedura penale. La questione centrale concerne, in particolare, le modalità attraverso cui le garanzie processuali, consacrate nel principio del giusto processo, debbano essere declinate allorché la prova digitale venga acquisita e valorizzata nel procedimento.[5]

Tale interrogativo assume una pregnanza ancora maggiore se si considerano le peculiarità strutturali della *digital evidence*, la quale si caratterizza, come rilevato in dottrina, per tre profili fondamentali:[6]

In primis, la volatilità, intesa quale tendenza degli ambienti digitali a mutare rapidamente, con conseguente rischio di perdita o alterazione dei dati;

in secundis, la modificabilità: ossia la suscettibilità dei dati digitali a essere alterati in modo spesso irreversibile e, soprattutto, non immediatamente percepibile *prima facie*; infine, la transnazionalità, riconducibile all'immaterialità dei dati[7] e alla facilità del loro trasferimento, e al sempre più frequente ricorso a infrastrutture di *cloud computing*, che collocano le informazioni su server situati al di fuori della giurisdizione dell'autorità procedente.[8]

Tali caratteristiche impongono un'attenzione particolarmente rigorosa al rispetto delle garanzie del giusto processo[9] nel momento in cui la prova digitale viene utilizzata. Volatilità e modificabilità, infatti, possono determinare variazioni irreparabili dei dati e, di riflesso, delle risultanze probatorie, con il rischio non meramente teorico di pervenire a decisioni giudiziarie erronee o viziate. Ne consegue che, sebbene la prova digitale sia, talvolta, percepita *ex ante* come intrinsecamente affidabile, essa è, in realtà, ben lontana dal configurarsi come una prova infallibile.[10]

[5] De Flammineis, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo penale telematico e intelligenza artificiale*, in *Sistema Penale*, 2024.

[6] Pittiruti, *Digital Evidence e processo penale*, Torino, 2017, 69 ss.

[7] Galgani, *digitalizzazione e processo penale: Riflessioni sul dover essere di una nuova "cartografia"*, in disCrimen (*web*).

[8] Rossi, La *digital evidence* e il suo accesso transfrontaliero. Tra diritti fondamentali ed effettività di tutela, in annali dip. Giuridico Unimol, fascicolo, Napoli.

[9] De Caro, *Giusto processo e poteri probatori del giudice*, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Molise, 6/2004, Napoli, 2005.

[10] De Caro**,** *Le delicate traiettorie dell'Informazione digitale nel processo penale***,** in Arch. Pen, 2025.

Come autorevolmente osservato in dottrina, la prova digitale può essere qualificata quale sottocategoria della prova tecnico-scientifica e, in quanto tale, non consente di attingere a verità assolute, ma, al più, di formulare conclusioni caratterizzate da un elevato grado di probabilità. Tale assunto trova ulteriore conferma nella circostanza che la *digital evidence* è strutturalmente esposta a molteplici fonti di errore: errori tecnologici, quali quelli relativi ai *timestamps*[11] o alla perdita di dati; carenze metodologiche e deficit di rigore scientifico nella gestione delle prove; nonché errori umani e cognitivi che possono incidere sull'interpretazione dei risultati.

Da ciò discendono almeno due conseguenze di rilievo sistematico: da un lato, emerge la necessità di una gestione attenta, trasparente e rigorosa della prova digitale, finalizzata a garantirne attendibilità e integrità; dall'altro, risulta imprescindibile che, in ogni singolo procedimento, venga affrontato in modo esplicito e critico il tema dell'affidabilità e, quindi, del valore probatorio della *digital evidence*.[12]

Non a caso, negli ultimi anni si è affermata una disciplina scientifica autonoma, la *digital forensics*[13], quale nuova branca delle scienze forensi. Essa si colloca all'intersezione tra competenze tecnico-informatiche e giuridiche e persegue l'obiettivo di trasformare i dati digitali in prove utilizzabili nel procedimento penale attraverso un processo articolato in quattro fasi: acquisizione dei dati, esame ed elaborazione, analisi e interpretazione, comunicazione dei risultati.[14]

Il problema di assicurare che il principio del giusto processo[15]

[11] Nel contesto giuridico, i *timestamps* (marcatori temporali) sono metadati che associano un'informazione digitale a un preciso momento cronologico, espresso secondo formati standard (data e ora). Essi consentono di collocare temporalmente eventi informatici quali creazione, modifica o accesso a un dato, contribuendo alla ricostruzione sequenziale dei fatti.

[12] Pittiruti, *Digital Evidence e processo penale*, Torino, 2017, 69 ss

[13] La *digital forensics* (informatica forense) è la disciplina che applica metodologie tecnico-scientifiche all'acquisizione, conservazione, analisi e presentazione in giudizio delle evidenze digitali. Essa riguarda dispositivi, sistemi e dati informatici, con l'obiettivo di ricostruire fatti giuridicamente rilevanti garantendo integrità, autenticità e tracciabilità del dato. Nel procedimento penale, si traduce in attività quali imaging forense, analisi dei metadati e dei log, nel rispetto della *chain of custody* e dei principi di ripetibilità, verificabilità e contraddittorio, incidendo direttamente sulla formazione e valutazione della prova digitale.

[14] Cfr. P. Tonini, L'evoluzione delle categorie tradizionali: il documento informatico, in Cybercrime, cit., 1308; Sul tema S. ATERNO, Acquisizione ed analisi della prova informatica, in Dir. pen. proc., 2008.

[15] De Caro, *Op. cit.*

continui a trovare piena attuazione anche in presenza della prova digitale si configura, pertanto, come una questione di primaria importanza, avvertita tanto a livello nazionale quanto a livello europeo e internazionale. La *digital evidence*, lungi dal rappresentare un fattore di semplificazione del giudizio, impone una rinnovata riflessione sulle categorie tradizionali del diritto processuale penale e sulle modalità di bilanciamento tra esigenze di effettività dell'accertamento e tutela dei diritti fondamentali della persona sottoposta a procedimento.[16]

2. *La prova digitale nel processo penale: natura giuridica, regime e criteri di valutazione*

La progressiva digitalizzazione del procedimento penale, avviata con la riforma attuata mediante il d.lgs. n. 150/2022, ha inciso profondamente sull'assetto strutturale del sistema probatorio.[17] Le disposizioni transitorie di cui all'art. 87 del decreto delegato prevedevano l'adozione di un provvedimento ministeriale volto a disciplinare il deposito telematico degli atti penali, in vista del passaggio esclusivo al Portale dei Servizi Telematici (c.d. APP) e, dunque, alla piena operatività del processo penale telematico. In attuazione di tale previsione è stato emanato il D.M. Giustizia n. 217/2023, entrato in vigore il 14 gennaio 2024, che ha regolamentato il progressivo approdo al deposito esclusivo telematico degli atti del procedimento penale, ai sensi dell'art. 111-bis c.p.p.[18]

La norma codicistica sancisce che il deposito di atti, documenti, richieste e memorie abbia luogo con modalità telematiche, assicuran-

[16] De Marco, *Giustizia predittiva: opportunità, rischi e prospettive alla luce del principio del giusto processo*, Unità e pluralità del sapere giuridico - ISSN 2974-8720.

[17] De Caro - Rossi, *Intelligenza artificiale e giusto processo: itinerari e prospettive tra AI Act e legge n. 132 del 2025*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 15.

[18] Il D.M. Giustizia 29 dicembre 2023, n. 217, nel disciplinare il deposito telematico degli atti penali ai sensi dell'art. 111-bis c.p.p., individua il perfezionamento del deposito nella generazione della ricevuta di accettazione del sistema ministeriale e tipizza le ipotesi di malfunzionamento della piattaforma telematica, subordinando il ricorso a forme alternative di deposito alla previa attestazione ufficiale dell'anomalia da parte dell'amministrazione giudiziaria.

do la certezza – anche temporale – dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché l'identità del mittente e del destinatario. La *ratio* dell'intervento è evidente: l'intero procedimento penale è destinato a svolgersi in un ambiente digitale nativo, nel quale atti e provvedimenti assumono la forma di documenti informatici, generati, trasmessi e conservati all'interno di una piattaforma tecnologica dedicata.

L'uniformazione formale che caratterizza il documento informatico nel processo penale non elide, infatti, una distinzione che conserva un rilievo decisivo sul piano sostanziale: quella tra gli atti nativamente processuali, formati nel corso del procedimento, e i dati digitali di origine extraprocessuale, destinati a essere successivamente acquisiti nel processo. Se i primi vengono a esistenza quali documenti informatici propri dell'attività processuale, i secondi acquistano rilevanza probatoria soltanto attraverso un procedimento di acquisizione conforme alle garanzie previste dall'ordinamento, che ne assicuri l'integrità, l'affidabilità e la corretta incorporazione nel fascicolo processuale digitale.[19]

La prova digitale può essere definita come il dato informatico, o l'insieme strutturato di dati, idoneo a rappresentare fatti giuridicamente rilevanti ai fini dell'accertamento penale.[20] Essa si caratterizza per l'assenza di una corporeità tradizionale, per la replicabilità potenzialmente indefinita senza alterazione apparente e per la necessità di mediazione tecnica per la sua fruizione.[21] Non costituisce, *strictu sensu*, una categoria autonoma di mezzo di prova, ma una modalità tecnologicamente connotata di espressione di mezzi di prova tipici (documenti, intercettazioni, accertamenti tecnici). La sua specificità non è ontologica, bensì metodologica e tecnica.[22]

Nel contesto del processo penale telematico, tale specificità assu-

[19] Rossi, *Digital Evidence e Intelligenza artificiale nel processo penale italiano*, in annali dip. Giuridico Unimol, fascicolo, Napoli; *ex multis* Cuomo, *La prova digitale*, in Canzio - L. Luparia (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2017.

[20] Petrillo, *Prova e giudizio predittivo nel linguaggio giuridico informatizzato dell'AI*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 151.

[21] Sull'argomento si veda Vele e Lazzari, *Tra reati informatici e profili processuali penali nel documento digitale*, Torino, 60, 60 ss.

[22] Sul tema, tra gli altri, Cuomo, *La prova digitale*, in Prova scientifica e processo penale, (a cura di) G. Canzio E L. Luparia Donati, Padova, 2022, 623 ss.

me rilievo sistemico. Mentre gli atti processuali sono formati direttamente all'interno della piattaforma APP, la prova digitale deve essere "importata" dall'esterno.[23] L'acquisizione, specie nell'ambito di perquisizioni e sequestri, implica il rispetto di rigorosi protocolli tecnici: il dato originario deve essere oggetto di duplicazione mediante la formazione di una copia forense, idonea a garantire l'integrità e l'immutabilità del contenuto, nel rispetto delle garanzie difensive e della verificabilità intersoggettiva delle operazioni compiute.[24]

Sotto questo profilo è, dunque, necessario distinguere, tra la formazione della copia forense e il successivo deposito telematico. La prima è attività tecnico-investigativa che incide direttamente sulla genuinità e sull'autenticità della prova; il secondo è un'operazione di trasmissione e caricamento nel portale del procedimento. Non può ipotizzarsi un trasferimento diretto del dato originale nel portale nella fase immediata dell'acquisizione: il passaggio attraverso un supporto contenente la copia forense costituisce presidio imprescindibile di garanzia.[25]

La successiva immissione del contenuto nel portale telematico deve seguire procedure idonee ad assicurare la piena conformità del file caricato rispetto alla copia forense e, a monte, rispetto all'originale dato informatico.[26] L'art. 111-bis, comma 2, c.p.p. garantisce la certezza della trasmissione, della ricezione e dell'identità dei soggetti coinvolti, ma tale previsione attiene al segmento comunicativo del deposito, non al contenuto sostanziale del dato. La certezza dell'avvenuto *upload* non coincide con la certezza dell'integrità del file trasmesso.[27]

Può inferirsi, l'esigenza di strumenti tecnici ulteriori – quali funzioni crittografiche di *hash*[28], marcature temporali, registri di sistema

[23] Daniele, *Caratteristiche della prova digitale,* in Aa.Vv., *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggieri e L. Picotti, Giappichelli, Torino 2011.

[24] Vele e Lazzari, *Tra reati informatici e profili processuali penali nel documento digitale*, Torino 2023, p. 60 ss

[25] S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2019, p. 223 e ss.; Quattrocolo, *Risk assessment: sentencing o non sentencing?*, *Giurisdizione penale: intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano 2021, p. 80

[26] Daniele, *L'acquisizione delle prove digitali dai* service provider*: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Rev. Bras. Direito Processual Penal*, 2019, 1277 ss.; Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2011, 287.

[27] Così, Romeo*, Il dato digitale e la natura delle cose*, in *Diritto, interessi, ermeneutica*, a cura di Ballarini, Torino, 2015, 98.

[28] Le funzioni crittografiche di *hash* consistono in algoritmi matematici idonei a

non alterabili e sistemi di tracciamento delle operazioni – idonei a consentire la verifica dell'identità tra il file caricato nel portale e la copia forense precedentemente formata. In tal modo si rafforza la tutela della conformità del dato informatico[29] inserito nel sistema rispetto alla sua fonte originaria, distinguendo nettamente il momento della formazione della prova da quello della sua trasmissione.

L'introduzione dell'art. 254-ter c.p.p., che disciplina il sequestro di dati informatici e la formazione del duplicato digitale con controllo tecnico delle parti, si inserisce coerentemente in tale quadro. Una volta validamente formato il duplicato, con garanzie di partecipazione e verifica, il successivo caricamento nel portale non dovrebbe porre questioni di legittimità sostanziale, pur richiedendo una disciplina tecnica puntuale che ribadisca le modalità operative necessarie al rispetto delle garanzie.

Sul piano della valutazione probatoria, la prova digitale resta soggetta al principio del libero convincimento *ex* art. 192 c.p.p., ma la sua peculiarità impone un'attenzione specifica ai profili tecnico-scientifici dell'acquisizione e della conservazione. Il giudice è chiamato a valutare non solo il contenuto del dato, ma soprattutto l'affidabilità del procedimento tecnico che ne ha consentito l'emersione processuale: correttezza metodologica, tracciabilità della catena di custodia, ripetibilità delle operazioni, verificabilità delle procedure adottate.[30]

La digitalizzazione integrale del procedimento penale comporta, dunque, un duplice effetto: da un lato, favorisce l'accessibilità e la consultazione delle prove digitali – si pensi alla fruizione diretta di file audio o video senza necessità di supporti esterni – evitando la trasformazione in analogico di dati nativi digitali. Dall'altro, impone un salto culturale e metodologico, poiché l'oggetto della prova non è più il supporto materiale, ma il dato informatico nella sua dimensione logica e tecnica.[31]

In tale scenario, la prova digitale si colloca al centro di un sistema processuale in trasformazione, nel quale la garanzia della conformità,

generare, a partire da un insieme di dati, una sequenza univoca di lunghezza predeterminata (*hash value*), funzionale a garantire l'integrità e l'inalterabilità del contenuto informatico, atteso che ogni modifica del dato originario determina la variazione dell'impronta generata.

[29] In tal senso, sempre Romeo, *Il dato digitale e la natura delle cose*, cit., 99.

[30] In tal senso, Caprioli, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie,* in *Dimensione tecnologica e prova penale*, cit., 45.

[31] Paulesu, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Arch. Pen.*, 2022.

dell'integrità e della tracciabilità del dato diventa elemento essenziale di legittimità probatoria. Il processo penale telematico non si limita a digitalizzare gli atti: esso ridefinisce il paradigma stesso dell'acquisizione e della valutazione della prova, imponendo un'integrazione strutturale tra diritto processuale e competenze tecnico-informatiche.[32]

3. *Intelligenza artificiale e attività investigativa: qualificazione giuridica degli strumenti algoritmici*

La qualificazione giuridica degli strumenti di intelligenza artificiale impiegati nell'attività investigativa costituisce un passaggio decisivo ai fini della determinazione del relativo regime di legittimazione, i limiti di impiego e le conseguenze sul piano probatorio. L'IA, in sé, non rappresenta una categoria giuridica autonoma, bensì un insieme eterogeneo di tecniche computazionali – sistemi *rule-based*, modelli di *machine learning*, reti neurali profonde, strumenti di *data mining* predittivo – che assumono rilievo normativo solo in quanto inserite nel circuito dell'esercizio di poteri pubblici.[33]

Il *punctum dolens* non è, dunque, ontologico ma funzionale: occorre stabilire quale sia la natura giuridica dell'attività svolta mediante algoritmo e quale sia il livello di incidenza sui diritti fondamentali dell'indagato o del terzo coinvolto.[34]

Una prima opzione ricostruttiva qualifica l'IA come mero mezzo tecnico di supporto all'attività investigativa.[35] In questa prospettiva, l'algoritmo opera quale strumento ausiliario, analogo ai *software* forensi o alle banche dati investigative: l'elaborazione automatica dei dati non integra un atto autoritativo, ma costituisce una fase interna dell'istruttoria, priva di autonoma rilevanza provvedimentale.[36] La de-

[32] Al riguardo cfr. Amoroso, *Digital Forensics: la Prospettiva di un Informatico*, in *Sic. e sc. soc.*, 3, 2018, pp. 110-126; S. Golin, *Questioni aperte sull'acquisizione probatoria di dati informatici*, in *Nuove questioni di informatica forense*, cit., pp. 43-60.

[33] Per un'analisi delle specifiche potenzialità espresse dall'AI in termini di profilazione degli utenti si rimanda a F. Lagioia, G. Sartor, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in Federalismi.it, 11, 2020, pp. 89 e ss.

[34] Sul punto cfr. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, cit., pp. 169 e ss

[35] Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in Politica del diritto, 2, 2019, p. 213.

[36] Algeri e Torre, *Aspetti definitori e delimitazione della materia*, in *La decisione penale tra intelligenza emotiva ed intelligenza artificiale*, G.M. Baccari e P. Felicioni (a cura di), Milano, 2023, pp. 96 e ss.

cisione resta imputabile all'autorità procedente, la quale mantiene la piena responsabilità della valutazione finale.[37] Tale impostazione consente di ricondurre l'uso dell'IA nell'alveo degli strumenti atipici di indagine, purché rispettosi dei principi di legalità, proporzionalità e tutela dei diritti inviolabili.[38]

Tuttavia, questa qualificazione si rivela insufficiente nei casi in cui l'algoritmo non si limiti a organizzare informazioni, ma incida in modo determinante sull'individuazione del sospetto, sulla selezione dei soggetti da sottoporre a controllo o sulla priorità investigativa.[39] In tali ipotesi, l'IA assume una funzione sostanzialmente valutativa e orientativa dell'azione pubblica, con effetti potenzialmente lesivi di libertà costituzionalmente garantite.[40] L'algoritmo, pur formalmente neutro, finisce così per assumere una funzione strutturale all'interno del procedimento investigativo.

Una seconda opzione ricostruttiva considera l'IA come modalità tecnica di esercizio del potere investigativo, integrando un atto amministrativo o processuale in forma algoritmica.[41] In questa prospettiva, la qualificazione giuridica non può prescindere dal principio di legalità sostanziale: qualora l'impiego dell'algoritmo determini una compressione significativa di diritti fondamentali (libertà personale, riservatezza, presunzione di innocenza), esso richiede una base normativa chiara e specifica, non potendo essere giustificato mediante clausole generali o poteri impliciti.[42]

La questione si complica ulteriormente nei casi di sistemi ad ap-

[37] De Marco, *Giustizia predittiva: opportunità, rischi e prospettive alla luce del principio del giusto processo*, in Unità e pluralità del sapere giuridico - ISSN 2974-8720.

[38] Maffeo, *Giustizia predittiva e principi costituzionali*, in i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale, riv. quad. online, 12/2019, pp. 1-3.

[39] Sul punto, Gialuz, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., Giurisdizione

[40] Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in Politica del diritto, 2, 2019, p. 213.; Tischbirek, *Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems*, in T. Wischmeyer, T. Rademacher (a cura di), Regulating Artificial Intelligence, Cham, 2020, p. 105

[41] Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (a cura di), Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica, Milano, 2020, 547 ss.

[42] Nagni, *Artificial Intelligence, l'innovativo rapporto di (in)compatibilità fra machina sapiens e processo penale*, in Sistema penale, 2 luglio 2021

prendimento automatico caratterizzati da opacità decisionale.[43] L'assenza di piena spiegabilità incide sulla possibilità di esercitare il contraddittorio e di sindacare l'affidabilità del risultato algoritmico. Ne consegue l'esigenza di qualificare tali strumenti non solo come mezzi tecnici, ma come elementi probatori sottoposti alle regole di formazione e valutazione della prova scientifica. L'*output* algoritmico non può essere considerato intrinsecamente oggettivo: esso dipende dalla qualità dei dati di addestramento, dalle scelte di modellizzazione e dai parametri impostati.

Sotto il profilo sistematico, la qualificazione più coerente appare quella che distingue tra:

a) IA meramente organizzativa o descrittiva, priva di incidenza diretta su diritti fondamentali, riconducibile agli strumenti tecnici interni all'indagine;

b) IA selettiva o predittiva, idonea a orientare in modo determinante l'esercizio del potere investigativo, la quale richiede una disciplina legale specifica e garanzie rafforzate di trasparenza, tracciabilità e verificabilità.

La qualificazione giuridica degli strumenti algoritmici nell'attività investigativa, pertanto, non può dirsi uniforme. Essa deve fondarsi su un criterio funzionale e sostanziale: quanto maggiore è l'incidenza dell'algoritmo sull'individuazione del soggetto e sulla compressione delle libertà fondamentali, tanto più stringente deve essere il presidio di legalità, controllabilità e sindacabilità processuale. L'IA non è mai neutrale sul piano giuridico; diventa tale solo entro un perimetro normativo che ne delimiti rigorosamente le condizioni di impiego.

4. *La L. 132/2025 sull'intelligenza artificiale: principi regolatori e impatto sul procedimento penale*

La crescente rilevanza del tema dell'intelligenza artificiale trova conferma nel significativo fermento legislativo che ha caratterizzato gli ultimi anni, tanto sul piano europeo quanto su quello interno. L'intervento normativo si è sviluppato lungo due direttrici convergenti: da un lato, l'adozione del **Regolamento (UE) 2024/1689**[44] **(c.d.**

[43] Luparia Donati, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in AA.VV., Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale - Convegni di studio «Enrico de Nicola». Problemi attuali di diritto e procedura penale, cit., p. 116.

[44] Regolamento Europeo n. 26 del 5 febbraio 2024, approvato dal Parlamento

AI Act), primo quadro organico sovranazionale di disciplina dei sistemi di intelligenza artificiale; dall'altro, la promulgazione della **legge n. 132 del 2025**, destinata a regolare l'impiego dell'IA nell'ordinamento nazionale.

Il quadro che ne emerge è ambizioso sotto il profilo programmatico, ma presenta rilevanti criticità sul piano della tecnica normativa e, soprattutto, con riferimento ai profili processuali.

La legge n. 132 del 2025 non elabora una definizione autonoma di "sistema di intelligenza artificiale", ma rinvia espressamente all'art. 3, punto 1), del Regolamento (UE) 2024/1689. Tale disposizione qualifica come sistema di IA un sistema automatizzato progettato per operare con livelli di autonomia variabili, eventualmente caratterizzato da adattabilità successiva alla diffusione, e capace, per obiettivi espliciti o impliciti, di dedurre dall'*input* ricevuto come generare output – quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni – idonei a incidere su ambienti fisici o virtuali.

La delimitazione del campo di applicazione dell'*AI Act* ha rappresentato uno dei punti più controversi nel negoziato europeo. La scelta definitoria, volutamente ampia e tecnologicamente neutra, mira a evitare facili elusioni regolatorie; tuttavia, essa solleva perplessità circa la sua effettiva capacità di circoscrivere con chiarezza l'ambito applicativo del regolamento. Non è escluso, infatti, che nella nozione rientrino anche sistemi tradizionalmente non considerati "intelligenti" e già in uso da tempo, con conseguente estensione significativa degli obblighi normativi.

Il legislatore nazionale, aderendo integralmente alla definizione europea, ha optato per una soluzione di armonizzazione piena, ma ha rinunciato a qualunque specificazione ulteriore in relazione ai settori più sensibili, tra cui quello giudiziario.[45]

La legge n. 132 del 2025 definisce il "dato" come qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni, nonché ogni raccolta degli stessi, anche sotto forma di registrazioni sonore, visive o audiovisive.

La nozione è volutamente ampia e coerente con l'ecosistema digitale entro cui operano i sistemi algoritmici, ma assume particolare ri-

europeo in data 13.3.2024: sul regolamento cfr. G. Barone, *Giustizia predittiva e certezza del diritto*, Roma, 2024, 32 ss

[45] Cfr. De Caro, *Le delicate traiettorie dell'Informazione digitale nel processo penale*, in *Arch. Pen*., 2024.

lievo nel settore processuale[46], ove il dato costituisce la materia prima della ricostruzione probatoria.[47]

Quanto ai "modelli di intelligenza artificiale", il legislatore rinvia all'art. 3, punto 63), del Regolamento (UE) 2024/1689, che disciplina i modelli di IA per finalità generali (*general-purpose AI models*): modelli caratterizzati da significativa generalità funzionale, capaci di svolgere un'ampia gamma di compiti distinti e integrabili in molteplici sistemi a valle, indipendentemente dalle modalità di immissione sul mercato. Restano esclusi i modelli utilizzati esclusivamente per attività di ricerca, sviluppo o prototipazione prima della commercializzazione.

L'attenzione riservata ai modelli di uso generale evidenzia la consapevolezza del legislatore circa il ruolo sistemico di tali infrastrutture algoritmiche, destinate a incidere trasversalmente su molteplici ambiti, incluso quello giudiziario.[48]

L'art. 3 della legge n. 132 del 2025 enuncia un articolato catalogo di princìpi generali: rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali, conformità al diritto dell'Unione europea, trasparenza, proporzionalità, sicurezza, protezione dei dati personali, riservatezza, accuratezza, non discriminazione, parità di genere e sostenibilità.[49]

Particolare enfasi è posta sulla necessità di assicurare la sorveglianza e l'intervento umano (*human oversight*), nonché sul divieto di utilizzo dei sistemi di IA in modo tale da pregiudicare lo svolgimento democratico della vita istituzionale e politica, l'autonomia delle istituzioni territoriali e la libertà del dibattito pubblico da interferenze illecite.

Tali enunciazioni assumono indubbio rilievo simbolico e sistematico. Tuttavia, esse si collocano prevalentemente sul piano programmatico.[50] La tecnica normativa adottata – caratterizzata da numerosi

[46] Gialuz, *Quando il processo penale incontra l'intelligenza artificiale: luci ed ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, cit.

[47] Balsamo, *L'impatto dell'intelligenza artificiale nel settore giustizia,* in www.sistemapenale, cit., 1; sul tema regolamento europeo cfr. anche Barone, *Giustizia predittiva e certezza del diritto*, cit., 9 ss.

[48] Kostoris*, Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione, in Sistema penale, 2021, 1 s*; ID, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale,* in *DisCrimen*, 5.2.2024

[49] Luparia Donati*, Prova giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura*¸in *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale* a cura di Sallantin e Szxczeciniarz, Milano, 2005, XIV; Paulesu, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i princip*i, in *Arch. Pen*., 2022

[50] Quattrocolo, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della*

rinvii a successivi interventi attuativi e da ampie deleghe al Governo – rischia di tradurre i princìpi in formule generali prive di immediata operatività.

Con specifico riferimento al settore giudiziario, l'art. 15 della legge n. 132 del 2025 individua alcuni punti cardine:

- È sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti.
- Il Ministero della giustizia disciplina l'impiego dei sistemi di IA per l'organizzazione dei servizi giudiziari, la semplificazione del lavoro e le attività amministrative accessorie.
- Fino alla piena attuazione del Regolamento (UE) 2024/1689, la sperimentazione e l'impiego dei sistemi di IA negli uffici giudiziari ordinari sono autorizzati dal Ministero della giustizia, sentite le autorità nazionali competenti.

La disposizione riafferma, in modo netto, il principio della riserva di decisione al giudice, escludendo che l'algoritmo possa sostituirsi all'organo giurisdizionale nella valutazione giuridica e probatoria.[51] Tuttavia, essa si limita a delineare un assetto organizzativo e autorizzatorio, senza affrontare i profili più delicati sotto il profilo processuale.

Ciò che emerge da una lettura sistematica, è l'assenza di una disciplina specifica relativa all'utilizzabilità processuale delle informazioni generate o elaborate mediante sistemi di intelligenza artificiale.[52] La legge non affronta espressamente: la qualificazione dell'output algoritmico ai fini probatori; le modalità di acquisizione e documentazione del funzionamento del sistema; le garanzie di controllabilità e verificabilità tecnica; l'effettività del contraddittorio nella formazione della prova.

La produzione di informazioni utilizzabili per la ricostruzione del fatto nel procedimento penale non è un segmento neutro dell'attività investigativa o giudiziaria.[53] Se l'algoritmo incide sulla selezione dei

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Revista Italo-Espanola de Derecho Procesal*, 2019, 2 ss.

[51] Cesari, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale. Un orizzonte denso di incognite*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, cit., 1170

[52] Caprioli, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie, in Dimensione tecnologica e prova penale,* cit., 49 e 50

[53] Esempi sono reperibili in A. Pellegrino, *Il metaverso e i suoi riflessi attuali e futuri sui reati, sui processi e sulle indagini di polizia giudiziaria*, in *Arch. n. proc. pen*., 2024, p. 10 ss.

dati rilevanti, sulla loro correlazione o sulla formulazione di inferenze, esso entra nel cuore del procedimento probatorio.

Eppure, il testo normativo sembra presupporre che il problema probatorio non si ponga, o che possa essere assorbito nell'ambito dei princìpi generali di trasparenza e controllo umano. Una simile impostazione appare riduttiva. Le insidie derivanti dalla mancata conoscenza delle modalità di funzionamento delle macchine – specie nei sistemi ad apprendimento automatico caratterizzati da opacità decisionale – non costituiscono mere preoccupazioni speculative, ma incidono direttamente sulle garanzie del giusto processo, sulla parità delle armi e sulla possibilità di sindacare l'affidabilità della fonte di prova.[54]

Il recente intervento legislativo testimonia la consapevolezza del legislatore circa la portata trasformativa dell'intelligenza artificiale. Tuttavia, a fronte di un impianto definitorio e di un'articolata enunciazione di princìpi, permane una significativa lacuna in ordine alla disciplina processuale dell'IA.[55]

L'impressione è che il legislatore abbia privilegiato una regolazione di cornice, rinviando a futuri interventi attuativi la soluzione delle questioni più complesse. In ambito giudiziario, ciò si traduce in una sostanziale delega in bianco, priva di indicazioni puntuali sulle modalità di integrazione degli strumenti algoritmici nel sistema delle garanzie processuali.

Ne deriva l'esigenza, sul piano interpretativo e sistematico, di colmare tali vuoti attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme vigenti, capace di ricondurre l'impiego dell'IA entro il perimetro dei princìpi del giusto processo e della piena sindacabilità della prova. Solo in tal modo l'innovazione tecnologica potrà conciliarsi con la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

5. *Il ruolo del giudice dinanzi al dato digitale*

L'irruzione degli strumenti algoritmici nello spazio processuale penale impone un rigoroso vaglio di compatibilità rispetto all'impianto epistemologico e garantistico che sorregge il codice di procedura penale italiano. L'ordinamento processuale è strutturato attorno a un

[54] Tuzet, *Prova e probabilità*, in Id., *La prova ragionata*, Milano, 2023, 244 ss.

[55] Sulle peculiarità della prova basata sull'intelligenza artificiale (che «non è soltanto una prova scientifica o, meglio, una prova informatica»), v. Gialuz, *Prove fondate sull'intelligenza artificiale e diritti fondamentali*, in *Dirittodidifesa.eu*, 15 gennaio 2025.

modello di giudizio razionale, motivato e integralmente controllabile[56], nel quale l'autorità giudiziaria – quale *dominus* del processo – deve pervenire alla decisione attraverso un percorso argomentativo personale, esplicito e verificabile.[57] La decisione giurisdizionale non può essere l'esito automatico di un'elaborazione eterodiretta, sottratta alla piena intelligibilità critica.

Il primo parametro normativo che viene in rilievo è l'art. 192 c.p.p., che consacra il principio del libero convincimento del giudice, vincolandolo ai "*criteri della logica, dell'esperienza e della ragionevolezza*". L'eventuale affidamento a modelli algoritmici connotati da opacità strutturale – quali i sistemi di machine learning a funzionamento *black box*[58] – rischia di svuotare tale principio della sua *ratio*. Il convincimento cesserebbe di essere "libero" per trasformarsi nel recepimento, sostanzialmente acritico, di un risultato generato da un procedimento inferenziale non ricostruibile.

La tradizione giurisprudenziale di legittimità, che esclude la possibilità per il giudice di recepire *sic et simpliciter* il contenuto della perizia senza autonoma valutazione critica, rappresenta un argine significativo: se non fosse consentita una delega epistemica al perito, a fortiori non sarebbe ammissibile una delega radicale a una procedura informatica non scrutinabile nei suoi presupposti logici e nei dati di addestramento.[59]

In parallelo, gli artt. 190 ss. c.p.p., in attuazione dell'art. 111 Cost., impongono che ogni elemento idoneo a concorrere alla formazione del convincimento giudiziale sia sottoponibile al vaglio dialettico del contraddittorio.[60] Il contraddittorio non è una formalità, ma una con-

[56] Cortese, *Verso un codice etico dell'intelligenza artificiale in magistratura?,* in Federalismi.it, 2022, n. 4.

[57] Simoncini, *Costituzione e algoritmi. Stato di diritto e tecnologie digitali nella democrazia costituzionale*, Bologna, 2022.

[58] Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge (MA), 2015.

[59] Cfr. Cesari, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale. Un orizzonte denso di incognite*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, cit., 1170; su tale argomento cfr. Daniele, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in Negri, Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose al contraddittorio*, Giappichelli, 2017, 133.

[60] Il riferimento qui è soprattutto al contraddittorio nella formazione della prova. Sul valore del contraddittorio e sulla sua particolare attitudine alla formazione di dati probatori la letteratura è amplissima, sicchè ogni tentativo di completa ricostruzione della dottrina sarebbe complicata. Per una panoramica generale cfr. per tutti, AA.VV., *Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno in

dizione epistemica: contraddire significa comprendere, replicare, confutare. L'impiego di algoritmi non trasparenti, nei quali né i dataset né le logiche inferenziali risultano accessibili o verificabili, incide direttamente su tale presupposto. Ciò che non è comprensibile non è criticabile; ciò che non è criticabile non può assurgere, nel processo penale, a base legittima del convincimento giudiziale.

La questione assume rilievo ancora maggiore ove si consideri l'obbligo di motivazione della sentenza ex art. 546 c.p.p. La motivazione costituisce la garanzia strutturale della razionalità e della controllabilità dell'esercizio della giurisdizione. Essa consente alle parti e al giudice dell'impugnazione di verificare la coerenza del percorso logico-giuridico seguito. Se la decisione si fondasse su un *output* algoritmico non spiegabile, verrebbe meno la possibilità stessa di rendere conto del procedimento inferenziale sotteso. Una motivazione che si limiti a registrare l'esito di un calcolo algoritmico integrerebbe una motivazione meramente apparente: formalmente esistente ma sostanzialmente priva di reale contenuto argomentativo.[61] La giurisdizione, ridotta a certificazione di un risultato automatico, perderebbe la propria dimensione deliberativa.

L'interferenza con la struttura garantista del processo emerge altresì in relazione all'art. 533 c.p.p., che consente la pronuncia di condanna solo quando la colpevolezza sia provata oltre ogni ragionevole dubbio.[62] L'algoritmo opera tipicamente mediante logiche probabilistiche e correlazionali, fondate su *pattern* statistici e inferenze indutti-

memoria di Vincenzo Cavallari, Ferrara 13-15.10.2000, Milano, 2001; Cavallari, *Contraddittorio (dir, proc. pen.),* in *Enc. dir.,* IX, Milano, 1961, 728 ss.; Conti, voce "*Giusto processo b) Diritto processuale penale*", in *Enc. dir.,* V agg., Milano, 2001, 633 ss.; Dalia, *Le regole normative per lo studio del contraddittorio nel processo penale*, Napoli, 1970; De Caro, *Voce Dibattimento (principi generali del)*, in *Digesto on-line*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2013; De Francesco, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana*, Milano, 2005; Ferrua, *Il giusto processo*, cit.; Giostra, *Contraddittorio (principio del*), cit, agg. 2001, 1 ss. e app. agg. 2002, 5 ss.; Id, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in Pol. dir., 1986, 15 ss.; Tonini, *Il principio del contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in Dir. pen. proc. 2000; Ubertis, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen,* 2002, 1182 ss.; sul contraddittorio con particolare riferimento alla sentenza n. 361 del 1988 della Corte costituzionale cfr. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, 850 ss.

[61] Gallo, *La motivazione "artificiale",* in Arch. Pen, 2025.

[62] Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016.

ve. Tuttavia, la soglia del "ragionevole dubbio" non coincide con un coefficiente numerico di probabilità, né può essere ridotta a un *output* predittivo.[63] Essa è una soglia qualitativa, radicata in un giudizio argomentativo complessivo sulla tenuta dell'ipotesi accusatoria. L'introduzione surrettizia di criteri probabilistici rischierebbe di alterare la natura epistemica del giudizio penale, trasformando la decisione in un calcolo di verosimiglianza statistica incompatibile con la presunzione di innocenza.

Un ulteriore profilo critico concerne il principio di personalizzazione del giudizio, che permea l'intero codice, specie nella valutazione del fatto e della persona dell'imputato. Il processo penale è strutturalmente orientato all'individualizzazione: la responsabilità è personale e il giudizio deve tener conto della concreta vicenda storica e della specificità del soggetto. L'algoritmo, per contro, tende a generalizzare, classificare e predire sulla base di dati aggregati. La riconduzione del singolo a categorie statistiche comporta il rischio di una omologazione incompatibile con la logica personalistica del sistema penale.

Il confronto tra universo algoritmico e diritto processuale penale evidenzia, dunque, una tensione strutturale. L'architettura del codice erige barriere robuste contro ogni forma di automatizzazione decisionale: libero convincimento, contraddittorio effettivo, obbligo di motivazione e standard probatorio "oltre ogni ragionevole dubbio" costituiscono presìdi che presuppongono un giudizio umano, razionale e responsabile.[64]

Ne consegue che l'algoritmo può trovare spazio nel processo solo quale strumento ausiliario, sottoposto a piena controllabilità e trasparenza, e mai quale surrogato della funzione giurisdizionale. La decisione, nel nostro ordinamento, resta un atto irriducibilmente umano: l'algoritmo può assistere l'intelletto del giudice, ma non può sostituir-

[63] Manes, *Giustizia artificiale. Siamo davvero disposti ad essere giudicati da un algoritmo?*, in *Dirittodidifesa.eu*, 3 dicembre 2024, sottolinea che «il "ragionevole dubbio" imposto come criterio delle regola BARD, come sappiamo, non è solo "regola di giudizio", ma è, innanzitutto, "metodo di accertamento del fatto", che impone al giudice penale di iscrivere la propria valutazione nella "dialettica del dubbio"; ed appare francamente difficile, se non impossibile, ritenete che un software sia in grado non già di censire ed individuare una situazione di dubbio – giacché questo, forse, potrebbe essere in grado di farlo – bensì di valutare se il dubbio sia, o meno, "ragionevole"».

[64] De Caro, *Op. cit.*

lo; può offrire elementi di supporto, ma non può trasformarsi nel titolare occulto della scelta decisoria.[65]

6. *Verso un modello giuridico di governance dell'intelligenza artificiale nella prova penale*

L'entrata in vigore della Legge 23 settembre 2025, n. 132[66], rappresenta un passaggio di particolare rilevanza nel processo di regolazione del rapporto tra intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale. La normativa si colloca nel solco del quadro europeo delineato dall'***AI Act*** [67] (Reg. UE 2024/1689), ma assume una portata che trascende il mero adeguamento sovranazionale, proponendo un modello di governance dell'IA fondato sulla centralità della persona e sulla preservazione della funzione costituzionale del giudice.

L'architettura della legge evidenzia una *ratio* orientata alla tutela dei diritti fondamentali e alla salvaguardia delle garanzie proprie del giusto processo. I principi di trasparenza, proporzionalità, sicurezza, non discriminazione e protezione dei dati personali non operano esclusivamente quali criteri tecnici di regolazione dei sistemi algoritmici, ma assolvono alla funzione di limiti sostanziali entro cui l'impiego dell'intelligenza artificiale può ritenersi compatibile con l'esercizio della giurisdizione.[68] In tale prospettiva, l'art. 1 della legge, nel richiamare la necessità di un utilizzo "corretto, trasparente e responsabile" dell'IA, riafferma il carattere necessariamente strumentale della tecnologia rispetto alla decisione giudiziaria, escludendo qualsiasi ipotesi di sostituzione della valutazione umana.

La centralità del magistrato emerge con particolare evidenza nell'art. 15 della L. 132/2025, disposizione che individua il limite struttu-

[65] Nagni, *Artificial Intelligence, l'innovativo rapporto di (in)compatibilità fra macchina sapiens e processo penale*, in Sistema penale, 2021.

[66] La Legge 23 settembre 2025, n. 132, *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, è il primo intervento di adattamento alla normativa europea del legislatore italiano, di una serie che si annuncia, già nella stessa legge, molto lunga e articolata. La disposizione citata è enunciata all'art. 25 co. 1 lett. a).

[67] L'*AI Act*, prima disciplina organica dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale, introduce un sistema regolatorio fondato sul criterio del rischio, volto a garantire tutela dei diritti fondamentali, sicurezza e fiducia dei cittadini. La normativa prevede obblighi più rigorosi per i sistemi qualificati come "ad alto rischio" e vieta le applicazioni ritenute di rischio inaccettabile.

[68] Sul punto, Gialuz, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., Giurisdizione

rale del ricorso all'intelligenza artificiale nell'ambito processuale. La norma riserva, infatti, in via esclusiva al giudice le attività concernenti l'interpretazione e l'applicazione della legge, la valutazione dei fatti e delle prove e l'adozione dei provvedimenti. Si tratta di una previsione che recepisce un principio di matrice costituzionale: la funzione giurisdizionale implica responsabilità personale, capacità argomentativa e dovere di motivazione, elementi incompatibili con forme di automatizzazione del giudizio.[69]

Il magistrato conserva così il ruolo di centro decisionale del processo, quale soggetto chiamato a valutare criticamente gli elementi probatori e ad assumere in via diretta la responsabilità del *decisum*.

L'impianto penalistico della riforma conferma tale indirizzo. L'introduzione dell'art. 612-quater c.p.[70], volto a reprimere la diffusione di contenuti manipolati mediante sistemi di IA, appare funzionale alla tutela dell'autenticità del materiale probatorio e, più in generale, dell'affidabilità epistemica del processo. La manipolazione algoritmica delle fonti di prova non incide soltanto sulla posizione della vittima, ma compromette la stessa capacità del giudice di fondare il proprio convincimento su elementi verificabili e attendibili. Analogamente, l'aggravante prevista dall'art. 61 c.p. per i reati commessi mediante sistemi di intelligenza artificiale[71] risponde all'esigenza di fronteggiare la maggiore offensività e opacità di condotte rese più pervasive dall'impiego tecnologico.

Particolarmente significativa risulta, inoltre, la delega prevista dall'art. 16 della legge[72], concernente la futura disciplina delle moda-

[69] Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in Ruffolo (a cura di), Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica, Milano, 2020, 547 ss.

[70] L'art. 612-quater c.p., introdotto nel 2025, incrimina la diffusione non consensuale di contenuti generati o manipolati mediante sistemi di intelligenza artificiale – inclusi i *deepfake* – quando da tale condotta derivi un ingiusto danno per la persona ritratta o rappresentata. La disposizione prevede la reclusione da uno a cinque anni e una multa tra €10.000 e €50.000, con aggravamenti in presenza di specifiche circostanze.

[71] La novella ha introdotto una circostanza aggravante comune, prevedendo – all'art. 61, n. 11decies, c.p. – un aumento di pena, pari ad un terzo, laddove il fatto venga commesso «mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, quando gli stessi, per la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato».

[72] L'art. 16 della L. 23 settembre 2025, n. 132, conferisce al Governo una delega legislativa per l'adozione, entro dodici mesi, di uno o più decreti legislativi volti a di-

lità di trattamento dei dati e dei processi di addestramento algoritmico. Sebbene formalmente orientata a profili organizzativi e tecnici, la disposizione assume rilievo sistematico in quanto riconosce implicitamente la necessità di assicurare al giudice strumenti di comprensione e controllo dell'attività algoritmica. La previsione relativa alla specializzazione delle sezioni giudiziarie e alla definizione delle tutele risarcitorie e inibitorie evidenzia come l'evoluzione tecnologica richieda una giurisdizione capace di confrontarsi criticamente con sistemi complessi e potenzialmente opachi.

Muovendo da tali premesse, assume rilievo centrale il principio del divieto di automatismi decisionali (*automation bias*), espressamente richiamato dal legislatore in connessione con i principi costituzionali del giusto processo e della soggezione del giudice soltanto alla legge ex art. 101 Cost. Una decisione fondata su elaborazioni algoritmiche non verificabili determinerebbe infatti una compromissione tanto del diritto di difesa quanto dell'obbligo di motivazione, trasformando il giudice in mero recettore dell'output tecnologico. La motivazione giudiziale, invece, conserva la propria funzione soltanto ove rappresenti il risultato di un percorso argomentativo autonomo, criticamente elaborato e pienamente controllabile.

Le criticità derivanti dall'utilizzo non governato dell'intelligenza artificiale hanno trovato conferma anche nella più recente Giurisprudenza di legittimità: Con la *sentenza n. 34481 del 22 ottobre 2025*, la Corte di Cassazione ha evidenziato il rischio che l'impiego di strumenti informatici avanzati nella redazione dei provvedimenti possa determinare fenomeni di "eterodeterminazione" del giudizio, mediante il ricorso a contenuti acquisiti aliunde e non adeguatamente verificati dal magistrato. Secondo Suprema Corte, tale dinamica corrode e compromette direttamente l'indipendenza e la terzietà della funzione giurisdizionale, poiché il giudice che rinuncia all'esercizio del proprio discernimento abdica alla funzione costituzionalmente attribuitagli.

Analoga impostazione emerge dalla *sentenza n. 25455/2025*, con la quale il Giudice di legittimità ha annullato una decisione fondata su precedenti giurisprudenziali inesistenti o non verificabili, verosimilmente generati da sistemi intelligenti. La Cassazione ha chiarito che la verificabilità delle fonti costituisce presupposto imprescindibile della legittimità della motivazione, non essendo ammissibile una decisione costruita su contenuti alterati, ignoti o privi di attendibilità. Anche

sciplinare l'utilizzo di dati, algoritmi e metodi matematici nell'addestramento dei sistemi di intelligenza artificiale, nel rispetto del regolamento (UE) 2024/1689 e dei principi di proporzionalità, trasparenza e tutela dei diritti fondamentali.

sotto tale profilo, la giurisprudenza riafferma che l'intelligenza artificiale può operare esclusivamente quale strumento ausiliario dell'attività giudiziaria, senza incidere sull'autonomia critica e valutativa che caratterizza l'esercizio della giurisdizione.

7. *Considerazioni conclusive*

L'impiego dell'intelligenza artificiale nel processo penale non rappresenta una mera innovazione tecnologica destinata a incidere sull'organizzazione degli uffici giudiziari o sulle modalità di gestione dell'attività processuale.[73] Esso investe, più profondamente, il paradigma stesso della giurisdizione, imponendo una riflessione sul rapporto tra tecnica, potere e garanzie costituzionali. La questione centrale non consiste, pertanto, nello stabilire se gli strumenti algoritmici possano essere impiegati nell'amministrazione della giustizia, bensì nell'individuare le condizioni giuridiche entro le quali tale impiego possa ritenersi compatibile con il modello di giusto processo delineato dall'art. 111 Cost. e dai principi sovranazionali che ne costituiscono il naturale completamento.

In questa prospettiva, l'errore metodologico più ricorrente consiste nel contrapporre efficienza e garanzie come valori tra loro incompatibili. Una simile impostazione appare riduttiva, poiché la trasformazione digitale del processo non costituisce un fine dell'ordinamento, ma uno strumento destinato a realizzare in modo più efficace le finalità proprie della funzione giurisdizionale.[74] L'innovazione tecnologica, pertanto, non introduce un autonomo criterio di legittimazione dell'esercizio del potere giudiziario, ma rimane integralmente assoggettata ai principi costituzionali che disciplinano il processo penale nello Stato di diritto. *Instrumentum regni* non può divenire ciò che, per sua natura, deve rimanere semplice *instrumentum iuris*.

L'evoluzione dei sistemi di intelligenza artificiale, tanto nella loro dimensione predittiva quanto in quella generativa, rende tale esigenza ancora più evidente. La crescente capacità degli algoritmi di analizzare enormi quantità di dati, elaborare modelli decisionali e formulare

[73] Orrù, *Giustizia predittiva ed efficienza del sistema*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1/2025, 1-17. Algeri, *Giustizia predittiva: intelligenza artificiale e processo penale in Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche,* Napoli, 2022.

[74] Cortese, *Verso un codice etico dell'intelligenza artificiale in magistratura?* in Federalismi.it, 2022, n. 4.

soluzioni interpretative non modifica la natura della funzione giurisdizionale, ma rende ancor più necessario preservarne l'autonomia.[75] Quanto più sofisticati divengono gli strumenti tecnologici, tanto maggiore è la responsabilità del giudice nell'esercitare un controllo critico sul loro impiego, evitando che l'autorità della decisione venga progressivamente sostituita dall'autorevolezza soltanto apparente del calcolo statistico.

È proprio sul terreno della responsabilità che emerge la distanza ontologica tra l'attività algoritmica e la decisione giurisdizionale. L'intelligenza artificiale è in grado di elaborare correlazioni, formulare previsioni e restituire risultati probabilistici; non interpreta, tuttavia, il significato costituzionale delle norme, non assume la responsabilità delle proprie elaborazioni e non è chiamata a giustificare le conseguenze giuridiche delle proprie conclusioni. La decisione giudiziaria, *ex adverso*, trova la propria legittimazione nella motivazione, ossia nella capacità di rendere intellegibile il percorso logico e giuridico che conduce alla soluzione della controversia, esponendolo al controllo delle parti, della collettività e degli organi dell'impugnazione. *Motivatio est anima iudicii*: è nella motivazione che la giurisdizione manifesta la propria razionalità e la propria legittimazione democratica.

Ne consegue che la funzione del giudice non risulta ridimensionata dall'affermazione dell'intelligenza artificiale, ma, per certi aspetti, ulteriormente valorizzata. Il magistrato rimane l'unico soggetto costituzionalmente legittimato a trasformare il dato tecnico in valutazione giuridica, distinguendo la probabilità empirica dalla certezza processuale, il criterio statistico dalla rilevanza normativa e l'efficienza organizzativa dalla tutela effettiva dei diritti fondamentali. La discrezionalità interpretativa, il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti e la responsabilità della decisione continuano, infatti, a rappresentare prerogative insuscettibili di delega algoritmica.

Muovendo da tali premesse, la giurisdizione assume una funzione che trascende il mero esercizio della potestà decisoria, configurandosi quale presidio della legalità costituzionale nei confronti del rischio di una progressiva tecnicizzazione del potere. Il pericolo non risiede nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale in quanto tale, bensì nella pos-

[75] In argomento v. Severino, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 531 ss.; v, anche, Diddi, *E-Evidence. Data Base. Digital Investigation e Ai*, Pisa, 2025, 39 ss.; sulla necessità di fronteggiale lo «"tsunami digitale"», v. Maldonato, *Risk and need assessment tools e riforma del sistema sanzionatorio: strategie collaborative e nuove prospettive*, in *Discrimen.it*, 18 ottobre 2022, 25.

sibilità che la razionalità algoritmica venga surrettiziamente assunta quale parametro autonomo di legittimazione della decisione giudiziaria, alterando l'equilibrio tra diritto, discrezionalità interpretativa e controllo democratico. La supremazia della legge non può essere sostituita dalla prevalenza del dato statistico, né il principio di legalità può essere subordinato alle logiche proprie dell'automazione decisionale.

Da ciò deriva l'esigenza di costruire un modello di giustizia digitalmente avanzato ma costituzionalmente governato, nel quale l'innovazione tecnologica sia accompagnata da un sistema multilivello di garanzie capace di assicurare la trasparenza degli strumenti algoritmici, la verificabilità dei processi decisionali, la qualità dei dati impiegati, la prevenzione dei fenomeni discriminatori e l'effettività di un controllo umano significativo. L'efficienza dell'algoritmo, infatti, non coincide necessariamente con la giustizia della decisione: soltanto una governance della tecnologia fondata sui principi di legalità, proporzionalità, trasparenza e responsabilità può impedire che l'opacità del codice sostituisca quella, ben più garantita, dell'interpretazione giuridica.

La sfida che attende gli ordinamenti contemporanei consiste, dunque, non nel contrapporre uomo e tecnologia, bensì nel ricondurre quest'ultima entro l'orizzonte assiologico dello Stato costituzionale di diritto. L'intelligenza artificiale potrà certamente contribuire a rendere la giustizia più efficiente, più accessibile e più tempestiva; nondimeno, la sua legittimazione dipenderà sempre dalla capacità dell'ordinamento di preservare la centralità della persona, la pienezza del contraddittorio, la controllabilità della decisione e la responsabilità del giudice.

In definitiva, il futuro della giurisdizione non sarà determinato dalla capacità delle macchine di imitare il ragionamento umano, ma dall'idoneità del diritto a governare criticamente il progresso tecnologico senza rinunciare ai propri valori fondativi. *Ubi ius, ibi persona*: se il diritto continua ad avere quale propria ragion d'essere la tutela della dignità dell'individuo, anche l'innovazione tecnologica dovrà rimanere strumento dell'uomo e mai criterio autonomo di esercizio del potere. È proprio nella capacità di ricondurre la tecnica entro i confini della Costituzione che si misura, oggi, la tenuta dello Stato di diritto e la concreta attuazione del principio del giusto processo nell'era digitale.

Giacomina Esposito

Verso un nuovo paradigma della tutela penale dell'ambiente? Il recepimento della direttiva (UE) 2024/1203 nell'ordinamento italiano

Abstract

Il contributo analizza l'evoluzione della tutela penale dell'ambiente, dal riconoscimento costituzionale del bene ambientale al progressivo rafforzamento degli strumenti penalistici. Particolare attenzione è dedicata alla Direttiva (UE) 2024/1203, che introduce un modello più organico e incisivo di contrasto alla criminalità ambientale. L'analisi si concentra quindi sul recepimento italiano mediante il d.lgs. 81/2026, esaminandone le principali innovazioni in materia di reati ambientali, responsabilità degli enti e coordinamento istituzionale.

This paper examines the evolution of environmental criminal law, from the constitutional recognition of the environment as a legally protected interest, through to the progressive strengthening of legal protections. Particular attention is given to Directive (EU) 2024/1203, which establishes a more comprehensive and effective framework for tackling environmental crime. The analysis then turns to its implementation in Italy via Legislative Decree No. 81/2026, examining the key innovations relating to environmental offences, corporate liability and institutional coordination.

Parole chiave: Tutela penale dell'ambiente · Criminalità ambientale · Direttiva (UE) 2024/1203 · D.lgs. 81/2026 · Responsabilità degli enti
Keywords: Environmental criminal law · Environmental crime · Directive (EU) 2024/1203 · Legislative Decree No. 81/2026 · Corporate liability

Sommario: 1. L'ambiente quale bene giuridico costituzionalmente tutelato 1.1. Cenni sull'evoluzione della tutela penale dell'ambiente 2. L'evoluzione della politica criminale europea: dalla direttiva 2008/99/CE alla direttiva 2024/1203 – 2.1 I limiti della Direttiva 2008/99/CE e le ragioni della riforma 2.2 La direttiva (UE) 2024/1203: il nuovo modello europeo di tutela penale – 3. Il recepimento italiano della Direttiva: il d.lgs. 81/2026 – 3.1 Le modifiche al sistema dei reati ambientali – 3.2 Gli strumenti di coordinamento istituzionale – 3.3 Le modifiche alla responsabilità degli enti – 4. Riflessioni conclusive

1. *L'ambiente quale bene giuridico costituzionalmente tutelato*

Il tema della tutela dell'ambiente ha da tempo assunto rilevanza ed attenzione crescenti tanto nella coscienza collettiva quanto in am-

bito giuridico. Così, l'"ambiente" ha progressivamente acquisito dignità di autonomo bene giuridico, di pari passo con il consolidarsi della convinzione in merito alla necessità e meritevolezza di una sua protezione.

La ricostruzione organica del significato che il legislatore italiano ha inteso dare all'ambiente, quale oggetto di tutela giuridica, ha costituito uno dei punti maggiormente problematico dell'intera materia[1].

Fino alla modifica dell'art. 117 Cost., introdotta ad opera della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, non esisteva alcuna disposizione nella nostra Costituzione che indicasse espressamente l'ambiente come oggetto diretto di protezione[2]. La lacuna costituzionale è stata però colmata, nel tempo, da dottrina e giurisprudenza[3] che, già prima del 2001, hanno ricercato principi che potessero offrire comunque un fondamento ed una garanzia costituzionale alla sempre crescente domanda sociale di protezione dell'ambiente naturale.

Con la riforma dell'art 117 Cost., la nozione di ambiente è entrata espressamente e a pieno titolo in Costituzione, con la formula: "*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*".

Nonostante tale intervento legislativo, però, la tutela dell'ambiente non si è potuta intendere definitivamente costituzionalizzata fino

[1] Sul punto, si veda C. Bernasconi, *Il reato ambientale: Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, 21 che rinvia a E. Capaccioli, F. Dal Piaz, *Ambiente (tutela dell'). Parte generale e diritto amministrativo*, in *Noviss. dig. it*., App., I, Torino, 1980, 258; M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova, 1996, 1 ss.

[2] Sul punto cfr., tra i tanti, E. Dolcini, G. Marinucci, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1994, 348 ss., nonché, M. P. Chiti, *Ambiente e Costituzione europea, in Ambiente e diritto*, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, Firenze, 1999, I, 133 ss.

[3] In tale prospettiva, si è ritenuto che il riconoscimento del bene ambiente potesse avere una prima base nell'art. 2 Cost, in forza del quale "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", e nell'art. 9, comma 2, secondo cui "la Repubblica (…) tutela il paesaggio e il patrimonio artistico della Nazione", se letti in combinazione con altre norme costituzionali e in particolare con l'art. 32, comma 1, che tutela "la salute come fondamentale diritto dell'individuo". Le Sezioni unite della Corte di Cassazione, con sentenza n 5172 del 6 ottobre 1979, in Giur. it., 1980, I, 859 ss, affermarono che "*il diritto alla salute piuttosto (e oltre) che un mero diritto alla vita e all'incolumità fisica si configura come diritto all'ambiente salubre*". La stessa argomentazione fu poi ripresa nella giurisprudenza costituzionale nel riconoscere le esigenze di protezione ambientale come ad un valore primario e fondante dell'ordinamento giuridico (In questo senso cfr., anche tra le altre, Corte cost., 15 novembre 1988, n. 1029, in Giur. cost., 1988, 4935; Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 67, in Giur. cost., 1992, 377).

alla più recente modifica degli artt. 9 e 41 Cost. per effetto della legge costituzionale dell'11 febbraio 2022, n. 1[4].

La riforma interviene, in particolare, su due disposizioni tra loro strettamente connesse: da un lato, inserisce la tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione; dall'altro, ne valorizza la portata nell'ambito della disciplina costituzionale dell'iniziativa economica.

Sotto il primo profilo, all'art. 9 Cost. viene aggiunto un nuovo comma, che attribuisce alla Repubblica la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, affiancandola alla già prevista tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione. La medesima disposizione introduce, inoltre, un espresso riferimento alla tutela degli animali, demandando alla legge dello Stato la disciplina delle relative forme e modalità.

La portata della riforma non si esaurisce, tuttavia, nell'inserimento della tutela ambientale tra i principi fondamentali, ma trova un significativo completamento nelle modifiche apportate all'art. 41 Cost., attraverso le quali tale valore viene posto in relazione con l'esercizio dell'iniziativa economica. In particolare, il secondo comma stabilisce ora che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente, anteponendo tali limiti a quelli già previsti della sicurezza, della libertà e della dignità umana. La modifica del terzo comma, invece, attribuisce alla legge il compito di determinare programmi e controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata non soltanto a fini sociali, ma anche ambientali[5].

1.1 *Cenni sull'evoluzione della tutela penale dell'ambiente*

La progressiva affermazione dell'ambiente quale bene giuridico di primaria rilevanza ha determinato, parallelamente, l'esigenza di predi-

[4] S. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13/2022, 187-212; ID., *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, 441; In chiave penalistica, C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, in G. Dodaro, O. Dova, C. Pecorella, C. Ruga Riva (a cura di), *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, 2022, 185-198.

[5] Per un approfondimento si veda CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZIO STUDI – DIPARTIMENTO ISTITUZIONI, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, Dossier, XVIII legislatura, A.C. 3156

sporre strumenti di tutela sempre più incisivi, tra i quali ha progressivamente assunto rilievo anche il diritto penale.

La regolamentazione dell'ambiente "ha posto il diritto in difficoltà da molti punti di vista, trovandolo impreparato di fronte a problemi che ne scardinavano consolidate certezze"[6], tanto che il primo approccio dell'ordinamento italiano è stato frammentario e spesso inefficace.

Originariamente mancava nel nostro ordinamento una specifica organica normativa ambientale ed il punto di riferimento per la prospettiva sanzionatoria era costituito dal Codice penale, pur questo non contenendo alcuna norma incriminatrice che direttamente tutelasse il bene ambiente[7].

I primi tentativi di regolamentazione della normativa finalizzata alla tutela dell'ambiente risultano scissi in una pluralità di testi specialistici *extracodicem*, in cui si assiste, di regola, ad una settorializzazione della tutela sulla base delle diverse componenti ambientalistiche[8].

Il legislatore ha dunque progressivamente concentrato i propri sforzi nel tentativo di dar luogo a una linea di intervento unitaria.

Il primo tentativo consiste nell'approvazione del decreto legislativo del 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale[9]. Esso prevede una disciplina di portata generale sorta con lo scopo di realizzare un complessivo riordino, coordinamento e integrazione della legislazione in materia ambientale, con particolare riferimento ai settori enumerati nel primo comma dell'art. 1 della legge-delega del 15 dicembre 2004, n. 308[10].

Ciò costituisce il limite della riforma, in quanto rimangono fuori dal cd. "codice dell'ambiente" gli illeciti penali posti a tutela di altre componenti ambientali non indicate dalla legge-delega di cui sopra.

[6] Così, M. Tallacchini, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Torino, 1996, 185

[7] Sul punto, tra i tanti, A. Bernardi, *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, in Annali dell'Università di Ferrara, Saggi, IV, Ferrara, 1997, 47 ss.

[8] Cfr. C. Bernasconi, *Il reato ambientale Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, 18.

[9] Noto come "*Codice dell'Ambiente*".

[10] Ci si riferisce a: le procedure di valutazione dell'impatto ambientale; la difesa del suolo; la tutela delle acque; la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti contaminati; la tutela dell'aria e la riduzione delle emissioni in atmosfera. Si veda sul punto, F. Fonderico, *La codificazione del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in Riv. trim. dir. pub., 2006, 613 ss.; A. Postiglione, *Il nuovo testo unico in materia ambientale: un quadro generale*, in Dir. giur. agr. amb., 2006, 213 ss.

Sul piano penale, però, la tutela resta ancora prevalentemente affidata a fattispecie contravvenzionali, spesso costruite intorno alla violazione di prescrizioni amministrative, autorizzazioni, limiti o obblighi.

È l'impulso europeo che valorizza la necessità di una tutela penale più adeguata con la Direttiva 2008/99/CE che viene recepita in Italia con D.lgs. 7 luglio 2011, n. 121 e introduce nuove fattispecie all'interno del Codice Penale ed estende la responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 a una serie di reati ambientali.

Questo intervento, tuttavia, non realizza ancora una riforma organica del diritto penale ambientale: il sistema continua a essere in larga misura imperniato sulle contravvenzioni previste dalla legislazione speciale.

Il punto di svolta per la materia si verifica con l'introduzione della legge maggio 2015, n. 68, che inserisce nel codice penale un nuovo Titolo VI-*bis* dedicato ai delitti contro l'ambiente[11].

Tale intervento normativo ha segnato il passaggio da un modello sanzionatorio contravvenzionale e strettamente connesso alla disciplina amministrativa di settore, a un sistema che riconosce, almeno in parte, la centralità del diritto penale nella tutela effettiva dell'ambiente[12].

2. *L'evoluzione della politica criminale europea ambientale: dalla direttiva 2008/99/CE alla direttiva 2024/1203*

La progressiva evoluzione della tutela penale dell'ambiente nell'ordinamento interno non può, tuttavia, essere compresa appieno

[11] All'interno del titolo VI-*bis* sono anzitutto confluite cinque inedite fattispecie incriminatrici di natura delittuosa (artt. 452-*bis*, 452-*quater*28, 452-*sexies*, 452-*septies* e 452-*terdecies* c.p.), cui si è aggiunto, infine, il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452-*quaterdecies* c.p.) ad opera del decreto legislativo del 1° marzo 2018, n. 21. Alla novella legislativa del 2015 bisogna ricondurre, inoltre, ulteriori rilevanti novità, tra le quali si segnala: la modifica dell'art. 157 c.p. ed il conseguente raddoppio dei termini prescrizionali per i delitti di cui al titolo VI-*bis*; la specifica disciplina della confisca, anche per equivalente, in deroga rispetto a quanto ordinariamente previsto dall'art. 240 c.p.; l'introduzione dell'obbligo del condannato di recuperare e, ove possibile, ripristinare lo *status quo ante* dei luoghi inquinati o distrutti; la modifica dell'art. 32-*quater* c.p. e la conseguente estensione della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione ai condannati per i più gravi delitti ambientali.

[12] Per un commento alla legge, si rinvia a C. Ruga Riva, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015; L. Siracusa, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in Diritto Penale Contemporaneo, n. 2/2015, 197-224.

senza considerare il ruolo determinante assunto dal diritto dell'Unione europea. È proprio sul piano sovranazionale, infatti, che si è progressivamente delineata una politica criminale ambientale destinata a incidere profondamente sulle scelte del legislatore nazionale.

La prima direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente (2008/99/CE)[13] aveva rappresentato il punto di approdo e di svolta per uno dei temi di maggiore interesse dell'Unione europea[14]. Invero, se in un primo momento l'azione sovranazionale non imponeva ai governi nazionali l'obbligo di incriminare specifici comportamenti dannosi per l'ambiente, l'adozione della direttiva 2008/99/CE ha inaugurato il processo di formale estensione delle competenze comunitarie anche rispetto alla disciplina penale[15].

La direttiva era composta da dieci articoli che descrivevano gli elementi strutturali minimi delle fattispecie di reato e che limitavano gli Stati nella libera selezione dei fatti punibili. Si trattava di un approccio minimalista fondato sulla previsione di uno *standard* minimo di tutela penale comune a tutti gli Stati membri, limitato alle violazioni più gravi, lasciando liberi i governi nazionali di valutare se estendere la tutela penale anche a violazioni meno gravi, oppure se affidarsi a strumenti sanzionatori di natura amministrativa per garantire il rispetto delle norme comunitarie in materia ambientale.

[13] Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente. Sulle disposizioni della direttiva, v. G. M. Vagliasindi, *The EU Environmental Crime Directive*, in A. Farmer, M Faure, G. M. Vagliasindi, *Environmental Crime in Europe*, Oxford, 2017; G. M. Vagliasindi, *The European Harmonisation in the Sector of Protection of the Environment Through Criminal Law: The Results Achieved and Further Needs for Intervention*, in *NJECL*, nn. 3-4, 2012, 323.

[14] Sull'evoluzione del diritto penale dell'ambiente nell'UE, v. A. Dawes, O. Lynskey, *The Ever-longer Arm of EC law: The Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law*, in *CMLR*, n. 1, 2008, 131-158; F. Munari, *Protecting the Environment through Union Sanctions: The Many Facets of the Enforcement of EU Environmental Law*, in S. Montaldo, F. Costamagna, A. Miglio (eds.), *EU Law Enforcement The Evolution of Sanctioning Powers*, London, 2022, 285.

[15] Si veda A. Correra, *La tutela penale dell'ambiente: luci e ombre della direttiva 2024/1203*, in Quaderni AISDUE - Rivista quadrimestrale Convegno Forum AES del 5 e 6 dicembre 2024, 5, che rinvia al principio di sussidiarietà che ha consentito di attrarre a livello sovranazionale la potestà punitiva in vista del raggiungimento di un obiettivo che non avrebbe potuto essere sufficientemente assicurato a livello statale e ha legittimato l'Unione a ricorrere allo strumento delle direttive.

2.1 *I limiti e le ragioni della riforma*

A distanza di sedici anni dall'entrata in vigore della direttiva però, il bilancio sugli effetti da essa prodotti non si è rivelato pienamente positivo, a causa della non perfetta riuscita del tentativo di armonizzazione delle normative nazionali penali ambientali[16]. Invero, dalla valutazione del livello di implementazione della direttiva, avviata dalla Commissione nel 2016 e conclusasi con la pubblicazione del Report finale nell'ottobre del 2020[17], è stato disvelato un quadro abbastanza sconfortante rispetto al conseguimento dell'obiettivo, stante un adeguamento nazionale discontinuo ed eterogeneo alla direttiva[18].

Il maggior ostacolo è stato individuato nell'eccessiva discrezionalità lasciata agli Stati sia per la scelta del regime sanzionatorio, sia rispetto alla tipizzazione degli elementi costitutivi delle norme incriminatrici, delineati in termini eccessivamente vaghi[19].

Secondo una relazione di Eurojust del gennaio 2021[20], l'esponenziale crescita dei crimini ambientali sarebbe direttamente correlata alla debolezza del regime sanzionatorio della Direttiva del 2008, che ha anche alimentato il rischio che le imprese potessero allocare le proprie attività in contesti giuridici caratterizzati da una maggiore tolleranza verso determinate condotte lesive dell'ambiente[21].

Nel Report conclusivo della procedura di valutazione della diret-

[16] Il Considerando n. 4 della Direttiva (UE) 2024/1203 sulla tutela penale dell'ambiente che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE (consultabile in *GU* dell'UE, serie *L* del 30 aprile 2024) espressamente indica tra le ragioni a fondamento dell'adozione del nuovo testo la necessità di superare le precedenti direttive, in quanto rivelatesi inadeguate a garantire un effettivo ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali di contrasto ai crimini ambientali.

[17] *Commission staff working document evaluation of the Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 november 2008 on the Protection of the Environment through Criminal law* (environmental crime directive)*,* Brussels, 28/10/2020 SWD (2020) 259 final.

[18] C. Perrone, *Politiche europee e criminalità ambientale: proposte di riforma e possibili riflessi interni,* in *Leg. pen.,* 2/2/2024, 3 e ss. Per un'analisi delle soluzioni adottate in alcuni degli Stati membri, si legga C. Ruga Riva, *La fattispecie di inquinamento ambientale: uno sguardo comparatistico,* in LexAmbiente – Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente, n. 4/2018, 1 ss.

[19] Vd. L. Siracusa, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste*, in *Lex Ambiente Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente*, Fasc. 2/2024, 40 ss.

[20] Cfr. Eurojust, *Report on Eurojust's Casework on Environmental Crime*, January 2021.

[21] Vd. sul punto, A. Correra, *La tutela penale*, cit., 11.

tiva 2008/99/CE, la Commissione aveva suggerito una serie di azioni strategiche da mettere in atto, che sono state poi alla base della nuova direttiva 2024/1203.

Partendo dalla necessità di un utilizzo di formulazioni linguistiche meno vaghe, si era sottolineato soprattutto l'esigenza di procedere ad una più penetrante opera di armonizzazione delle risposte sanzionatorie, nonché dell'imposizione di precisi obblighi di armonizzazione rispetto alla responsabilità da reato delle persone giuridiche. Non meno rilevanza aveva assunto il tema della formazione e specializzazione degli operanti del diritto e delle forze dell'ordine per garantire un effettivo contrasto a fenomeni criminali ambientali e contigui ad essi.

2.2. *La direttiva (UE) 2024/1203: il nuovo modello europeo di tutela penale*

La nuova direttiva sulla tutela penale dell'ambiente si inserisce in un contesto istituzionale completamente rinnovato, che influisce non poco sulla sua efficacia. Rileva difatti la diversa base giuridica dell'atto individuata nell'art. 83, par. 2, TFUE in materia di cooperazione penale, nel segno di un decisivo passo in avanti nel processo di armonizzazione degli ordinamenti nazionali nel settore in esame.

La direttiva si caratterizza per una struttura organica, articolata in un preambolo costituito da numerosi considerando e in 30 articoli.

L'approccio metodologico appare improntato ad un maggiore rigore, con una sovrabbondanza definitoria che riduce al minimo il ricorso a clausole generali e a formule elastiche, limite della precedente direttiva.

La prima grande innovazione della Direttiva riguarda l'introduzione, all'art. 2, lett. c, di una definizione onnicomprensiva di «ecosistema»[22], che secondo il considerando n. 13 dovrebbe comprendere sia i servizi ecosistemici, attraverso i quali un ecosistema contribuisce direttamente o indirettamente al benessere umano, sia le funzioni ecosistemiche, che si riferiscono ai processi naturali di un ecosistema.

Si introduce così una tutela più ampia e incisiva: si puniscono non solo le condotte dirette all'uccisione o al prelievo illegale, ma anche le

[22] Art 2 lett. *c* della Direttiva definisce ecosistema il "complesso dinamico di comunità di piante, animali, funghi e microrganismi e del loro ambiente non vivente che, mediante la loro interazione, formano un'unità funzionale, e comprende tipi di habitat, habitat di specie e popolazioni di specie".

successive fasi della catena delittuosa, quali la detenzione e la commercializzazione illegali.

Tra le novità più significative si pone, poi, l'ampliamento del catalogo dei reati, con la scelta di ricomprendere entro il perimetro della tutela penale dell'ambiente fattispecie di diversa natura, che spaziano da quelle generalmente previste a tutela della salute individuale o collettiva ai reati in materia di danni da prodotto[23], in linea con la cultura giuridica europea, che attribuisce primaria importanza alla tutela effettiva di beni essenziali e sempre più vulnerabili come l'ambiente, la salute e la vita.

[23] Si tratta delle seguenti fattispecie: 1) l'art. 3 par. 2 lett. b), che incrimina l'immissione sul mercato, in violazione di un divieto o di un altro obbligo inteso a tutelare l'ambiente di un prodotto il cui impiego su più vasta scala, ossia l'uso del prodotto da parte di molti utenti, a prescindere dal loro numero, comporti lo scarico, l'emissione o l'immissione di un quantitativo di materie, sostanze, energia o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque e che provochi o possa provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora; 2) l'art. 3 par. 2 lett. c) che punisce la fabbricazione, l'immissione o la messa a disposizione sul mercato, l'esportazione o l'uso di sostanze, sia allo stato puro che all'interno di miscele o articoli, compresa la loro incorporazione negli articoli, se tale condotta provoca o può provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora, e: i) è soggetta alle restrizioni di cui al titolo VIII e all'allegato XVII del regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio (18); ii) è vietata a norma del titolo VII del regolamento (CE) n. 1907/2006; iii) non è conforme al regolamento (CE) n. 1107/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio; iv) non è conforme al regolamento (UE) n. 528/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio; v) non è conforme al regolamento (CE) n. 1272/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio; oppure i) è vietata a norma dell'allegato I del regolamento (UE) 2019/1021 del Parlamento europeo e del Consiglio; 3) l'art. 3 par. 2 lett. d) che sanziona la fabbricazione, l'impiego, lo stoccaggio, l'importazione o l'esportazione di mercurio, composti del mercurio, miscele di mercurio e prodotti con aggiunta di mercurio, se tali condotte non sono conformi ai requisiti di cui al regolamento (UE) 2017/852 del Parlamento europeo e del Consiglio (23) e provocano o possono provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora; 4) l'art. 3 par. 2 lett. s), ove si punisce la produzione, l'immissione sul mercato, l'importazione, l'esportazione, l'uso, o il rilascio delle sostanze che riducono lo strato di ozono, allo stato puro o sotto forma di miscele, di cui all'articolo 2, lettera a), del regolamento (UE) 2024/590 del Parlamento europeo e del Consiglio, o la produzione, l'immissione sul mercato, l'importazione, l'esportazione o l'uso di prodotti e apparecchiature, e di loro parti, che contengono le sostanze che riducono lo strato di ozono di cui all'articolo 2, lettera b), di detto regolamento o il cui funzionamento dipende da tali sostanze.

La Direttiva si preoccupa inoltre di specificare in modo più preciso le caratteristiche del danno ambientale, attraverso l'individuazione di una serie di indici sintomatici della importanza dell'accadimento lesivo, ovvero definendo il concetto di «danno sostanziale», «pericolo rilevante» e «quantità non trascurabile», pur lasciando indeterminata la qualificazione giuridica e lasciandola alla libera interpretazione degli Stati[24]. Anche la portata dalla «clausola di illiceità» speciale di cui all'art. 3, par. 1 viene definita in termini più chiari, aprendola alle sopravvenienze normative e contribuendo ad ampliare la sfera della rilevanza penale.

Un altro versante innovato dalla Direttiva risulta essere quello sanzionatorio, stante pene inasprite sia per le persone fisiche, seguendo la logica della maggiore riprovevolezza del fatto, che per le persone giuridiche[25].

A completamento dell'impianto sanzionatorio, la direttiva 2024/1203 comprende una serie di sanzioni accessorie di natura interdittiva, ripristinatoria, risarcitoria e di altro tipo.

In particolare, per le persone giuridiche, vi è "l'obbligo di istituire sistemi di dovuta diligenza per rafforzare il rispetto delle norme ambientali".

L'obbligo segue a una condanna inflitta dal giudice penale in esito all'accertamento della commissione di un reato ambientale nell'interesse dell'ente, ed ha evidentemente lo scopo di introdurre meccanismi volti ad evitare, per il futuro, ulteriori reati ambientali: una sorta di meccanismo di prevenzione speciale.

Un ulteriore avanzamento si registra sul fronte della previsione di obblighi di armonizzazione riguardanti alcuni istituti di parte generale, in particolare l'introduzione di vincoli di avvicinamento relativi ai termini di prescrizione degli ecoreati. Quanto alla prescrizione, pur tentando un inquadramento minimo del regime generale, non viene garantita un'adeguata attenzione alla disciplina e alle complesse questioni teoriche ad esse sottese, lasciando persistere significative divergenze tra le legislazioni nazionali.

Infine, la Direttiva rafforza gli strumenti investigativi e l'introduzione di più adeguate forme di cooperazione fra le autorità preposte

[24] Sul punto si veda, A. Correra, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 15

[25] La Direttiva introduce pene ancora più penetranti, stabilendo che ogniqualvolta il reato ambientale sia commesso a vantaggio e nell'interesse dell'ente, gli Stati membri sono obbligati a prevedere sanzioni che si riferiscono a una percentuale del fatturato mondiale o a una percentuale fissa. V. art. 6 della direttiva (UE) 2024/1203.

alla prevenzione e al contrasto della criminalità ambientale, in particolare con riferimento alle ecomafie.

In conclusione, l'obiettivo perseguito dalla Direttiva sembra essere quello di anticipare la soglia di tutela penale minima che gli Stati membri sono tenuti a garantire, attraverso modifiche sostanziali del sistema sanzionatorio orientate alla prevenzione del rischio ecologico e dei danni durevoli o irreversibili[26].

3. *Il recepimento italiano della Direttiva: il d.lgs. 81/2026*

Il decreto legislativo n. 81 del 21 aprile 2026, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 18 maggio, entrato in vigore il 2 giugno, recepisce la Direttiva di cui sopra e sostituisce il d. lgs. 7 luglio 2011 n 121[27], che aveva recepito le precedenti Direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE.

Introduce nel nostro sistema una nuova concezione di ecosistema[28] del bene ambiente, in forma univoca e non fondato sulla protezione delle singole componenti ambientali e sembra dimostrare una maggiore attenzione alle indicazioni del legislatore comunitario, con un intervento caratterizzato da un più ampio catalogo di condotte penalmente sanzionate e rivede in parte le disposizioni già esistenti ed introduce nuovi reati

3.1 *Le modifiche al sistema dei reati ambientali*

L'art. 3 del decreto si occupa delle modifiche al codice penale, secondo quanto disposto dall'art. 9 comma 1, lett. a) della legge delega, dando attuazione agli artt. 3, 4 e 5 della direttiva.

In primo luogo, la riforma è intervenuta sull'art. 452-bis c.p., re-

[26] M. Magro Malosso, *La riforma dei reati ambientali in attuazione della Direttiva (UE) 1203/2024: il D.Lgs. 81/2026 e le relative modifiche al codice penale e al D. Lgs. 231/2001*, in Giurisprudenza penale web, 2026, 6

[27] Il decreto legislativo 121/2011 non aveva attuato le direttive con un significativo intervento come in molti si aspettavano, introducendo solo due nuove contravvenzioni nel Codice penale, sanzionate rispettivamente dagli art. 727-*bis* e 733-*bis*, e incidendo sulla responsabilità degli enti.

[28] Art 1, lett b), D. Lgs. 81/2026 introduce una definizione normativa di ecosistema come "*complesso dinamico di comunità di piante, animali, funghi e microrganismi e del loro ambiente non vivente che, mediante la loro interazione, formano un'unità funzionale*".

cante la disciplina del delitto di inquinamento ambientale, ampliando il novero dei beni giuridici oggetto di tutela penale. In particolare, accanto alle tradizionali matrici ambientali, il legislatore ha espressamente ricompreso anche l'ecosistema, l'habitat, la flora e la fauna, rafforzando così la protezione dell'ambiente nella sua dimensione unitaria ed ecosistemica. Contestualmente, sono state introdotte ulteriori circostanze aggravanti[29].

Nella previgente formulazione della disposizione, il deterioramento, la compromissione o la distruzione di un habitat assumevano rilievo penale esclusivamente quali circostanze aggravanti del reato e soltanto ove tali condotte fossero realizzate all'interno di un'area naturale protetta ovvero sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico. La riforma ha significativamente ampliato l'ambito di operatività della fattispecie incriminatrice, prevedendo che integrino direttamente il delitto di inquinamento ambientale anche le condotte che cagionino una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili di un habitat, a prescindere dalla sua ubicazione all'interno di aree protette o assoggettate a specifici vincoli.

Nel complesso, la riforma rafforza la tutela penale dell'habitat e dell'ecosistema, valorizzando non solo l'estensione del danno ambientale, ma anche la persistenza dei suoi effetti e le possibili ricadute sulla salute pubblica[30].

La novità più significativa della riforma è rappresentata dall'introduzione dell'art. 452-*bis*.1 c.p. che configura il nuovo delitto di "commercio di prodotti inquinanti". La fattispecie, strutturata come reato a forma vincolata e a doppio evento (messa in pericolo mediante il commercio del prodotto e concreto pericolo derivato a persone, all'habitat o ecosistema), ha la finalità di tutelare anticipatamente l'ambiente e la salute umana, sanzionando l'immissione in commercio di prodotti idonei a determinare una compromissione o un deterioramento significativi dell'ambiente. Per la prima volta, è punito non solo chi materialmente inquina ma anche chi "*immette sul mercato*[31] *o met-*

[29] Sul punto si rinvia a L. Ramacci, *Decreto legislativo 21 aprile 2026, n. 81 di attuazione della Direttiva (UE) 2024/1203 sulla tutela penale dell'ambiente: espansione della tutela e persistenti criticità interpretative*, in Lexambiente cit., 22 maggio 2026.

[30] Così, M. Magro Malosso, *La riforma dei reati ambientali in attuazione della Direttiva (UE) 1203/2024*, cit., 4

[31] È un'espressione già presente nel codice penale dal 2022, nell'art. 518-novies e si rinviene in alcune disposizioni speciali come, ad esempio, il Codice del consumo. Si

te comunque in circolazione[32]" prodotti inquinanti con una condotta abusiva. Al fine di garantire la tassatività e determinatezza della disposizione penale, il legislatore ha introdotto l'art. 452-*quinquiesdecies* c.p.[33], rubricato proprio come "*nozione di abusività*", introducendo la definizione di "abusivamente", applicabile a tutte le fattispecie ambientali anche di meno recente introduzione che ne richiamano il carattere.

Le modifiche al codice penale apportate dall'art. 3 del decreto legislativo in esame si chiudono con l'introduzione di due aggravanti, che si configurano se dal reato deriva un profitto di rilevante entità ovvero se il fatto è commesso mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, e l'abrogazione dell'art. 733-*bis* c.p., disposta nella lettera g) del medesimo articolo.

Il decreto legislativo introduce poi, con gli art. 4 e 5, i nuovi reati di "produzione e commercio di sostanze ozono lesive" e di "produzione e commercio di gas a effetto serra", rafforzando ulteriormente la strategia di anticipazione della tutela perseguita dal legislatore europeo.

Le innovazioni introdotte dal decreto legislativo non si esauriscono nella ridefinizione delle fattispecie incriminatrici e nell'introduzione di nuovi reati, ma investono anche il sistema sanzionatorio, con particolare riferimento alla disciplina delle pene accessorie.

In tale prospettiva si colloca l'art. 7 del decreto, che interviene sulla pubblicazione della sentenza di condanna prevista dall'art. 36

tratta, chiaramente, di una condotta che si concreta nell'introduzione di un determinato prodotto o di altra cosa nella catena commerciale.

[32] Il concetto di "*messa in circolazione*", che nel codice penale viene usato con funzioni "di chiusura", essendo idoneo a coprire tutte le ipotesi in cui una cosa esce comunque dalla sfera di controllo dell'agente ed è destinata alla potenziale diffusione.

[33] La disposizione prevede che "*il termine abusivamente si intende riferito anche alle condotte poste in essere: 1) in violazione di disposizioni legislative dell'Unione europea in materia di salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente; 2) in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative attuative delle disposizioni di cui al numero 1); 3) sulla base di autorizzazioni ottenute fraudolentemente ovvero con violenza o minaccia o mediante la commissione di reati contro la pubblica amministrazione*". Si tratta di una nozione che riprende ed amplia quella già formulata dalla Cassazione in diverse pronunce V., ad es. Cass. Sez. 3, n. 8783 del 6/3/2026, Polimeni, non mass.; Cass. Sez. 3, n. 29230 del 10/07/2025, Colombara, Rv. 288490; Cass. Sez. 3, n. 28732 del 27/04/2018, Melillo, Rv. 273565.

c.p., estendendone l'applicazione ai delitti ambientali di nuova e di precedente introduzione.

La disposizione presenta, tuttavia, un significativo elemento di novità rispetto alla disciplina generale: il secondo comma stabilisce che i dati identificativi della persona condannata possono essere riportati nella pubblicazione soltanto quando il giudice ravvisi specifiche ed eccezionali ragioni di pubblico interesse, da motivare espressamente nella sentenza.

La scelta normativa si pone in linea con l'impostazione della Direttiva (UE) 2024/1203, il cui considerando n. 44 sottolinea come la diffusione dei dati personali contenuti nelle decisioni giudiziarie debba costituire un'eccezione, subordinata a un rigoroso bilanciamento tra l'interesse pubblico all'informazione e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, garantiti dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La soluzione adottata dal legislatore italiano solleva alcune perplessità. La limitazione alla divulgazione delle generalità del condannato attenua infatti la funzione afflittiva e, soprattutto, quella di prevenzione generale riconosciute dalla giurisprudenza[34] alla pubblicazione della sentenza di condanna, la cui efficacia è strettamente connessa alla pubblicità della risposta sanzionatoria e al conseguente effetto di discredito sociale nei confronti dell'autore del reato. Ne deriva il paradosso per cui anche gli autori di delitti di particolare gravità, quali il disastro ambientale o le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, possono beneficiare di una tutela della propria identità più ampia rispetto a quella prevista, in via generale, per fattispecie anche meno gravi[35].

3.2 *Gli strumenti di coordinamento istituzionale*

Tra le ulteriori misure introdotte dal decreto legislativo, assumono particolare rilievo quelle volte a rafforzare il sistema di prevenzione e contrasto alla criminalità ambientale sul piano organizzativo e strategico.

È affidato al Ministero della giustizia il compito di raccogliere e trasmettere annualmente alla Commissione europea i dati statistici re-

[34] Si veda, Cass. Sez. 2, n. 14768 del 21/03/2017, Seck, Rv. 269723

[35] Così, L. Ramacci, *Decreto legislativo 21 aprile 2026, n. 81 di attuazione della Direttiva (UE) 2024/1203*, cit., 2026

lativi ai principali reati ambientali, nonché di pubblicarli con cadenza triennale sul proprio sito istituzionale. La previsione mira a garantire un monitoraggio costante dell'efficacia delle politiche di contrasto e a favorire una valutazione comparata dell'azione repressiva a livello europeo.

Di particolare rilievo è, inoltre, l'istituzione del Sistema di coordinamento nazionale per il contrasto alla criminalità ambientale, incardinato presso la Procura generale della Corte di cassazione. Il Sistema, composto dai Procuratori generali presso la Corte di cassazione e le Corti d'appello nonché dal Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, è finalizzato a rafforzare il coordinamento investigativo, la circolazione delle informazioni e la diffusione di prassi operative uniformi. A tal fine, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione è chiamato ad adottare linee guida operative periodicamente aggiornate e può avvalersi della collaborazione specialistica dell'Arma dei Carabinieri, valorizzandone le competenze in materia di polizia forestale e ambientale.

Il decreto dà altresì attuazione all'art. 21 della direttiva mediante l'introduzione della Strategia nazionale per il contrasto ai reati ambientali. L'art. 11 attribuisce al Governo il compito di elaborare e aggiornare con cadenza triennale tale strumento di programmazione, destinato a definire gli obiettivi di politica criminale, le priorità di intervento, le risorse necessarie, i meccanismi di coordinamento tra le autorità competenti e le iniziative volte a rafforzare la formazione degli operatori e la consapevolezza ambientale della collettività.

La previsione di una strategia nazionale testimonia il passaggio da un approccio prevalentemente repressivo a un modello integrato di prevenzione e contrasto, fondato sulla cooperazione istituzionale, sulla raccolta sistematica dei dati e sulla pianificazione delle politiche pubbliche in materia ambientale.

3.3 *Le modifiche alla responsabilità degli enti*

La riforma incide in maniera significativa anche sulla responsabilità da reato degli enti, ampliando il perimetro del rischio penale rilevante ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Tale modifica risponde al fatto che la crescente criminalità ambientale vede il principale autore nelle persone giuridiche[36].

[36] Così, C. Ruga Riva, *L'impatto della direttiva ue 2024/1203 sulla responsabilità degli enti da reato ambientale: novità e prospettive di riforma,* in Lexambiente, fac.

In particolare, il decreto legislativo estende il catalogo dei reati presupposto di cui all'art. 25-*undecies*, includendovi il nuovo delitto di commercio di prodotti inquinanti (art. 452-bis.1 c.p.), nonché le fattispecie di produzione e commercio di sostanze ozono lesive e di produzione e commercio di gas a effetto serra. L'intervento normativo determina, così, un significativo ampliamento dell'area della responsabilità degli enti, coinvolgendo non soltanto gli operatori che impiegano sostanze o prodotti inquinanti nello svolgimento dell'attività d'impresa, ma anche i soggetti che intervengono nelle fasi di produzione, distribuzione e commercializzazione di prodotti potenzialmente idonei a provocare emissioni o immissioni dannose per l'ambiente.

Contestualmente, il legislatore ha rafforzato il regime sanzionatorio già previsto per gli illeciti ambientali imputabili all'ente. Mediante l'introduzione del comma 1-quater nell'art. 25-undecies del d.lgs. n. 231/2001[37], è infatti disposto l'aumento di un terzo delle sanzioni pecuniarie nei casi in cui ricorrano le aggravanti previste per i delitti di inquinamento ambientale, commercio di prodotti inquinanti, disastro

2/2024, 69, che rinvia al rapporto *European Union Serious and Organised Crime Threast Assessment* (SOCTA 2021) di EUROPOL, sul quale v. G.M. Vagliasindi, *231 e reati ambientali: strumenti normativi e orientamenti giurisprudenziali in tema di contrasto alla criminalità ambientale d'impresa*, in LexAmbiente – Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente, n. 2/2023, 4 ss. E più in generale v. H. Du Rées, *Can Criminal Law Protect the Environment?*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, n. 2/2001, p. 109 ss.; G.M. Vagliasindi, *Dalla direttiva 2008/99/CE alla legge n. 68/2015: le traiettorie europee in materia di tutela penale dell'ambiente e l'impatto sul diritto penale ambientale nazionale*, in A.M. Maugeri, V. Scalia, G.M. Vagliasindi (a cura di), *Crimine organizzato e criminalità economica. Tendenze empirico-criminologiche e strumenti normativi di contrasto nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea*, Pisa, 2019, 89 ss.

[37] Sul d.lgs. n. 121/2011, di recepimento della Direttiva 2008/99 CE, che ha inserito nel corpo del d.lgs. n. 231/2001 l'art. *25-undecies*, v., tra i tanti, Casartelli, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in Dir. Pen. Cont., 23/03/2012; Lo Monte, *La Direttiva 2008/99 CE sulla tutela penale dell'ambiente: una (a dir poco) problematica attuazione*, in Dir. giur. Agr. Alim. Alim 2009, n. 4, 1; Madeo, *Un recepimento solo parziale della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in Dir. Pen. Proc., 2011, p. 1055 ss.; MANDUCHI, La riforma dei reati ambientali e il D. Lgs. 231/2001: prime riflessioni, in Ambiente Svil., 2011, p. 731 ss.; Pistorelli-Scarcella, Relazione *dell'ufficio del Massimario presso la Corte suprema di cassazione*, in Dir. Pen. Cont., 04/08/2011; Plantamura, *Responsabilità individuali e degli enti nel d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 2011, p. 477 ss.; Siracusa, *La competenza penale in ambito penale al primo banco di prova: la Direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in Riv. trim. dir. pen. econ. 2008, 863.

ambientale e per le ulteriori fattispecie espressamente richiamate dalla disposizione.

La portata della riforma impone una revisione sostanziale del Modello 231, che dovrà essere aggiornato non solo con riferimento ai processi produttivi, ma anche alle attività di controllo e gestione della filiera. L'estensione del rischio-reato a fattispecie quali il commercio di prodotti inquinanti e la produzione o il commercio di sostanze ozono-lesive e di gas a effetto serra rende infatti necessario ricomprendere nella mappatura dei rischi anche le aree relative alla progettazione, alla produzione, all'immissione in commercio e alla gestione della rete distributiva. La responsabilità dell'ente potrà, infatti, configurarsi anche nei confronti di soggetti che non utilizzano direttamente tali sostanze, ma che ne governano la circolazione commerciale.

Ne consegue l'esigenza di estendere l'analisi dei rischi e il controllo a funzioni aziendali tradizionalmente considerate estranee ai reati ambientali, quali gli acquisti, la supply chain, il *product compliance*, la logistica e la distribuzione commerciale, prevedendo procedure di *due diligence* sui fornitori, sistemi di tracciabilità dei prodotti, verifiche documentali e controlli sull'osservanza della normativa ambientale lungo l'intera catena del valore.

In tale prospettiva, il Modello 231 assume una funzione sempre più integrata di governance del rischio ambientale, estendendo il proprio ambito di prevenzione all'intero ciclo di vita del prodotto e alle dinamiche commerciali ad esso connesse[38].

4. *Riflessioni conclusive*

La tutela penale dell'ambiente rappresenta una materia altamente complessa, essendo un settore in continua evoluzione e segnato da un delicato equilibrio tra contrapposte esigenze di protezione, sviluppo sostenibile e garanzie fondamentali. Di fronte alla crescente attenzione dell'opinione pubblica e delle Istituzioni europee e nazionali per le tematiche ambientali, il diritto penale è chiamato a svolgere un ruolo strategico, spesso attraverso interventi di tipo espansivo, quali l'estensione del catalogo dei reati o l'inasprimento delle sanzioni previste[39].

[38] Vd. M. Magro Malosso, *La riforma dei reati ambientali in attuazione della Direttiva (UE) 1203/2024: il D.Lgs. 81/2026 e le relative modifiche al codice penale e al D.Lgs. 231/2001*, cit., 6

[39] Così, V. Fazio, *La necessaria razionalizzazione della tutela penale dell'ambiente: profili sistematici e contributo del sapere scientifico*, in LexAmbiente, 3/2025, 96

La particolare incidenza dell'intervento europeo in questo settore trova spiegazione nella dimensione frequentemente transfrontaliera della criminalità ambientale, le cui caratteristiche e le cui potenziali conseguenze per l'ecosistema e la salute umana rendono insufficiente una risposta circoscritta ai singoli ordinamenti nazionali[40].

La direttiva (UE) 2024/1203 rappresenta, sotto questo profilo, un passaggio particolarmente significativo del processo evolutivo della politica criminale europea in materia ambientale. Tale evoluzione conferma la peculiare funzione che il diritto penale dell'ambiente ha storicamente svolto nell'ambito del processo di integrazione europea: dapprima terreno privilegiato per l'affermazione della competenza sovranazionale a imporre obblighi di incriminazione e, oggi, laboratorio nel quale sperimentare forme sempre più avanzate di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali[41].

Invero, la portata della direttiva (UE) 2024/1203 non può essere ricondotta soltanto all'ampliamento delle fattispecie incriminatrici o al rafforzamento dell'apparato sanzionatorio. Più profondamente, essa sembra delineare un modello di tutela nel quale alla repressione si affiancano prevenzione, responsabilizzazione degli operatori economici, cooperazione tra autorità e maggiore attenzione all'effettività dell'applicazione delle norme.

Il recepimento italiano si inserisce in tale prospettiva e conferma la tendenza verso una tutela sempre più articolata, nella quale il diritto penale non opera isolatamente, ma si integra con strumenti organizzativi, amministrativi e preventivi.

L'effettiva portata innovativa della riforma dipenderà, tuttavia, dalla capacità delle nuove disposizioni di tradursi, sul piano applicativo, in un rafforzamento concreto della prevenzione e del contrasto

[40] A. Correra, *La tutela penale dell'ambiente: luci e ombre della direttiva 2024/1203*, in Quaderni AISDUE - Rivista quadrimestrale Convegno Forum AES del 5 e 6 dicembre 2024, 4

[41] Cfr. A. Damato, P. De pasquale, N. Parisi, *Argomenti di Diritto penale europeo*, Torino, 2014, 247; G. M. Vagliasindi, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 113-115: «motore propulsivo nel percorso verso l'affermazione della competenza comunitaria ad imporre obblighi di penalizzazione e oggetto della prima direttiva di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri, la materia ambientale mantiene ancor oggi inalterata la sua connaturata attitudine a fungere da privilegiato luogo di sperimentazione e verifica delle opportunità e dei limiti caratterizzanti l'evoluzione del diritto penale e della politica criminale nel contesto del diritto dell'Unione europea».

alla criminalità ambientale, senza risolversi in un mero ampliamento dell'area del penalmente rilevante.

Restano, tuttavia, alcuni profili problematici.

L'espansione dell'intervento penale e il crescente livello di armonizzazione europea devono infatti confrontarsi con le esigenze di determinatezza, proporzionalità e prevedibilità della risposta punitiva.

La particolare complessità tecnica della materia rende inoltre indispensabile un costante dialogo tra sapere giuridico e sapere scientifico, senza il quale il rischio è quello di costruire fattispecie formalmente rigorose ma difficilmente applicabili nella pratica. In tale prospettiva, il contributo delle conoscenze tecnico-scientifiche assume particolare rilievo, sia ai fini di una corretta comprensione dei fenomeni ambientali, per loro natura complessi e interconnessi, sia nella costruzione di strumenti normativi effettivamente capaci di prevenirli e contrastarli[42].

Merita, infine, di essere considerata la possibilità di valorizzare strumenti diversi dalla sola risposta repressiva, tra cui la giustizia riparativa, la cui applicazione in materia ambientale presenta certamente difficoltà peculiari, ma potrebbe contribuire a rafforzare la dimensione della responsabilizzazione e della riparazione del danno[43].

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra dunque possibile ritenere che la direttiva 2024/1203 e il suo recepimento segnino l'affermazione di un nuovo paradigma della tutela penale dell'ambiente, purché tale espressione non venga intesa come sinonimo di una semplice espansione della penalizzazione.

La nuova direttiva conferma e rafforza, in particolare, la tendenza verso una tutela dell'ambiente considerato anche nella sua dimensione autonoma e nelle sue diverse componenti, quali ecosistemi, biodiversità e habitat.

Si costruisce così un modello integrato, nel quale repressione, prevenzione, cooperazione e responsabilizzazione concorrano alla tutela del bene ambiente.

In conclusione, riprendendo una felice espressione utilizzata in dottrina, di fronte alla crescente gravità delle minacce ambientali la

[42] V. Fazio, *La necessaria razionalizzazione della tutela penale dell'ambiente: profili sistematici e contributo del sapere scientifico*, in LexAmbiente – Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente, n. 3/2025, pp. 69-98

[43] Sull'importanza della giustizia riparativa si veda, A. Correra, *La tutela penale dell'ambiente: luci e ombre della direttiva 2024/1203*, in cit., 6; C. Ruga Riva, *L'impatto della Direttiva UE 2024/1203 sulla responsabilità degli enti da reato ambientale: novità e prospettive di riforma*, cit, 82

sfida non sembra consistere semplicemente nel "fare di più", moltiplicando fattispecie e sanzioni, quanto piuttosto nel "fare meglio"[44]. Solo attraverso una disciplina coerente, tecnicamente consapevole, adeguatamente coordinata e rispettosa dei principi fondamentali dello Stato di diritto sarà possibile costruire una tutela penale dell'ambiente che sia non soltanto più severa, ma anche effettiva, proporzionata e capace di rispondere alle esigenze delle generazioni presenti e future.

[44] V. Fazio, *La necessaria razionalizzazione della tutela penale dell'ambiente: profili sistematici e contributo del sapere scientifico*, cit, 98

Matteo Fulgenzi

Tutela dell'ambiente marino, *blue crimes* e responsabilità multilivello nel diritto internazionale e dell'Unione europea

Abstract

L'articolo esamina la tutela dell'ambiente marino in una prospettiva integrata, assumendo i *blue crimes* – in particolare, il traffico illecito transfrontaliero di rifiuti pericolosi – come banco di prova dell'effettività dei regimi giuridici vigenti nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea. L'analisi offre altresì lo spunto per discutere criticamente, in chiave *de lege ferenda*, le proposte di riconoscimento dell'ecocidio quale crimine internazionale e per delineare un modello di responsabilità multilivello idoneo a ridurre gli spazi di impunità per i più gravi illeciti ambientali marini.

Protecting the Marine Environment: Blue Crimes and Multilevel Responsibility under International and EU Law. This article examines the protection of the marine environment from an integrated perspective, taking blue crimes – particularly the illicit cross-border trafficking of hazardous waste – as a test of the effectiveness of the legal regimes in force under international law and European Union law. The analysis also provides a basis for a critical discussion, from a *de lege ferenda* perspective, of proposals to recognise ecocide as an international crime and for outlining a model of multilevel responsibility capable of reducing impunity for the most serious environmental offences at sea.

Parole chiave: Ambiente marino; *Blue crimes*; Traffico illecito transfrontaliero di rifiuti pericolosi; Ecocidio; Responsabilità multilivello.
Keywords: Marine Environment; Blue Crimes; Illicit Cross-Border Trafficking in Hazardous Waste; Ecocide; Multilevel Responsibility.

Sommario: – 1. Introduzione. – 2. *Blue crimes*, giurisdizione marittima e poteri dello Stato del porto nel diritto internazionale. – 3. Illeciti marittimi tra traffici transfrontalieri di rifiuti pericolosi, incidenti e controlli portuali: i casi *Probo Koala*, *X-Press Pearl* e la prassi applicativa dell'APPS. – 4. *Enforcement* e responsabilità multilivello nella tutela internazionale dell'ambiente marino. – 4.1. *Due diligence* ambientale e responsabilità internazionale dello Stato. – 4.2. Il regime di responsabilità delle imprese e delle persone fisiche. – 4.3. Diritti umani, diritto umanitario e responsabilità per grave distruzione ambientale: prospettive *de lege ferenda* verso il crimine internazionale di ecocidio. – 5. Il contributo dell'Unione europea e il raccordo con il diritto interno. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La protezione dell'ambiente marino rappresenta oggi uno dei comparti normativamente più articolati del diritto internazionale

dell'ambiente. L'ampiezza del quadro giuridico non elimina, tuttavia, persistenti limiti di effettività nella prevenzione, nell'accertamento e nella sanzione degli illeciti. Il problema emerge soprattutto quando il danno si inserisce in filiere transnazionali che coinvolgono navi, porti e spazi marittimi soggetti a differenti titoli di sovranità, giurisdizione o competenza statale, incidendo su acque, fondali marini ed ecosistemi costieri. Una nave, infatti, può battere bandiera di uno Stato, essere gestita da società stabilite in un altro paese, trasportare merci o rifiuti verso uno Stato terzo e approdare in porti sottoposti a ulteriori giurisdizioni. In simili circostanze, la frammentazione delle competenze e l'insufficiente cooperazione fra le autorità possono ostacolare la circolazione delle informazioni, intralciare l'individuazione dei responsabili e consentire lo sfruttamento delle differenze tra standard amministrativi, capacità ispettive e sistemi sanzionatori, favorendo pratiche dirette a esternalizzare indebitamente i costi ambientali a detrimento dell'ecosistema marino.

Il mare è, allo stesso tempo, spazio di libertà di navigazione, via del commercio internazionale, area di sfruttamento delle risorse e luogo di proiezione della forza militare. Queste caratteristiche ne fanno anche una dimensione nella quale le condotte illecite possono essere più facilmente occultate o frammentate. Scarichi inquinanti, traffici di rifiuti pericolosi, pesca illegale, falsificazione dei registri di bordo, ricorso a società schermate e inosservanza delle regole di sicurezza non costituiscono necessariamente violazioni isolate, ma possono inserirsi in catene economiche e logistiche complesse, in cui il danno ambientale deriva dalla combinazione di omissioni, artifici documentali, carenze di vigilanza e scelte imprenditoriali volte all'ottenimento di illeciti vantaggi economici. A tale intrinseca vulnerabilità si aggiungono pressioni cumulative sull'ambiente marino. Inquinamento da idrocarburi, dispersione di sostanze chimiche, rifiuti plastici e perdita di biodiversità (sullo sfondo di altri fenomeni planetari, come l'acidificazione degli oceani e l'aumento della temperatura delle acque) incidono su sistemi ecologici interconnessi e spesso difficilmente ripristinabili. Il danno, oltretutto, non resta necessariamente circoscritto al luogo nel quale si verifica la condotta illecita, poiché le correnti marine, la mobilità delle specie e l'interconnessione geografica fra le aree costiere favoriscono la propagazione transfrontaliera delle sue conseguenze. La tutela giuridica deve dunque confrontarsi non soltanto con il fatto materiale che origina il danno ambientale, ma anche con la durata, l'estensione e la complessità causale del pregiudizio arrecato all'ecosistema marino. In tale contesto, si comprende come la responsabilità ambientale non possa concentrarsi esclusivamente sulla violazione del

divieto di inquinare o sulla successiva riparazione economica del danno. Assumono altresì rilievo le procedure autorizzative, la qualità dei controlli, la circolazione delle informazioni, l'attendibilità dei registri, la tracciabilità dei rifiuti, l'accesso alle prove, l'organizzazione societaria e la cooperazione tra Stati. Quando tali presìdi sono inadeguati, anche norme tecniche formalmente rigorose rischiano di rimanere prive di concreta efficacia.

Il presente lavoro muove dall'idea che la protezione dell'ambiente marino richieda un modello di tutela multilivello, fondato su piani di responsabilità distinti ma interrelati. Gli Stati sono tenuti ad adempiere ai propri obblighi di prevenzione, vigilanza e cooperazione rispetto alle attività sottoposte alla loro giurisdizione o al loro controllo. Le imprese che organizzano, finanziano, gestiscono o traggono profitto da filiere caratterizzate da elevati rischi ambientali possono essere assoggettate, laddove ricorrano i presupposti normativamente previsti, a forme di responsabilità civile, amministrativa o penale. Nei casi più gravi, deve infine potersi affermare la responsabilità penale individuale delle persone fisiche che abbiano materialmente concorso alla condotta illecita o l'abbiano favorita. Ciò può avvenire nei modi previsti dagli ordinamenti nazionali e, nei limiti delle fattispecie rilevanti, dal diritto penale internazionale.

L'analisi esaminerà anzitutto la nozione di *blue crimes*, il rapporto tra giurisdizione marittima e poteri dello Stato del porto (*port State*), nonché la specifica funzione dei sistemi di controllo portuale. Saranno poi considerati tre casi di studio che, da prospettive differenti, mostrano il nesso tra traffici di rifiuti, illeciti marittimi, falsità documentali e limiti dell'*enforcement* portuale. Su questa base saranno ricostruiti gli obblighi di *due diligence* degli Stati e il regime di responsabilità per imprese e persone fisiche, soffermandosi sul contributo dei sistemi di tutela dei diritti umani, sulle norme del diritto internazionale umanitario e, infine, sul dibattito *de lege ferenda* concernente il crimine internazionale di ecocidio. L'ultima parte sarà dedicata agli strumenti predisposti dall'ordinamento dell'Unione europea e al loro raccordo con l'ordinamento italiano.

2. Blue crimes*, giurisdizione marittima e poteri dello Stato del porto nel diritto internazionale*

La nozione di *blue crime* descrive condotte e fenomeni illeciti che si svolgono sul mare, nel mare o attraverso il mare e che producono conseguenze rilevanti per l'ambiente marino, nonché per la sicurezza

delle aree e delle attività ad esso collegate. La formula non identifica una categoria normativa autonoma né un reato unitario, ma svolge una funzione analitica e consente di leggere in un'ottica comune condotte che il diritto internazionale disciplina mediante regimi differenti, mettendo in luce fattori ricorrenti che possono rivelare connessioni funzionali e una continuità operativa tra illeciti formalmente distinti. Una nave legittimamente impiegata in attività commerciali può nondimeno essere utilizzata per la pesca INN (*illegal, unreported and unregulated fishing*, IUU), per il trasporto transfrontaliero illecito di rifiuti pericolosi, per scarichi in violazione delle norme applicabili o per il trasporto di merci oggetto di traffici illeciti. La falsificazione di documenti e registri può, inoltre, concorrere a occultare tali condotte o a ostacolarne l'accertamento[1].

Il concetto di *blue crime* consente pertanto di cogliere l'elemento del *continuum* tra condotte di diversa gravità e natura giuridica – senza comportarne l'assimilazione, né attenuare la necessità di accertarne separatamente gli elementi costitutivi – permettendo in tal modo di evidenziare come l'offesa all'ambiente marino possa maturare anche attraverso una sequenza di decisioni e omissioni apparentemente minori, rese funzionali a un risultato illecito o alla sua dissimulazione. Questa chiave di lettura permette di superare un approccio eccessivamente atomistico, senza compromettere il principio di legalità e mantenendo la distinzione tra illeciti amministrativi, responsabilità civile e condotte perseguibili penalmente. Tuttavia, il passaggio dalla non conformità tecnico-amministrativa alla rilevanza penale non dipende dalla sola collocazione marittima della condotta, ma dalla sua riconducibilità a una fattispecie incriminatrice applicabile e dalla sussistenza dei relativi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi. La gravità del danno, la reiterazione delle violazioni, l'impiego di artifici e il ruolo svolto nella catena organizzativa o finanziaria possono assumere rilievo ai fini della qualificazione del fatto, dell'attribuzione della responsabilità o della determinazione della sanzione[2].

[1] Cfr.: A. Telesetsky, *Laundering Fish in the Global Undercurrents: Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing and Transnational Organized Crime*, in *Ecology Law Quarterly*, 2014, 41, n. 4, 939-997; C. Bueger, T. Edmunds, *Blue Crime: Conceptualising Transnational Organised Crime at Sea*, in *Marine Policy*, 2020, 119, 104067; A. Hübschle, J. Lindley, *Blue Crimes and Ocean Harmscapes: Strategies for Tackling Transnational Maritime Environmental Crimes in the Global South*, in *Frontiers in Conservation Science*, 2024, 5, 1448316.

[2] Cfr.: R. White, *Transnational Environmental Crime*, in M. Natarajan (ed.), *International Crime and Justice*, Cambridge, 2011, 193-199; C. Bueger, T. Edmunds,

Nel diritto internazionale, la cornice giuridica di riferimento è anzitutto contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (UNCLOS). La sua Parte XII impone agli Stati l'obbligo di proteggere e preservare l'ambiente marino, articolando un sistema di obblighi concernenti la prevenzione, la riduzione e il controllo dell'inquinamento marino proveniente da qualunque fonte. Tale disciplina attribuisce centralità anche alla cooperazione, al monitoraggio, alla raccolta e allo scambio di informazioni, nonché alla valutazione preventiva delle attività suscettibili di produrre effetti significativi sull'ambiente marino. Alla UNCLOS si affiancano inoltre le convenzioni settoriali. Nell'ambito dell'Organizzazione internazionale marittima (IMO), la Convenzione internazionale del 1973 per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, come modificata dal Protocollo del 1978 (MARPOL 73/78), costituisce la principale convenzione globale dedicata alla prevenzione dell'inquinamento causato dalle navi, sia in connessione con le operazioni ordinarie sia in caso di rilascio accidentale di sostanze inquinanti. I suoi annessi tecnici disciplinano la progettazione e l'equipaggiamento delle unità navali, insieme alle procedure operative, ai certificati, ai registri obbligatori e ai limiti posti agli scarichi. Il sistema mira a rendere il rispetto degli standard stabiliti verificabile anche al di fuori dello Stato di bandiera, poiché la documentazione di bordo, lo stato delle apparecchiature e le dichiarazioni dell'equipaggio consentono alle autorità competenti di controllare la conformità della nave durante lo scalo portuale[3].

Ancora nel quadro dell'IMO, la Convenzione di Londra del 1972 mira a prevenire l'inquinamento marino causato dall'immersione in mare di rifiuti e altri materiali. Il suo Protocollo del 1996 ha rafforzato il sistema originario, fondandolo su un divieto generale di *dumping*, ad eccezione di limitate categorie di materiali incluse nell'Allegato 1 e sottoposte a una rigorosa procedura autorizzativa. Adottata sotto l'egida del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP), la Convenzione di Basilea del 1989 completa il quadro giuridico con ri-

Understanding Maritime Security, Oxford, 2024, 87-91, 110-118; D. P. van Uhm, *Transnational Environmental Crime*, in S. L. Smith, I. Sahramäki (eds.), *Research Handbook on Environmental Crimes and Criminal Enforcement*, Cheltenham, 2024, 188-201.

[3] Cfr. MARPOL 73/78: art. 5.2; Allegato I, reg. 17; Allegato II, reg. 15; Allegato V, reg. 10; Allegato VI, regg. 6, 12, 13, 14, 18. Cfr. *BWM Convention* per il controllo e la gestione delle acque di zavorra e dei sedimenti delle navi (2004), Allegato, reg. B-2 e Appendice II. Si veda, altresì, la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS), 1974, come emendata, Cap. I, regg. 12, 13, 19.

guardo ai movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e di altri rifiuti, fondandosi sulla procedura di *Prior Informed Consent* (PIC). Per i movimenti tra Stati parti, lo Stato di esportazione deve notificare per iscritto il movimento proposto allo Stato di importazione e agli eventuali Stati di transito, fornendo le informazioni richieste. Il movimento non può iniziare prima che sia intervenuto il consenso scritto dello Stato di importazione e, laddove necessario, degli Stati di transito. Restano fermi gli obblighi delle Parti di assicurare una gestione ambientalmente corretta dei rifiuti fino alla destinazione finale[4].

In questo scenario, la ripartizione della giurisdizione tra Stato di bandiera, Stato costiero e Stato del porto emerge quale snodo essenziale per la tutela dell'ambiente marino. Lo Stato di bandiera occupa una posizione primaria rispetto alla nave che ne possiede la nazionalità. Gli artt. 91 e 94 UNCLOS disciplinano, rispettivamente, le condizioni per l'attribuzione della nazionalità e la registrazione delle navi – compresa l'esigenza di un *genuine link* tra nave e Stato di bandiera – e i doveri gravanti su quest'ultimo. Lo Stato di bandiera è tenuto a esercitare in modo effettivo la propria giurisdizione e il proprio controllo, in materia amministrativa, tecnica e sociale, sulle navi che battono la sua bandiera e deve dunque garantire la sicurezza e l'idoneità tecnica dell'unità, la formazione dell'equipaggio, l'osservanza degli standard internazionali e il rispetto delle regole anti-inquinamento. Il problema delle cosiddette bandiere di comodo non risiede pertanto in una loro automatica illegittimità, ma soprattutto nel rischio che un apparato ispettivo insufficiente, congiunto all'opacità della titolarità effettiva e alla facilità di accesso a taluni registri, indebolisca la vigilanza sulla nave, sull'equipaggio e sulle attività degli operatori economici.

Ad ogni modo, la centralità dello Stato di bandiera non comporta un monopolio della giurisdizione. Il diritto del mare attribuisce poteri differenziati anche agli Stati costieri e agli Stati di approdo, in particolare rispetto alla prevenzione dell'inquinamento e all'applicazione degli standard internazionali per la navigazione. L'art. 97 UNCLOS, talvolta invocato a sostegno di una preminenza assoluta della bandiera, riguarda specificamente la giurisdizione penale e disciplinare in caso di collisioni o di altri incidenti della navigazione in alto mare, non prevedendo invece una regola generale parimenti capace di escludere l'intervento di altri Stati per far fronte agli illeciti ambientali. A questo punto, gli artt. 211 e 217-220 UNCLOS delineano un sistema di competenze complementari, dove lo Stato di bandiera conserva la respon-

[4] Cfr. Convenzione di Basilea del 1989, art. 4, § 1, lett. c), e § 2, lett. b), c) e d), artt. 6-7 e 9, nonché Allegato V-A.

sabilità primaria del controllo sulle navi registrate, mentre lo Stato costiero può intervenire negli spazi marittimi sottoposti alla propria competenza. Lo Stato del porto, quando una nave si trova volontariamente in uno dei suoi porti o presso un terminale *off-shore*, può altresì svolgere indagini e, ove gli elementi di prova lo giustifichino, avviare procedimenti in relazione a scarichi effettuati anche al di fuori delle acque sottoposte alla propria competenza, purché in violazione delle norme e degli standard internazionali applicabili. Nei casi e alle condizioni previsti dal diritto internazionale e dalle convenzioni tecniche rilevanti, lo Stato del porto può inoltre impedire la partenza di una nave le cui condizioni risultino incompatibili con tali norme o standard e costituiscano una minaccia irragionevole di danno all'ambiente marino. Questa articolazione plurale di competenze è idonea a rispondere alla natura transfrontaliera del danno ambientale, riducendo il rischio che l'inefficienza dei controlli in un singolo ordinamento mini l'efficacia dell'intero sistema.

La frammentazione giurisdizionale resta, nondimeno, una vulnerabilità concreta. Le varie fasi di un'attività marittima possono coinvolgere molti soggetti e territori in paesi differenti, mentre il carico può essere prodotto, assicurato, trasportato, scaricato e trattato in Stati ulteriori. La condotta può inoltre attraversare acque interne, mare territoriale, zona contigua, zona economica esclusiva, alto mare e porti sottoposti a diverse giurisdizioni. Non si crea così una zona di non diritto, ma il controllo rischia di indebolirsi quando nessuna autorità disponga di informazioni complete, mezzi probatori adeguati o sufficiente capacità operativa. In questo contesto, lo Stato del porto svolge una funzione integrativa e – in presenza di carenze nei controlli esercitati da altri Stati – potenzialmente correttiva. Le verifiche portuali possono rendere visibile ciò che, in alto mare, può rimanere difficilmente osservabile, trasformando i controlli tecnico-documentali e ispettivi in uno strumento di accertamento della conformità ambientale. A tale scopo, il contributo di MARPOL 73/78 si dimostra fondamentale. Documenti e registri non svolgono una funzione meramente burocratica, ma la loro accessibilità e attendibilità costituisce il presupposto della controllabilità delle operazioni svolte durante la navigazione. L'accertamento di falsificazioni documentali, frodi, violazioni doganali e manipolazioni dei dati, quando risultino funzionalmente legati alla commissione o all'occultamento di illeciti ambientali, costituisce pertanto una componente essenziale dell'effettività della tutela dell'ambiente.

I regimi regionali di *Port State Control* rafforzano la capacità di intervento attraverso procedure comuni di ispezione e la gestione di

banche dati condivise. Il *Paris Memorandum of Understanding on Port State Control* (*Paris MoU*, 1982) coordina la partecipazione di autorità marittime dell'area europea e del Nord Atlantico, mirando a impedire che una nave non conforme possa sottrarsi stabilmente ai controlli per mezzo di modifiche di rotta o della scelta di porti caratterizzati da minore capacità ispettiva[5]. La selezione delle navi in base ai profili di rischio, lo scambio di informazioni sulle ispezioni precedenti e il potere di disporre il fermo contribuiscono a ridurre il vantaggio competitivo degli operatori che risparmiano sui costi di sicurezza e tutela ambientale. I porti si dimostrano dunque centrali nella prevenzione dei traffici di rifiuti pericolosi, in una prospettiva che trascende la mera dimensione amministrativa[6]. Quando i rifiuti prodotti a bordo siano conferiti alle strutture portuali di raccolta, essi entrano nel circuito terrestre di gestione e il loro eventuale successivo movimento transfrontaliero può ricadere nell'ambito della Convenzione di Basilea (purché ne ricorrano i presupposti applicativi).

Infine, l'Accordo ai sensi della Convenzione ONU sul diritto del mare relativo alla conservazione e all'uso sostenibile della biodiversità marina nelle aree al di là della giurisdizione nazionale (Accordo BBNJ, 2023) opera su un piano integrativo rispetto alla disciplina della UNCLOS (in quanto suo *implementing agreement*, in vigore dal 17 gennaio 2026) e alle convenzioni settoriali. L'Accordo BBNJ non attribuisce allo Stato del porto nuovi poteri repressivi, ma rafforza le condizioni di cooperazione, trasparenza e conoscenza delle attività svolte nelle aree al di là della giurisdizione nazionale. La disciplina delle risorse genetiche marine e della ripartizione dei benefici, degli strumenti di gestione per area, delle valutazioni di impatto ambientale, nonché del rafforzamento delle capacità e del trasferimento di tecnologia marina (Parti II-V) può rafforzare la disponibilità e lo scambio di informazioni rilevanti per la conoscenza delle attività svolte in tali spazi e, indirettamente, per l'individuazione di eventuali criticità di conformità.

In ogni caso, la funzione dello Stato del porto non sostituisce la responsabilità primaria dello Stato di bandiera, né assorbe le competenze spettanti allo Stato costiero. Essa costituisce, piuttosto, il punto nel quale gli obblighi internazionali di prevenzione e controllo possono tradursi in verifiche materiali per l'acquisizione di elementi di prova e, quando necessario, in misure idonee ad arrestare la prosecuzione di

[5] A titolo di ulteriori esempi, si vedano il *Tokyo MoU* (1993) e il *Mediterranean MoU* (1997).

[6] Cfr.: IMO, *Consolidated Guidance for Port Reception Facility Providers and Users*, MEPC.1/Circ.834/Rev.1, 2018; Convenzione di Basilea del 1989, artt. 1, 2, 4 e 6.

attività non conformi. L'effettività della tutela dipende quindi dall'integrazione tra i diversi livelli di giurisdizione. A tale assetto giuridico si affianca la responsabilità degli operatori economici, chiamati a organizzare le attività e i rapporti contrattuali secondo criteri di prevenzione, tracciabilità e gestione del rischio. Solo il coordinamento tra questi piani consente di ridurre le zone d'ombra e gli spazi di impunità che la frammentazione delle filiere marittime può altrimenti favorire.

3. *Illeciti marittimi tra traffici transfrontalieri di rifiuti pericolosi, incidenti e controlli portuali: i casi* Probo Koala, X-Press Pearl *e la prassi applicativa dell'*APPS

La vicenda *Probo Koala* costituisce uno dei casi più significativi di intersezione tra esigenze legate alla gestione transfrontaliera di rifiuti pericolosi, responsabilità d'impresa e necessità di tutelare le comunità costiere. Nel 2006, nel corso di operazioni di trattamento della nafta effettuate a bordo, la nave generò residui liquidi altamente inquinanti. Dopo l'approdo ad Amsterdam, il conferimento a un operatore specializzato fu inizialmente preso in considerazione, ma non venne perfezionato anche per l'elevato costo del trattamento. La nave lasciò quindi il porto e, dopo ulteriori scali, raggiunse la Costa d'Avorio. Ad Abidjan, il carico fu affidato a un soggetto privo di strutture idonee e successivamente disperso in diversi siti urbani e nelle aree circostanti. L'episodio produsse una grave crisi sanitaria e ambientale, esponendo numerose persone a sostanze tossiche e incidendo pesantemente sulla vita delle comunità locali. Il rilievo giuridico della vicenda, tuttavia, non dipende soltanto dalle modalità dello smaltimento finale. Il danno fu reso possibile da una successione di decisioni concernenti la produzione e la qualificazione del residuo, il suo trasporto, la scelta dello scalo e dell'intermediario, nonché le condizioni economiche del trattamento.

Il caso evidenzia l'importanza del raccordo sistemico tra MARPOL 73/78 e Convenzione di Basilea. I residui prodotti nel corso delle operazioni a bordo di una nave possono essere sottoposti alle prescrizioni del diritto marittimo internazionale in materia di prevenzione dell'inquinamento e conferimento presso strutture portuali di raccolta. Qualora tali residui, una volta conferiti a terra, siano qualificabili come rifiuti pericolosi e costituiscano oggetto di un movimento transfrontaliero ai sensi della Convenzione di Basilea, non disciplinato da un accordo o da un'intesa bilaterale, multilaterale o regionale idonei ad assicurare un livello di controllo non inferiore, possono venire in rilievo anche le norme di quest'ultima Convenzione. In tale ipotesi,

devono essere individuati gli Stati di esportazione, importazione e transito, procedendo alla verifica della correttezza delle informazioni trasmesse e assicurando la gestione ambientalmente corretta dei rifiuti fino alla destinazione finale[7].

Il procedimento penale svoltosi nei Paesi Bassi mise in luce l'importanza delle condotte societarie sotto il profilo documentale. L'illecito non si presentava come un fatto isolato attribuibile all'equipaggio, ma come il possibile esito di una catena di scelte a livello commerciale e logistico in cui la descrizione del materiale, la selezione dell'operatore incaricato e la ricercata riduzione dei costi di trattamento rivestivano un ruolo determinante. La pluralità dei procedimenti giudiziari, amministrativi e transattivi avviati nei Paesi Bassi, in Costa d'Avorio e nel Regno Unito mise in luce la difficoltà di ricostruire unitariamente – in assenza di un meccanismo internazionale centralizzato – l'intera filiera delle decisioni e delle responsabilità[8]. La vicenda, pertanto, dimostra che il contrasto ai traffici di rifiuti pericolosi esige più delle sole regole sullo scarico e sullo smaltimento finale. Si rivelano altresì essenziali la verifica dell'affidabilità degli impianti di destinazione, la correttezza della documentazione e il coordinamento tra autorità portuali, doganali, ambientali e giudiziarie. In mancanza di tali presìdi, il costo del trattamento può essere trasferito verso territori e popolazioni che dispongono di minori risorse amministrative e di regimi di tutela meno effettivi.

L'incendio sviluppatosi a bordo della *MV X-Press Pearl* al largo dello Sri Lanka nel 2021, seguito dall'affondamento della nave, presenta una diversa configurazione del rischio ambientale marittimo. A differenza della *Probo Koala*, il caso non riguarda l'abbandono deliberato di rifiuti, ma la gestione di un carico pericoloso e gli interrogativi circa l'adeguatezza delle misure adottate per prevenire o contenere la relativa emergenza. La nave trasportava, fra l'altro, acido nitrico e grandi quantità di pellet plastici, poi dispersi nell'ambiente marino e lungo la costa. Il danno derivò dalla compresenza di più fonti di contaminazione, tra cui sostanze chimiche, componenti del carico, plasti-

[7] Cfr. K. van Wingerde, *The Limits of Environmental Regulation in a Globalized Economy. Lessons from the Probo Koala Case*, in J. van Erp, W. Huisman, G. Vande Walle (eds.), *The Routledge Handbook on White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Oxford, 2015, 260-275. Cfr. Convenzione di Basilea del 1989, artt. 1, 2, 4, 6, 9, 11 e Allegato V-A.

[8] Cfr. Amsterdam District Court, *Trafigura Beheer BV*, Criminal Judgment, 23 luglio 2010. Per il contenzioso civile nel Regno Unito, cfr. *Motto & Ors. v. Trafigura Ltd* [2009], EWHC 1246 (QB).

che e residui di combustibile. Il pregiudizio, dunque, non coincise soltanto con l'incendio o con il naufragio, ma proseguì attraverso la dispersione del materiale, l'esposizione della fauna marina a sostanze nocive e l'alterazione degli *habitat* costieri, con conseguenze anche per la salute e le attività economiche delle comunità dipendenti dalle risorse marine. Il caso rivelò i limiti dell'applicazione dei regimi di responsabilità e compensazione settoriali, concepiti per categorie specifiche di sostanze inquinanti, dinanzi a un incidente invece caratterizzato dalla dispersione simultanea di prodotti chimici, plastiche e combustibili[9], evidenziando una potenziale distanza tra l'ampiezza del danno ecosistemico e gli strumenti disponibili per stimarlo, ripararlo e ripartirne i costi tra i soggetti coinvolti. Alla luce di tale esperienza, occorre perciò superare una lettura puramente patrimoniale del danno e – accanto al valore del carico perduto, dei beni danneggiati o delle attività economiche sospese – devono essere considerati i costi di bonifica e ripristino ecosistemico, alla luce della compromissione della biodiversità e dell'incertezza sugli effetti di lunga durata. L'incidente ha confermato altresì la centralità della prevenzione. Per carichi idonei a produrre conseguenze gravi, diffuse e persistenti, non è sufficiente il rispetto formale delle prescrizioni di trasporto ma sono imprescindibili una valutazione realistica del rischio, la predisposizione di piani di emergenza adeguati e un coordinamento tempestivo fra operatori e autorità portuali, così da evitare che un'avaria, una perdita o un incendio a bordo si trasformino in un disastro ambientale[10].

Una terza prospettiva emerge dalla prassi giudiziaria statunitense relativa all'*Act to Prevent Pollution from Ships* del 1980 (APPS, 33 U.S.C. §§ 1905-1915), il provvedimento legislativo che dà attuazione interna agli obblighi derivanti da MARPOL 73/78. In numerosi procedimenti negli USA, compagnie di navigazione e membri del loro equipaggio sono stati perseguiti per scarichi illeciti di acque di sentina contaminate da idrocarburi, accompagnati dalla falsificazione o dall'incompleta compilazione dell'*Oil Record Book*[11]. Questi casi evi-

[9] Cfr. TSIB, *Final Report: Fire Onboard X-Press Pearl at Colombo Anchorage*, TIB/MAI/CAS.110, Singapore, 16 ottobre 2023. Cfr. X. Zhang *et al.*, *The X-Press Pearl Disaster Underscores Gross Neglect in the Environmental Management of Shipping: Review of Future Data Needs*, in *Marine Pollution Bulletin*, 2023, 189, 114728.

[10] Cfr. Supreme Court of Sri Lanka, *MV X-Press Pearl*, Judgment, 24 luglio 2025, SC/FR 168, 176, 184 e 277/2021, in particolare sull'accertata prevenibilità del disastro, sulla responsabilità dei soggetti coinvolti e sulle misure di compensazione, ripristino e protezione ambientale ordinate dalla Corte.

[11] Cfr. *United States v. Ionia Management S.A.*, 555 F.3d 303 (2d Cir. 2009). Per

denziano come l'effettività delle regole tecniche dipenda dalla veridicità delle informazioni sulle quali si fonda il controllo e, in particolare, come il porto debba assumere una funzione che supera quella di struttura deputata al mero transito commerciale. Uno scarico illecito in alto mare può d'altronde avvenire lontano dall'osservazione immediata delle autorità ma, entrando volontariamente in porto, la nave reca con sé registri, apparecchiature, personale e tracce materiali utili a verificare la corrispondenza fra la documentazione e le operazioni effettivamente svolte. Si realizza così il collegamento tra una condotta realizzata in mare e l'esercizio effettivo della giurisdizione interna, idoneo ad aumentare il costo dell'elusione e ridurre il vantaggio economico della violazione. Ciò, naturalmente, a patto che lo Stato del porto disponga di idonee capacità ispettive, competenze tecniche e risorse investigative, nonché della possibilità di sostenere procedimenti complessi contro operatori inseriti in gruppi societari transnazionali.

I tre gruppi di casi mostrano, in definitiva, configurazioni diverse dell'illecito ambientale marittimo. Nella vicenda *Probo Koala*, il danno deriva da una filiera transnazionale di gestione illecita dei rifiuti pericolosi; nel caso della *X-Press Pearl*, dall'insufficiente prevenzione e gestione di un incidente riguardante un carico complesso; nei procedimenti APPS, dall'occultamento dello scarico mediante falsità documentali emerse attraverso controlli in porto. Il dato comune è che la tutela dell'ambiente marino non può essere affidata alla sola repressione delle attività materiali lesive dell'ambiente ma deve raggiungere anche le decisioni economiche, organizzative e informative che presiedono alla violazione, collegando prevenzione, tracciabilità, cooperazione tra autorità e responsabilità degli operatori economici dal momento dell'imbarco sino alla destinazione finale del carico o del rifiuto.

4. Enforcement *e responsabilità multilivello nella tutela internazionale dell'ambiente marino*

I *case studies* hanno posto in risalto come la protezione dell'ambiente marino non possa essere affidata al solo divieto di inquinare, né a una mera reazione repressiva successiva al verificarsi del danno. La

ulteriori esempi della prassi applicativa statunitense, cfr. U.S. Department of Justice: *Shipping Corporations Sentenced To $10.4 Million Monetary Penalty for Environmental Crimes on Four Ships*, 23 luglio 2013; *Shipping Companies Sentenced to $2M Criminal Penalty for Concealing Oil Discharge*, 27 settembre 2024; *Shipping Company Fined $2M for Maritime Pollution Offense*, 27 agosto 2025.

pluralità degli attori coinvolti nelle attività marittime, la dimensione transnazionale delle filiere economiche e la difficoltà di acquisire elementi di prova rispetto a fatti compiuti in mare aperto richiedono uno stretto coordinamento tra funzioni di prevenzione, controllo, accertamento, sanzione e riparazione. La tutela dell'ambiente marino presenta pertanto una struttura multilivello, nella quale si intrecciano, senza sovrapporsi, gli obblighi internazionali degli Stati, le forme di responsabilità applicabili alle imprese e la responsabilità penale individuale delle persone fisiche. Come già rilevato, lo Stato di bandiera conserva una funzione primaria, ma non esclusiva. Gli Stati costieri e gli Stati del porto esercitano competenze complementari, mentre imprese, armatori, noleggiatori, proprietari del carico e gestori degli impianti possono essere assoggettati, alle condizioni previste dalle norme applicabili, a obblighi di organizzazione, controllo, prevenzione e gestione del rischio. In tale contesto, le persone fisiche possono essere chiamate a rispondere in sede penale qualora la loro condotta sia riconducibile a una fattispecie incriminatrice rilevante e ne risultino integrati gli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi. La gravità del danno, l'impiego di artifici o falsificazioni, l'eventuale reiterazione delle violazioni e il ruolo rivestito nella catena organizzativa o finanziaria possono inoltre assumere rilievo ai fini della qualificazione del fatto, dell'accertamento della responsabilità o della determinazione della sanzione[12].

4.1 Due diligence *ambientale e responsabilità internazionale dello Stato*

Nell'architettura appena descritta, un primo piano di tutela è costituito dagli obblighi internazionali gravanti sullo Stato e dalla responsabilità internazionale che può derivare dalla loro violazione, quando un comportamento commissivo od omissivo attribuibile allo Stato non sia conforme a un obbligo internazionale vigente nei suoi confronti[13]. Con riguardo alle attività marittime, rilevano pertanto gli obblighi derivanti dalla UNCLOS, dalle convenzioni tecniche sull'in-

[12] Cfr.: C. Nellemann *et al.* (eds.), *The Rise of Environmental Crime. A Growing Threat to Natural Resources, Peace, Development and Security. A UNEP-INTERPOL Rapid Response Assessment*, Nairobi, 2016; UNICRI-UNEP, *The State of Knowledge of Crimes that Have Serious Impacts on the Environment*, Nairobi, 2018.

[13] CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (ARSIWA), A/RES/56/83, 2001, artt. 1-2.

quinamento navale e dalle regole generali di prevenzione del danno transfrontaliero. Il fatto che il danno sia materialmente prodotto da soggetti privati non esclude la possibile responsabilità dello Stato per la violazione di propri obblighi di prevenzione, controllo, vigilanza o cooperazione. Occorre infatti verificare se esso abbia predisposto e attuato un apparato normativo, amministrativo e giudiziario adeguato alla prevenzione e alla gestione del rischio. La *due diligence* non costituisce un'obbligazione di risultato e non rende automaticamente lo Stato responsabile di ogni danno verificatosi nell'ambito della propria giurisdizione. Tale obbligo di diligenza, piuttosto, esige l'adozione di misure ragionevoli ed effettive, commisurate alla gravità e alla prevedibilità del rischio, alle conoscenze scientifiche disponibili, alle capacità tecniche, alla natura dell'attività e alla possibile irreversibilità del pregiudizio. Ferma restando la variabilità del contenuto concreto dell'obbligo, il tenore della diligenza richiesta tenderà a essere più rigoroso quando il rischio di danno grave, esteso o irreversibile risulti conosciuto o ragionevolmente prevedibile[14].

Nel diritto del mare, questa impostazione discende direttamente dalle disposizioni generali della Parte XII UNCLOS, che impongono di proteggere e preservare l'ambiente marino (art. 192) nonché di prevenire, ridurre e controllare qualsiasi fonte di inquinamento (art. 194.1), attribuendo particolare risalto alla prevenzione e al contenimento della possibile propagazione transfrontaliera del danno da inquinamento (art. 194.2). Nel testo della UNCLOS, tali obblighi si coniugano alle azioni di monitoraggio (artt. 204-205) e alla valutazione in chiave preventiva – da effettuarsi nella misura di quanto concretamente possibile – dei potenziali effetti delle attività progettate quando sussistano ragionevoli motivi per ritenere che possano causare un inquinamento sostanziale o modificazioni significative e dannose dell'ambiente marino (art. 206). A ciò, si aggiungono gli obblighi di cooperazione, che gli Stati sono chiamati a sviluppare su base globale e regionale in funzione della protezione e della preservazione dell'ambiente marino (art. 197), insieme alle regole in tema di responsabilità e risarcimento (art. 235). I doveri di prevenzione non si esauriscono quindi nell'adozione formale di norme o nel rilascio di un'autorizzazione, ma necessitano di dati affidabili, controlli effettivi di conformità ai requisiti internazionali, continuo aggiornamento degli standard e capacità di reagire quando il rischio si concretizza.

[14] Sul tema, cfr.: A. Ollino, *Due Diligence Obligations in International Law*, Cambridge, 2022; T. Koivurova, K. Singh, *Due Diligence*, MPEPIL, 2022; P. Ridings, *Due Diligence in International Law*, in *ILC Report*, A/79/10, Annex II, 2024, 146-162.

La Corte internazionale di Giustizia (CIG), nel caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, ha riconosciuto come la valutazione preventiva dell'impatto ambientale integri un obbligo previsto del diritto internazionale generale quando un'attività sia suscettibile di produrre danni transfrontalieri significativi[15]. In presenza di un rischio plausibile di danno grave o irreversibile e di incertezza scientifica, un'impostazione coerente con il principio di precauzione – pur non imponendo un modello procedurale uniforme – richiede che le decisioni autorizzative siano precedute da un esame tempestivo e adeguatamente informato dei possibili effetti, rafforzando l'esigenza di cooperazione ai fini di tale valutazione e del successivo monitoraggio dell'attività. Per l'ambiente marino, questo approccio implica di considerare la mobilità dei fattori inquinanti e l'interdipendenza tra gli ecosistemi costieri e l'alto mare, nonché di tenere conto dei possibili effetti cumulativi delle conseguenze delle attività considerate e della possibilità che il danno si propaghi oltre i confini delle giurisdizioni coinvolte. Ne deriva, dunque, che tanto il trasporto di sostanze pericolose e la gestione dei rifiuti quanto le estrazioni *offshore*, i dragaggi e la realizzazione di opere ingegneristiche non possono essere valutati in modo isolato se suscettibili di incidere su aree marine geograficamente contigue.

Il Parere consultivo reso dal Tribunale internazionale per il diritto del mare (ITLOS) il 21 maggio 2024 ha confermato la natura dinamica della *due diligence*. L'ITLOS ha qualificato le emissioni antropiche di gas serra come un fattore di inquinamento dell'ambiente marino ai sensi dell'art. 1.1(4) UNCLOS e ha affermato che gli Stati sono tenuti ad adottare misure idonee per prevenirlo, ridurlo e controllarlo, confermando come lo standard di diligenza debba necessariamente evolvere insieme alle conoscenze scientifiche, agli strumenti tecnici disponibili e alla crescente consapevolezza della gravità del rischio climatico per gli oceani[16]. Pur essendo stato reso con specifico riguardo

[15] CIG, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, 20 aprile 2010, §§ 101, 164, 204-205. Inoltre: CIG, *Obligations of States in Respect of Climate Change*, Advisory Opinion, 23 luglio 2025, §§ 289, 295 e 299-300. Cfr. *Trail Smelter Case (United States, Canada)*, Awards, 16 aprile 1938 e 11 marzo 1941, in *RIAA*, III, 2006, 1905-1982. Inoltre, cfr. CIG: *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, 25 settembre 1997, §§ 53-54, 112, 140; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, 16 dicembre 2015, §§ 101 e 104-107.

[16] L'ITLOS ha qualificato come «stringente» lo standard di diligenza dovuta relativo alla prevenzione dell'inquinamento marino causato da emissioni antropiche di gas serra, in ragione dell'elevato rischio di danni seri e irreversibili, precisando che

all'inquinamento marino causato dalle emissioni antropiche di gas serra, il Parere offre chiarimenti di carattere generale utili ad avvalorare l'applicazione dei criteri di diligenza dovuta anche in riferimento alla sfera degli illeciti marittimi, in considerazione dell'impatto negativo che questi ultimi possono avere sull'ecosistema marino e della possibile dimensione transfrontaliera del danno ambientale da essi causato. Nelle situazioni in cui siano presenti carichi tossici, rifiuti pericolosi, grandi quantitativi di plastica oppure altri potenziali inquinanti o attività comunque capaci di compromettere *habitat* marini su vasta scala, lo Stato non può pertanto limitarsi ad effettuare controlli occasionali ma deve invece disporre di sistemi informativi, apparati ispettivi e standard tecnici sempre aggiornati, allestendo tempestive procedure di emergenza, canali di segnalazione e altre forme effettive di cooperazione e coordinamento con le autorità degli altri Stati interessati. L'assenza o l'inadeguatezza della programmazione di tali presìdi può costituire un indice dell'inosservanza degli obblighi di prevenzione e controllo rispetto a rischi conosciuti o ragionevolmente prevedibili, attivando profili di responsabilità dello Stato qualora risultino integrati i presupposti dell'illecito internazionale.

4.2 *Il regime di responsabilità delle imprese e delle persone fisiche*

Il secondo piano della tutela riguarda gli operatori economici e le forme di responsabilità civile, amministrativa o penale alle quali essi possono essere assoggettati ai sensi delle discipline rilevanti negli ordinamenti nazionali (e, come si vedrà, nel diritto dell'Unione europea). La predisposizione di un apparato legislativo, amministrativo e giudiziario idoneo a disciplinare, controllare e sanzionare le attività private integra del resto uno dei principali contenuti degli obblighi di prevenzione e di diligenza dovuta gravanti sugli Stati. Nei settori caratterizzati da elevati rischi ambientali, l'effettività della prevenzione

l'applicazione concreta delle misure deve tenere conto, tra l'altro, delle capacità e delle risorse disponibili degli Stati. Cfr. ITLOS, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, Advisory Opinion, 21 maggio 2024, Case No. 31, §§ 145-155, 159-180, 199-223, 225-229, 232-258. Inoltre, cfr. ITLOS: *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order, 27 agosto 1999, §§ 77-80; *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, Seabed Disputes Chamber, 1° febbraio 2011, §§ 107-120, 125-135, 164 ss.

richiede che le imprese adottino procedure proporzionate alla natura delle operazioni e ai rischi concretamente conoscibili. Tali procedure possono comprendere la verifica della natura delle sostanze trasportate, dell'affidabilità degli intermediari, dell'adeguatezza degli impianti di destinazione, della correttezza della documentazione e della preparazione del personale, nonché la predisposizione di procedure per la segnalazione delle anomalie e la gestione delle emergenze. L'obiettivo è evitare che la ricerca di una riduzione dei costi induca l'abbassamento degli standard di sicurezza oppure determini l'elusione delle regole sul trattamento o sullo smaltimento. Nelle filiere transnazionali, i processi di *due diligence* societaria possono dunque estendersi al di là della singola impresa e coinvolgere le attività di società controllate e le relazioni con contraenti, fornitori, intermediari e altri soggetti operanti nella catena del valore. In ogni caso, ciò non comporta un'automatica imputazione alla capogruppo o al committente delle condotte poste in essere da soggetti giuridicamente distinti, dato che l'attribuzione richiede sempre l'accertamento del ruolo effettivamente svolto, del potere di controllo o di influenza esercitato e delle informazioni accessibili, oltre alla valutazione della ragionevole prevedibilità del rischio alla luce delle conoscenze tecniche e scientifiche disponibili. La complessità della struttura delle partecipazioni societarie non può comunque essere utilizzata in guisa di espediente per occultare l'identità di coloro che assumono decisioni economiche o organizzative determinanti[17].

Accanto alla responsabilità degli enti privati rimane inoltre ferma quella delle persone fisiche. Membri dell'equipaggio coinvolti in pratiche vietate, ufficiali che compilino registri falsi, dirigenti che autorizzino trasporti manifestamente insicuri, responsabili della logistica che selezionino consapevolmente intermediari inidonei e amministratori che omettano controlli obbligatori possono ricoprire ruoli differenti nella realizzazione dell'illecito. La risposta sanzionatoria, in ogni caso,

[17] Con riguardo a questa complessa tematica, cfr. UN HRC: *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, A/HRC/17/31, 2011, *principles* 13, 15, 17-21; *Third Revised Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*, OEIGWG, 17 agosto 2021, artt. 6-8. Inoltre, cfr. A. Peters *et al.*, *Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law*, MPIL Research Paper Series, 2020, n. 6. Le imprese, del resto, sono *driver* fondamentali anche per il conseguimento degli SDGs dell'*Agenda 2030* dell'ONU (A/RES/70/1, 2015) attraverso modelli di *business* responsabili e sostenibili.

deve restare opportunamente graduata. Le misure amministrative possono correggere carenze tecniche e imporre il rispetto delle prescrizioni, mentre le azioni civili e riparatorie possono concorrere all'internalizzazione dei costi del danno e al finanziamento delle operazioni di bonifica e ripristino, contribuendo nei limiti del possibile al recupero dell'equilibrio ecologico compromesso. L'intervento penale può invece trovare applicazione qualora la condotta della persona fisica sia riconducibile a una fattispecie incriminatrice e ne risultino integrati gli elementi oggettivi e soggettivi. La gravità del danno, l'intenzionalità, la reiterazione, l'impiego di artifici documentali e il ruolo svolto nella struttura organizzativa possono rilevare ai fini della configurazione dell'illecito, dell'attribuzione della responsabilità o della determinazione della sanzione. La distinzione tra i diversi livelli di tutela non implica però che essi operino in compartimenti separati. Le prescrizioni amministrative definiscono spesso gli standard tecnici di condotta e la loro violazione deliberata può costituire un primo indice di rischio. Quando sia accompagnata da danno, tale violazione può assumere rilievo anche sul piano civile o penale, rendendo comunicanti prevenzione amministrativa, riparazione e repressione delle condotte più gravi. In questa cornice, la sanzione penale non impone soltanto un costo economico, ma esprime il disvalore della condotta e rafforza la deterrenza. La sua efficacia, tuttavia, dipende dalla capacità di raggiungere sia gli autori materiali sia coloro che hanno tratto vantaggio dalla violazione o l'hanno resa possibile mediante decisioni organizzative e finanziarie[18].

4.3 *Diritti umani, diritto umanitario e responsabilità per grave distruzione ambientale: prospettive* de lege ferenda *verso il crimine internazionale di ecocidio*

La responsabilità multilivello acquista ulteriore rilievo quando il danno ambientale sia letto alla luce della tutela dei diritti umani. La degradazione dell'ambiente marino può in effetti incidere sul godimento del diritto alla vita, alla salute e al rispetto della vita privata e familiare, nonché sull'accesso all'acqua e all'alimentazione, sul diritto al lavoro e sui diritti culturali delle popolazioni costiere e indigene. Il mare, infatti, non rappresenta soltanto un bene naturale astrattamente

[18] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1203, 11 aprile 2024, artt. 3-10. Inoltre: A. Maniccia (a cura di), *Crimini ambientali: "Mass disasters" e tutela penale dell'ecosistema*, Milano, 2021.

considerato, ma la base materiale di attività economiche, relazioni sociali e forme di sussistenza essenziali all'esistenza umana[19].

Nel sistema europeo, la Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU) ha ricavato obblighi positivi per gli Stati parte della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) con riguardo alla prevenzione di gravi rischi ambientali. Lo Stato deve predisporre un quadro normativo e amministrativo idoneo, assicurare controlli efficaci e garantire alle persone interessate accesso alle informazioni rilevanti sui pericoli cui siano esposte[20]. La sentenza *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* del 9 aprile 2024 ha ulteriormente chiarito che l'art. 8 CEDU comprende il diritto degli individui a una protezione effettiva, da parte delle autorità statali, contro i gravi effetti avversi del cambiamento climatico sulla vita, sulla salute, sul benessere e sulla qualità della vita. Tale obbligo richiede allo Stato di adottare e applicare un quadro normativo e istituzionale idoneo alla mitigazione delle suddette ripercussioni negative, comprensivo di obiettivi e tempi verificabili per la riduzione delle emissioni, pur lasciando alle autorità nazionali un margine di apprezzamento nella selezione delle misure concrete da implementare[21].

Nel sistema interamericano, l'Opinione consultiva OC-23/17 della Corte interamericana dei diritti umani (Corte IDH) ha riconosciuto valore intrinseco all'ambiente e ha collegato la sua protezione a obblighi di prevenzione, valutazione di impatto, informazione, coordinamento e accesso alla giustizia incombenti sugli Stati parte del Patto di San José (CADU) del 1969[22]. Questa impostazione è particolarmente rilevante per la tutela del mare, poiché le conseguenze di uno scarico

[19] Cfr. A. Puentes Riaño, *The Ocean and Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*, A/HRC/58/59, 2024. Inoltre: *The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*, A/RES/76/300, 28 luglio 2022.

[20] Cfr. Corte EDU: *López Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994, ric. n. 16798/90; *Tătar c. Romania*, 27 gennaio 2009, ric. n. 67021/01. Inoltre: Principio 21 – Dichiarazione di Stoccolma del 1972 (A/CONF.48/14/Rev.1); Principio 15 – Dichiarazione di Rio del 1992 (A/CONF.151/26 Vol. I); *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC, 1992), art. 3.3; *Paris Agreement*, 2015, Preambolo.

[21] Corte EDU, Grande Camera, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, §§ 410-421, 519, 543-550, 555-557, 572-574.

[22] Cfr. Corte IDH: *The Environment and Human Rights*, Advisory Opinion OC-23/17, 15 novembre 2017, §§ 46-67, 83-104, 118-125, 140-145; *Climate Emergency and Human Rights*, Advisory Opinion OC-32/25, 29 maggio 2025, (Ser. A) No. 32, §§ 321-376, 384, 414-434, 551, 556 ss. Inoltre, cfr. African Commission on Human and Peoples' Rights, *SERAC and CESR v. Nigeria*, Communication n. 155/96, 2001.

o di un disastro marittimo possono colpire popolazioni situate anche oltre il territorio dello Stato nel quale la fonte del danno è primariamente localizzata.

La tutela dell'ambiente marino, inoltre, si complica ulteriormente nel contesto dei conflitti armati. Attacchi contro navi cisterna, terminali portuali, impianti industriali costieri, piattaforme *offshore* o infrastrutture energetiche sottomarine possono generare danni estesi, persistenti e difficilmente reversibili. Il diritto internazionale umanitario vieta metodi e mezzi di guerra intesi a provocare – o dai quali ci si possa attendere – "danni estesi, durevoli e gravi" all'ambiente naturale[23]. Ai limiti specifici si affiancano i principi generali di distinzione, proporzionalità e precauzione nella conduzione delle ostilità. Il rispetto dell'ambiente, in tale prospettiva, costituisce infatti uno degli elementi rilevanti per accertare la conformità dell'azione ai suddetti principi. Nel Parere consultivo sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari, la CIG ha chiarito che l'ambiente non costituisce un'astrazione, ma lo spazio vitale nel quale si definiscono l'esistenza, la salute e la qualità della vita degli esseri umani, comprese le generazioni future. La Corte ha pertanto affermato che gli Stati devono tenere conto delle implicazioni ambientali nel valutare ciò che sia necessario e proporzionato al conseguimento di obiettivi militari legittimi[24]. La Convenzione ENMOD del 1976 – pur riferendosi specificamente al divieto dell'uso, per fini militari o per qualsiasi altro scopo ostile, di tecniche di modificazione ambientale aventi effetti diffusi, duraturi o gravi – costituisce un ulteriore indice della rilevanza della tutela dell'ambiente nella disciplina dei conflitti armati (art. I).

Il Progetto di principi sulla protezione dell'ambiente in relazione ai conflitti armati, elaborato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2022[25], sviluppa il quadro normativo e gli orientamenti emersi nella giurisprudenza e nella prassi internazionale, proponendo una tutela articolata nelle fasi precedente, concomitante e successiva al conflitto armato. I 27 principi contemplano, fra l'altro, misure di protezione delle aree ecologicamente sensibili, disposizioni sulla gestione dei residuati bellici e previsioni relative alla riparazione dei danni am-

[23] Come è evidente, si tratta in ogni caso di una soglia cumulativa e particolarmente elevata. Cfr.: Prot. agg. I alle Conv. di Ginevra del 12 agosto 1949, 8 giugno 1977, artt. 35.3 e 55.1; CICR, *Customary IHL Database*, regg. 43-45.

[24] Cfr. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, §§ 29-30, 33, 35.

[25] CDI, *Draft Principles on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts* (PERAC), A/RES/77/104, 2022.

bientali nel periodo postbellico. Qualora danni ambientali derivino da aggressioni o da operazioni militari illecite, la violazione degli obblighi internazionali posti a tutela dell'ambiente può del resto comportare la responsabilità dello Stato e il conseguente obbligo di riparazione. L'esperienza della *United Nations Compensation Commission* (UNCC), istituita dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU con la Risoluzione 692 (1991) per amministrare i risarcimenti dei danni direttamente derivanti dall'invasione e dall'occupazione illegittime del Kuwait da parte dell'Iraq, mostra che le pretese relative a danni ambientali – inclusi gli sversamenti di petrolio in mare e le conseguenze degli incendi dei pozzi petroliferi – possono formare oggetto di specifici meccanismi risarcitori[26]. L'effettività di questi obblighi resta però problematica quando le operazioni di guerra siano ancora in corso, oppure qualora lo Stato responsabile non cooperi o gli elementi di prova risultino compromessi dagli eventi bellici. Purtroppo, la distruzione prodotta dalla guerra può produrre conseguenze ambientali che superano di gran lunga la durata delle campagne militari, rendendo necessarie forme di monitoraggio e riparazione di lungo periodo.

Il dibattito *de lege ferenda* sul crimine di ecocidio interviene così sullo sfondo della ricerca di una risposta ulteriore alle condotte capaci di produrre danni ambientali eccezionalmente gravi. Allo stato attuale, l'ecocidio non costituisce un crimine autonomo di competenza della Corte penale internazionale (CPI) e non rientra tra i crimini contro l'umanità disciplinati dall'art. 7 del suo Statuto. La protezione dell'ambiente nello Statuto di Roma del 1998 resta principalmente collegata ai crimini di guerra e alla soglia molto elevata prevista dal suo art. 8.2(b)(iv) in relazione al lancio deliberato di attacchi nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza danni diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale, manifestamente eccessivi rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti. L'introduzione di un'autonoma fattispecie di ecocidio richiederebbe quindi una modifica dello Statuto della CPI secondo la procedura di emendamento prevista dal suo art. 121[27].

In questa prospettiva si colloca la proposta formulata nel 2021 dall'*Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide*, che

[26] UNCC, S/AC.26/2005/10, 30 giugno 2005. Cfr. S/RES/687 (1991), § 16. Inoltre, cfr. artt. 31 e 34-39 ARSIWA.

[27] Sull'argomento, cfr.: L. Natali, R. White, *The Ecocide-Genocide Nexus: A Green Criminology Perspective*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2019, 3, 186-195; L. J. Sieders, *The Battle of Realities: The Case for and Against the Inclusion of 'Ecocide' in the ICC Rome Statute*, in M. Espinoza de Los Monteros de la Parra, M. Gul-

suggerisce l'introduzione di un nuovo art. 8-*ter* e la conseguente modifica dell'art. 5 dello Statuto, al fine di includere l'ecocidio tra i crimini di competenza della Corte[28]. La fattispecie proposta qualifica come ecocidio gli atti illeciti o temerari, commessi nella consapevolezza della sostanziale probabilità che essi causino un danno grave e diffuso oppure grave e di lunga durata all'ambiente. Per atti "temerari" (*wanton*) si intendono quelli posti in essere con grave indifferenza per un danno chiaramente eccessivo in relazione ai benefici sociali ed economici previsti. La proposta non configura pertanto un crimine fondato sulla mera negligenza né richiede la certezza dell'evento dannoso o il fine diretto di cagionarlo, ma mira a ricomprendere condotte poste in essere nella consapevolezza di un rischio qualificato di danno ambientale, delimitando l'area del penalmente rilevante mediante la gravità del pregiudizio, la sua diffusione o durata e il criterio del danno manifestamente eccessivo rispetto ai benefici attesi. La disposizione tenta in tal modo di distinguere le attività che, pur incidendo sull'ambiente, si svolgono entro un quadro valutativo nel quale il danno non risulti chiaramente eccessivo rispetto ai vantaggi sociali ed economici previsti, dalle condotte poste in essere con grave indifferenza rispetto alla sostanziale probabilità di un danno ambientale grave e diffuso oppure grave e di lunga durata[29].

Il rilievo di tale iniziativa, pertanto, consiste nell'offrire una possi-

lo, F. Mazzacuva (eds.), *The Criminal Law Protection of our Common Home* (7th AIDP Symposium, Roma, 11-12 novembre 2019), RIDP, Anversa, 2020, 29-51; L. G. Minkova, *The Fifth International Crime: Reflections on the Definition of "Ecocide"*, in *Journal of Genocide Research*, 2023, 25, n. 1, 62-83; E. Winter, *Stop Ecocide International's Blueprint for Ecocide Is Compromised by Anthropocentrism: A New Architect Must Be Found*, in *Israel Law Review*, 2024, 57, n. 1, 175-209.

[28] *«Proposed Amendments to the Rome Statute […]: A. Addition of a preambular paragraph 2 bis: Concerned that the environment is daily threatened by severe destruction and deterioration, gravely endangering natural and human systems worldwide. B. Addition to Article 5(1) (e) The crime of ecocide. C. Addition of Article 8-ter»*. IEP, *Commentary and Core Text*, Stop Ecocide Foundation, giugno 2021, 5.

[29] Cfr.: L. Scollo, *Ecodelitti ed ecomafie nella prospettiva della Corte penale internazionale*, in *La legislazione penale*, 30 ottobre 2023; G. Rizzo Minelli, *La salvaguardia dell'ambiente marino tra diritto sovranazionale ed istanze punitive*, in *Sistema penale*, 2024, n. 7, 21-49; R. Palavera, *Deep waters: prolegomena di un sistema penale del mare*, in *Archivio Penale*, 2024, n. 3, 1-50; C. Valbonesi, *La ricerca di una tutela sovranazionale dell'ambiente: ascendenze sistematiche e prospettive applicative del crimine di ecocidio nel contesto eurounitario*, in *Archivio penale*, 2024, n. 2, 1-43; R. Colucciello, V. Di Terlizzi, *Quale dimensione giuridica per il crimine di ecocidio?*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, n. 3, 2025, 1-23.

bile risposta alle ipotesi di devastazione ambientale più gravi, anche al di fuori del contesto bellico, senza trasformare automaticamente ogni incidente, scarico illecito, violazione amministrativa o altra negligenza in un crimine internazionale. Con specifico riguardo alla protezione dell'ecosistema marino, il dibattito sulla configurabilità della fattispecie di ecocidio richiama l'attenzione sui casi in cui la gravità, l'estensione, la durata e l'irreversibilità del danno – unitamente alla consapevolezza del rischio e all'insufficienza degli strumenti ordinari – rivelino un inaccettabile *deficit* di tutela. Nell'immediato, il rafforzamento degli obblighi statali di prevenzione, dei rimedi interni e dei meccanismi di cooperazione resta la via più concretamente praticabile per affrontare le condotte private lesive dell'ambiente. L'eventuale introduzione di una quinta categoria autonoma di crimini internazionali costituirebbe invece una scelta di politica criminale internazionale, volta a colmare, entro limiti rigorosamente definiti, possibili lacune di tutela rispetto a forme eccezionalmente gravi di distruzione ambientale.

5. *Il contributo dell'Unione europea e il raccordo con il diritto interno*

L'UE ricopre un ruolo particolarmente significativo nella tutela dell'ambiente marino, poiché traduce gli obiettivi ambientali condivisi a livello internazionale in regole comuni, standard operativi e meccanismi di cooperazione tra gli Stati membri. Tale funzione si esplica attraverso l'armonizzazione delle normative nazionali, il coordinamento dei controlli amministrativi e, in misura crescente, il rafforzamento della tutela penale dell'ambiente[30]. La sua azione non sostituisce gli obblighi gravanti sugli Stati in forza della UNCLOS e delle convenzioni marittime settoriali, ma ne favorisce l'attuazione nello spazio europeo stabilendo regole comuni, promuovendo la cooperazione e definendo vincoli più puntuali per gli Stati membri. Il fondamento giuridico unionale si rinviene negli artt. 11 e 191 TFUE. Il primo impone di integrare le esigenze di protezione ambientale nella definizione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione; il secondo orienta l'azione dell'UE alla salvaguardia e al miglioramento della qualità dell'ambiente, alla protezione della salute umana, all'uso pru-

[30] Cfr.: B. Caravita, L. Cassetti, *Unione europea e ambiente*, in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, 83-90; V. Karageorgou, *The Environmental Integration Principle in EU Law: Normative Content and Functions Also in Light of New Developments, Such as the European Green Deal*, in *European Papers*, 2023, n. 1, 159-189.

dente e razionale delle risorse naturali e al contrasto delle problematiche ambientali di portata continentale o globale. I principi di precauzione, prevenzione e correzione prioritaria del danno alla fonte, congiuntamente al criterio "chi inquina paga", operano quindi come criteri trasversali, idonei a incidere anche sulla politica dei trasporti, sul mercato interno, sulla disciplina dei rifiuti, sulla pesca e sulla regolazione delle attività economiche legate allo spazio marittimo[31].

La strategia europea per l'ambiente marino è imperniata sulla Direttiva 2008/56/CE, che impone agli Stati membri di conseguire o mantenere il buono stato ecologico del proprio mare tramite strategie nazionali articolate in valutazioni iniziali, traguardi ambientali, programmi di monitoraggio e misure di intervento. L'approccio è focalizzato sull'ecosistema, poiché la tutela non riguarda soltanto singole specie o sostanze inquinanti, ma la capacità complessiva dell'ambiente marino di conservare la propria integrità e biodiversità nel quadro di un utilizzo sostenibile delle risorse. Le strategie, i piani e le valutazioni devono pertanto considerare il contesto ecosistemico nel quale le attività si inseriscono e i possibili effetti cumulativi derivanti dalla loro interazione con le altre forme di pressione esercitate sull'ambiente marino. A tale finalità concorre la Direttiva 2014/89/UE sulla pianificazione dello spazio marittimo, che richiede agli Stati membri di adottare piani di coordinamento degli usi del mare, tenendo conto della tutela degli ecosistemi, delle attività economiche e delle interazioni tra il mare e le aree terrestri. La pianificazione di certo non elimina il rischio di condotte illecite, ma può sicuramente ridurre i conflitti d'uso, le asimmetrie informative e i rischi connessi a un'insufficiente valutazione delle conseguenze ambientali delle attività autorizzate. La dimensione prettamente preventiva è poi completata dalla disciplina della valutazione di impatto ambientale e della valutazione ambientale strategica. La Direttiva 2011/92/UE, come modificata dalla Direttiva 2014/52/UE, richiede la valutazione degli effetti della realizzazione di progetti di opere pubbliche o private suscettibili di incidere in modo rilevante sull'ambiente; la Direttiva 2001/42/CE impone invece una valutazione preventiva di piani e programmi (urbanistici, energetici, di trasporto, etc.) che possono avere un forte impatto ambientale. Entrambi gli strumenti mirano ad assicurare che le decisioni pubbliche siano assunte sulla base di informazioni adeguate e aggiornate, dopo

[31] Cfr.: art. 191, § 2, TFUE; Direttiva 2004/35/CE, 21 aprile 2004, considerando 2 e 18, art. 1. Inoltre, si vedano gli artt. 192-193 TFUE.

aver esaminato le ragionevoli alternative e tenendo conto degli effetti diretti, indiretti e cumulativi sull'ambiente[32].

Un secondo asse della politica unionale riguarda il controllo delle navi e l'applicazione degli standard marittimi internazionali nei porti europei. La Direttiva 2009/16/CE sul controllo da parte dello Stato del porto stabilisce un sistema armonizzato di ispezioni, fondato sulla selezione delle navi secondo criteri di rischio. Il modello europeo di *Port State Control* supera il mero profilo della sicurezza della navigazione, poiché consente agli Stati membri, nel quadro delle pertinenti convenzioni internazionali, di verificare certificati, apparecchiature, registri e condizioni operative della nave, anche al fine di accertarne la conformità agli obblighi ambientali previsti da MARPOL 73/78. La condivisione delle informazioni mediante il sistema informativo THETIS e il coordinamento assicurato dall'Agenzia europea per la sicurezza marittima (EMSA) riducono inoltre le discontinuità tra gli ordinamenti nazionali. Il sistema rende così più difficile che una nave non conforme agli standard possa sottrarsi stabilmente ai controlli scegliendo, di volta in volta, il porto i cui controlli siano ritenuti meno rigorosi. Il fermo e, al ricorrere dei presupposti stabiliti dalla direttiva, il rifiuto di accesso ai porti dell'Unione collegano l'ispezione tecnica a misure concrete di prevenzione.

Nella medesima logica si inserisce la Direttiva (UE) 2019/883 sugli impianti portuali di raccolta per il conferimento dei rifiuti delle navi, la quale mira a evitare che i rifiuti prodotti a bordo siano scaricati in mare per ragioni economiche o operative, imponendo che i porti dispongano di strutture adeguate alla loro ricezione e gestione. Gli obblighi di conferimento, le procedure di notifica e i controlli sulle informazioni fornite dalla nave rafforzano la tracciabilità dei rifiuti e rendono più agevole individuare discrepanze fra quanto dichiarato e quanto effettivamente prodotto o smaltito. Il raccordo con la normativa europea sui rifiuti, di conseguenza, rimane essenziale. La Direttiva 2008/98/CE stabilisce l'impianto generale della gestione dei rifiuti, i cui cardini sono la prevenzione, la responsabilità del produttore, il recupero e lo smaltimento sicuro. Il Regolamento (UE) 2024/1157 disciplina le spedizioni di rifiuti e ha sostituito il Regolamento (CE) n. 1013/2006 (fatte salve le disposizioni transitorie previste), rafforzan-

[32] Sul tema, cfr. Corte giust.: Sent. 18 giugno 1998, C-81/96, *Gedeputeerde Staten van Noord-Holland*; Sent. 21 settembre 1999, C-392/96, *Commissione c. Irlanda*; Sent. 16 settembre 2004, C-227/01, *Commissione c. Regno di Spagna*; Sent. 14 settembre 2006, C-244/05, *Bund Naturschutz in Bayern*; Sent. 3 luglio 2008, C-215/06, *Commissione c. Irlanda*; Sent. 25 luglio 2008, C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA*.

do il controllo sui movimenti transfrontalieri di rifiuti, in particolare al fine di prevenire il trasferimento di rifiuti pericolosi o difficilmente trattabili verso paesi che non offrano garanzie adeguate di una corretta gestione sotto il profilo ambientale. Il sistema si coordina con la procedura di previo consenso informato (PIC) prevista dalla Convenzione di Basilea, fondata sulla notifica, sul consenso dello Stato di importazione e, nei casi previsti, degli Stati di transito, nonché sull'obbligo di assicurare una gestione ambientalmente corretta fino alla destinazione finale. Per tale ragione, l'esatta qualificazione del materiale conferito in porto e la ricostruzione della sua provenienza restano decisive per stabilire se e quando si applichino tali procedure.

Sotto il profilo amministrativo, il quadro è completato dalla Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, che attua il principio «chi inquina paga» e pone a carico dell'operatore responsabile del danno, o della sua minaccia imminente, l'obbligo di adottare misure preventive e riparatorie. La disciplina riguarda, in particolare, i danni alle specie e agli *habitat* naturali protetti, al terreno e alle acque. Con riguardo a queste ultime, rilevano i danni che incidano in modo significativamente negativo sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo e/o sul potenziale ecologico delle acque interessate (art. 2, punto 1, lett. b, secondo i parametri stabiliti dalla Direttiva quadro sulle acque 2000/60/CE). La Direttiva 2004/35/CE valorizza quindi una funzione ripristinatoria che non si limita al risarcimento di perdite patrimoniali, ma punta a rimediare efficacemente alla compromissione delle risorse ambientali[33].

Alla luce delle criticità emerse nell'attuazione nazionale, dell'insufficiente efficacia di alcuni apparati sanzionatori e della difficoltà di perseguire fenomeni transfrontalieri che avevano evidenziato i limiti del precedente grado di armonizzazione, la Direttiva (UE) 2024/1203 ha sostituito le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE, ampliando e precisando la tutela penale dell'ambiente mediante un catalogo più articolato di condotte illecite che gli ordinamenti degli Stati membri devono qualificare come reati, se commesse intenzionalmente o, nei casi espressamente previsti, almeno con colpa grave. La normativa attribuisce, tra l'altro, particolare rilievo alla gestione e alla spedizione dei rifiuti, alle violazioni connesse ad attività pericolose, alle emissioni e allo scarico illecito di sostanze inquinanti, quando tali condotte cau-

[33] Direttiva 2004/35/CE, 21 aprile 2004, artt. 1, 2, 5-8; considerando 2, 18 e 24. In chiave sistemica, cfr.: Direttiva (UE) 2019/904, 5 giugno 2019; Regolamento (UE) 2024/1991, 24 giugno 2024.

sino o siano idonee a causare danni sostanziali all'ambiente o alla salute umana. La direttiva rivolge altresì particolare attenzione alla gravità, alla durata e all'estensione del danno, nonché alle sue conseguenze per la salute e per la tenuta degli ecosistemi (artt. 3-9). La direttiva rafforza inoltre la funzione dissuasiva delle sanzioni e impone agli Stati membri di garantire formazione, risorse, strumenti investigativi, coordinamento e cooperazione adeguati a perseguire reati spesso connotati da elevata complessità tecnica e da una dimensione transfrontaliera (artt. 17-20).

La struttura della Direttiva 2024/1203 conferma che la tutela amministrativa e la tutela penale non costituiscono sistemi alternativi, bensì strumenti complementari[34]. Il considerando 4 rimarca espressamente tale complementarità, mentre i considerando 45-47 sottolineano l'esigenza che gli Stati membri delineino con chiarezza i rispettivi ambiti di intervento della tutela amministrativa e di quella penale, assicurandone al contempo il coordinamento. Le fattispecie penali contemplate presuppongono, in larga misura, la violazione di norme regolatorie internazionali, unionali e nazionali poste a presidio dell'integrità dell'ambiente. L'incriminazione interviene, però, soltanto quando alla violazione dell'obbligo si accompagnino le ulteriori condizioni relative alla natura della condotta, al grado di offensività e all'elemento soggettivo. La Direttiva 2024/1203 non introduce una fattispecie autonoma di ecocidio nel diritto dell'Unione, ma prevede ipotesi qualificate di reato per condotte che causino la distruzione di, o danni diffusi e sostanziali, irreversibili oppure duraturi, a un ecosistema di considerevoli dimensioni o valore ambientale, ovvero a un *habitat* all'interno di un sito protetto (art. 3.3). A tale proposito, il considerando 21 richiama il dibattito internazionale sul concetto di ecocidio. Alla tutela penale si affianca, infine, la crescente attenzione dell'Unione per la responsabilità d'impresa lungo le catene di attività. La Direttiva (UE) 2024/1760 (CSDDD), come modificata dalla Direttiva (UE)

[34] Sul tema, cfr.: V. Molteni, *La lunga strada della criminalizzazione dell'ecocidio: questioni giuridiche e dinamiche di effettività normativa e sociale*, in *DPC*, 2021, 4, 205-223; A. Rizzo, *Criminalizing Environmental Wrongdoings under European Union Law: A Proposal from the European Commission in the Light of Old and New Challenges*, in *Eurojus*, 2022, n. 1, 69-90; M. G. Faure, *The EU Environmental Crime Directive 2024: A Revolution in EU Environmental Criminal Law?*, in *Journal of Environmental Law*, 2024, 36, n. 3, 2024, 323-342; P. Mpunga-Biayi, *The EU Environmental Crime Directive 2024: The Construction of an Autonomous Legal Framework for the Repression of Environmental Crimes within the European Union*, in *Environmental Law Review*, 2025, 27, n. 2, 135-144.

2026/470 (*Omnibus I*), impone alle imprese rientranti nel suo ambito di applicazione obblighi di diligenza (*due diligence*) rispetto agli impatti negativi, effettivi o potenziali, sui diritti umani e sull'ambiente derivanti dalle proprie attività, da quelle delle società controllate e, alle condizioni previste, dai rapporti con partner commerciali nelle catene di attività. La disciplina è volta a individuare, prevenire, attenuare, arrestare o minimizzare tali impatti e, laddove necessario, a porvi rimedio, mirando altresì a evitare che la mera frammentazione contrattuale delle attività consenta di eludere gli obblighi di diligenza, senza tuttavia introdurre una responsabilità automatica della capogruppo o del committente per ogni condotta dei partner commerciali[35]. In ambito marittimo, tale impostazione assume particolare rilievo con riguardo alla selezione degli operatori, alla gestione dei carichi pericolosi, al trattamento dei rifiuti e all'organizzazione delle filiere transnazionali.

Nell'ordinamento italiano, la tutela dell'ambiente trova oggi esplicito fondamento anche in Costituzione. La Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, ha introdotto nell'art. 9, terzo comma, Cost. il riferimento alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, e ha modificato l'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., precisando che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla salute o all'ambiente e che la legge determina i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali. La protezione dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi non emerge soltanto come limite all'attività economica o come criterio di riparazione del danno già prodotto, ma si esprime anche nella qualità del procedimento che conduce all'autorizzazione, al controllo e all'eventuale riesame delle attività suscettibili di incidere sui valori tutelati, secondo una logica che collega la libertà economica all'assunzione di responsabilità per le conseguenze presenti e future dell'attività svolta[36].

Tale dimensione assume particolare rilievo nelle attività marittime

[35] Direttiva (UE) 2024/1760, del 13 giugno 2024, come modificata dalla Direttiva (UE) 2026/470, del 24 febbraio 2026, in particolare artt. 1, 2, 5-16 e 27. Cfr. F. Ostinelli, *La Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD): dal contesto normativo all'implementazione pratica nelle società*, in *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, 2026, n. 6, 45-72.

[36] Cfr.: E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, fasc. 1, 1-22; F. Tarantini, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2023, n. 2, 1-22.

e, più in generale, nei progetti capaci di produrre effetti cumulativi. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha sottolineato l'esigenza di un esame complessivo delle ricadute ambientali e, nel contesto delle autorizzazioni alla prospezione di idrocarburi, la sentenza del 13 gennaio 2022 nel caso C-110/20 ha valorizzato un approccio integrato all'analisi di attività frammentate in titoli abilitativi formalmente distinti, utile a evitare che autorizzazioni apparentemente autonome impediscano di percepire gli effetti complessivi dell'opera[37]. Un tema cruciale, quest'ultimo, per le attività di ricerca *offshore* e, più in generale, per ogni progetto marittimo o costiero suscettibile di generare effetti ambientali cumulativi. In tale prospettiva, la "proceduralità" non rappresenta un aggravio meramente formale dell'azione amministrativa, ma costituisce la condizione attraverso cui il principio di precauzione, la prevenzione e la tutela delle future generazioni possono trovare concreta applicazione nell'individuazione tempestiva di rischi sottovalutati e nella correzione di decisioni non più adeguate rispetto alle conoscenze scientifiche o alla concreta evoluzione delle problematiche ambientali[38].

Il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Testo Unico Ambientale), inoltre, definisce in Italia la disciplina generale in materia di valutazioni ambientali, tutela delle acque, rifiuti, bonifiche e danno ambientale. Questa normativa opera insieme alle norme speciali sulla navigazione, sulla sicurezza marittima, sulle attività portuali e sull'attuazione delle direttive unionali. Rispetto ai fenomeni transnazionali, l'effettività del sistema dipende soprattutto dalla capacità di coordinare competenze frammentate, per cui autorità marittime, capitanerie di porto, dogane, autorità ambientali, procure, operatori portuali e soggetti responsabili devono poter condividere dati e attivare tempestivamente i rispettivi ruoli e poteri. In tale scenario, anche il diritto penale italiano ha registrato rilevanti innovazioni in funzione della repressione dei delitti contro l'ambiente, con l'introduzione, ad opera della legge 22 maggio 2015, n. 68, del Titolo VI-*bis* del Codice penale, oggi rubricato «Dei delitti contro l'ambiente» (artt. 452-*bis*-452-*terdecies* c.p.). Le

[37] Cfr. Corte giust., Sent. 13 gennaio 2022, C-110/20, *Regione Puglia c. Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e altri*, §§ 31-55.

[38] Cfr. Corte giust., Sent. 7 novembre 2018, C-293/17 e C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA e altri*, §§ 96-97. Cfr. Direttiva 92/43/CEE, 21 maggio 1992, art. 6.3. Cfr. G. Cataldo, *Courts as an Arena of Societal Change? The Italian Constitutional Court's Self-Restraint Facing the Legislator's Uncertain Discretion in Seabed Mining: A Concrete Counter-Example*, in *European Law Journal*, 2023, 29, 326-339.

fattispecie di inquinamento ambientale, disastro ambientale, traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività, impedimento del controllo e omessa bonifica consentono infatti di affrontare le condotte più gravi con strumenti maggiormente incisivi rispetto alle sole contravvenzioni di settore. Quando il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da una persona in posizione apicale o sottoposta alla direzione o vigilanza altrui, può altresì configurarsi la responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato, ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (in particolare dell'art. 25-*undecies*, riferito ai reati ambientali)[39].

6. *Conclusioni*

La tutela dell'ambiente marino si fonda su un quadro normativo internazionale ampio e articolato, nel quale l'UNCLOS, le convenzioni settoriali, il diritto dell'UE e le discipline interne concorrono a disciplinare la prevenzione, il controllo, la riparazione e la repressione degli illeciti ambientali. Ciò, tuttavia, non elimina il problema dell'effettività. Le condotte più gravi si sviluppano spesso lungo filiere transnazionali e plurisoggettive, ricadenti sotto giurisdizioni differenti. Il rischio non deriva quindi soltanto dall'eventuale insufficienza delle norme vigenti, ma soprattutto dalla difficoltà di collegare informazioni, poteri di controllo e accertamento delle responsabilità lungo l'intera catena dell'attività marittima.

In questa prospettiva, la nozione di *blue crimes* conserva una funzione utile, purché non venga trasformata in una categoria indistinta. Nella ricostruzione proposta dalla dottrina, le manifestazioni del *blue crime* possono essere ricondotte a tre aree: i reati contro la mobilità marittima, i flussi criminali che utilizzano il mare quale via di transito e i reati ambientali, comprensivi delle condotte lesive dell'ambiente marino, delle sue risorse e delle infrastrutture critiche situate in mare. Con riguardo a quest'ultima area, i casi di studio esaminati confermano che i registri di bordo, i manifesti di carico, le dichiarazioni relative alle merci pericolose e la trasparenza delle informazioni sulla titolarità effettiva della nave o del carico non costituiscono adempimenti marginali. L'accertamento dell'osservanza degli obblighi documentali contribuisce infatti a rendere verificabile il rispetto delle procedure di smaltimento dei rifiuti e delle ulteriori norme di sicurezza ambientale,

[39] Cfr. L. M. Brunozzi, C. Fiorio, *Ecoreati e responsabilità amministrativa degli enti*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 3, 851-864.

consentendo di ricostruire le decisioni organizzative ed economiche che hanno determinato, agevolato o favorito la realizzazione degli illeciti. In un quadro nel quale assume rilievo crescente la centralità dei controlli portuali, tale impostazione conferma inoltre, sul piano sistemico, la funzione della *due diligence* quale criterio attraverso il quale gli obblighi di protezione si adattano alla complessità dei rischi che gravano sull'ambiente marittimo.

Il modello di *governance* ambientale del mare più adeguato rimane pertanto quello della responsabilità multilivello. Lo Stato deve adottare norme efficaci, esercitare controlli effettivi e cooperare in modo trasparente con le autorità straniere; l'impresa deve organizzare le proprie attività e la propria rete di collaborazioni e partecipazioni coerentemente con il rischio ambientale; le persone fisiche devono poter rispondere del proprio operato qualora abbiano disposto, realizzato, agevolato o occultato condotte illecite lesive dell'ambiente marino, intenzionalmente o con grave negligenza. La responsabilità di un soggetto non esclude, peraltro, quella degli altri. La protezione effettiva degli ecosistemi richiede infatti che ciascun livello possa essere attivato in relazione al ruolo concretamente esercitato nella causazione del danno ambientale, nella sua agevolazione o nella sua dissimulazione.

In tale impostazione, il diritto penale svolge una funzione necessaria, sebbene le irregolarità minori possano essere corrette mediante strumenti amministrativi e le misure riparatorie restino indispensabili per sostenere le azioni di bonifica e di ripristino ambientale. Il dibattito sull'ecocidio, pur non essendosi ancora tradotto nell'introduzione di un autonomo crimine internazionale, segnala nondimeno l'insufficienza dei rimedi oggi disponibili rispetto a forme eccezionalmente gravi di devastazione ambientale, in cui la gravità della condotta, l'estensione del danno e l'irreversibilità del pregiudizio arrecato all'ecosistema esigono una risposta più incisiva di quella riservata alla mera violazione amministrativa. Per accrescere il livello di protezione dell'ambiente marino, in ogni caso, nel breve periodo appare praticabile soprattutto il rafforzamento degli strumenti già esistenti, con particolare attenzione alla prevenzione, al controllo portuale, alla trasparenza societaria, alla responsabilità degli operatori economici e a una tutela penale proporzionata, nel quadro di una cooperazione internazionale effettiva.

Ilaria Groppi

Gli spazi asfittici della dignità: l'effettività delegata dell'articolo 35-*ter* ord. penit.

Abstracts

Il contributo esamina i nodi interpretativi dell'art. 35-*ter* ord. penit., introdotto a seguito della sentenza Torreggiani c. Italia a tutela dell'art. 3 CEDU. Nonostante le lacune, la disposizione è stata progressivamente messa a punto da dottrina e giurisprudenza per garantirne l'effettività. Restano interrogativi sulla sua capacità di offrire le risposte strutturali richieste dalla sentenza pilota.

This article examines the interpretative complexities of Article 35-*ter* of the Italian Penitentiary Act, introduced following *Torreggiani v. Italy* to provide a remedy for violations of Article 3 ECHR arising from prison overcrowding. Despite its gaps, the provision has been progressively refined by scholarship and case law, yet its effectiveness remains open to question.

Parole chiave: Art. 35-*ter* ord. penit.; sovraffollamento carcerario; art. 3 CEDU; rimedi compensativi; effettività della tutela giurisdizionale.
Keywords: Article 35-*ter* of the Italian Penitentiary Act; prison overcrowding; Article 3 ECHR; compensatory remedies; effectiveness of judicial protection.

Sommario: 1. Il lungo cammino verso la tutela giurisdizionale contro la detenzione disumana: alle origini dell'articolo 35-*ter* ord. penit; 2. L'art. 3 CEDU e la metamorfosi del giudice nazionale da Ercole a geometra; 3. La natura proteiforme del requisito dell'attualità; 4. La progressiva autonomia del ristoro economico e l'*impasse* della riduzione di pena; 5. Il *quantum* indennizzabile come tariffario della dignità; 6. Una vittoria di Pirro? La lezione di Sollicciano.

1. *Il lungo cammino verso la tutela giurisdizionale contro la detenzione disumana: alle origini dell'articolo 35-ter ord. penit*

Nessun diritto può dirsi effettivo se al suo titolare non è assicurata la possibilità di farlo valere dinanzi a un giudice nell'ambito di un procedimento giurisdizionale. La tutela giurisdizionale dei diritti è assicurata dagli artt. 24 e 113 della Costituzione e assume carattere assoluto, inviolabile e universale. Il principio appare tanto consolidato da assumere i tratti di un «assioma incontrovertibile»[1]; eppure, nel siste-

[1] A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti,* in *Discrimen,* 2022, pagine 239-285.

ma penitenziario – tradizionalmente concepito come un non luogo, separato dalla società libera e, perciò, ad essa impermeabile – la sua piena affermazione rappresenta una conquista assai recente.

La legge 26 luglio 1975, n. 354 ha segnato lo ‹‹spartiacque›› tra il vecchio e il nuovo modo di intendere l'esecuzione penale, ridefinendo il rapporto tra amministrazione penitenziaria e detenuto: da un approccio autoritativo e autoreferenziale, ad un modello interazionale ed umanitario, nel quale il detenuto rappresenta ‹‹il protagonista attivo e il fine ultimo dell'esecuzione penitenziaria››[2]. Egli è titolare di diritti soggettivi inalienabili, riflesso della sua dignità innata, che devono essere assicurati a maggior ragione nei luoghi in cui ‹‹l'aria si fa più rarefatta››[3], come nello spazio asfittico di una cella.

All'appello dei diritti riconosciuti dalla legge, tuttavia, mancava proprio il capostipite: il diritto d'azione. Al magistrato di sorveglianza, istituito quale garante dell'esecuzione penale, era attribuita una funzione giurisdizionale soltanto embrionale, circoscritta alla materia disciplinare e del lavoro mediante il procedimento di cui all'art. 14-*ter* ord. penit. Negli altri casi, la tutela dei diritti soggettivi lesi durante la detenzione era affidata al solo reclamo generico previsto dagli artt. 35 e 69 ord. penit., deciso *de plano* dal magistrato di sorveglianza con un provvedimento non ricorribile per Cassazione e privo di efficacia vincolante[4]. Più che una tutela giurisdizionale, il reclamo si risolveva in una mera doglianza. Ne derivavano, da un lato, una singolare «crisi d'identità»[5] del giudice di sorveglianza; dall'altro, una tutela dei diritti del detenuto, per larga parte, meramente programmatica.

Perché la ‹‹Grande Riforma›› non rimanesse soltanto sulla carta[6],

[2] V. Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, pag. 1.

[3] G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in DeS (Diritti e Società), 2012, 1, pagine 188-201.

[4] A. Menghini, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena,* in *Diritto penale e processo,* 2017, 1, pagine 122-131.

[5] L. Scomparin, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza?,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 4, pagine 1402-1424.

[6] Lo scarto tra le prospettive proclamate dalla riforma e la sua attuazione era già stato denunciato: F. Bricola parlava di un'«effettività di tipo rinnegante», cit. in M. Caredda, *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma*, vol. I, Napoli, 2019, pag. 160.

occorreva colmare quel *vulnus*, assicurando ai detenuti una tutela effettiva dinanzi al proprio giudice naturale. Di tale esigenza si fecero progressivamente carico la Corte costituzionale e la Corte di cassazione[7]. Eppure, ai ‹‹rintocchi›› sempre più insistenti della giurisprudenza, il legislatore oppose un ‹‹silenzio assordante››, risolvendosi ad intervenire soltanto dopo l'ennesimo richiamo alla legalità proveniente da Strasburgo.[8]

L'8 gennaio 2013, a soli quattro anni dalla sentenza *Sulejmanovic c. Italia*, l'Italia tornava nuovamente sul banco degli imputati per via delle condizioni delle proprie carceri. Con la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo accertava ancora una volta la violazione dell'art. 3 CEDU. Mutavano i ricorrenti, ma non *la ratio decidendi*, poiché l'espiazione della pena in uno spazio detentivo inferiore a tre metri quadrati costituisce di per sé un trattamento inumano e degradante, incompatibile con uno Stato di diritto. Questa volta, però, ben oltre il singolo *decisum*, la Corte ricorreva alla procedura della sentenza pilota, constatando che il sovraffollamento carcerario, lungi dal costituire un fenomeno occasionale, rappresentava un problema strutturale, come dimostravano i tassi di *overcrowding* che, nel biennio 2010-2012, si aggiravano attorno al 150%. I giudici europei chiudevano così la stagione italiana dei provvedimenti tampone, imponendo allo Stato di introdurre, entro un anno, un sistema di ricorsi interni effettivi, idonei tanto a offrire una riparazione adeguata in caso di sovraffollamento carcerario, quanto ad assicurare ai detenuti una concreta tutela giurisdizionale dinanzi al giudice nazionale.

[7] Superato l'iniziale orientamento che riconduceva all'area amministrativa i provvedimenti in materia penitenziaria (Corte cost., ord. n. 87/1978; sent. n. 103/1984; ord. n. 166/1984), la sentenza n. 26 del 1999 escluse che la restrizione della libertà personale comportasse una *capitis deminutio*, affermando la necessaria giustiziabilità dei diritti dei detenuti (principio ribadito da Corte cost., sent. n. 266 del 2009). Le Sezioni Unite (sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni) estesero al procedimento di cui all'art. 14-*ter* ord. penit. i reclami su diritti soggettivi in materia di colloqui. Il riconoscimento non comportò tuttavia, per lungo tempo, una tutela risarcitoria innanzi al magistrato di sorveglianza, riservata al giudice civile (Cass., sez. I, sent. 15 gennaio 2013, n. 4772), fino all'introduzione degli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit. V. M. Passione, *35-ter o.p.: Effettivamente, c'è un problema*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 18 febbraio 2016, pagine 1-3.

[8] Il contrasto tra i «rintocchi della campana» e il «silenzio assordante» del legislatore è immagine ripresa da: F. Fiorentin, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, n. 4, pagine 2037 ss.

Il legislatore ha adempiuto agli obblighi europei attraverso un percorso di ‹‹adeguamento a tappe››[9]: dapprima, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10, ha introdotto il reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., che assicura una tutela inibitoria in presenza di pregiudizi gravi e attuali; pochi mesi dopo, con il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 117, ha introdotto l'art. 35-*ter* ord. penit., destinato a compensare la violazione subita.

L'Italia superava così il primo vaglio europeo: nelle decisioni *Stella e altri c. Italia* e *Rexhepi c. Italia*, la Corte dichiarava irricevibili i ricorsi, riconoscendo in linea di principio l'effettività dei rimedi introdotti, pur riservandosi la possibilità di un successivo riesame, dopo aver verificato ‹‹*la capacità dei giudici nazionali di fissare una giurisprudenza uniforme e compatibile con le esigenze della Convenzione*››[10]. Era dunque sul terreno applicativo che si sarebbe giocata la tenuta del nuovo sistema.

Ebbene, sul piano pratico, i due rimedi hanno conosciuto destini opposti. Se l'art. 35-*bis* ha progressivamente consolidato il proprio ambito operativo, estendendosi alla tutela di posizioni soggettive eterogenee[11], l'art. 35-*ter* si è rivelato una norma sibillina, il cui assestamento è stato a lungo ostacolato da rinvii, zone d'ombra e discutibili automatismi.

Rubricato «*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o in-*

[9] F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 novembre 2014, pag. 2.

[10] CEDU, Sez. II, 16 settembre 2014, Stella e altri c. Italia, ric. n. 49169/09, §54: *‹‹cette conclusion ne préjuge en rien d'un éventuel réexamen de la question de l'effectivité dudit recours par la Cour à la lumière des décisions rendues par les juridictions nationales et de leur exécution effective››.*

[11] Emblematica l'emersione del diritto all'affettività intramuraria, in un intervento a due tempi: la Consulta ha riconosciuto il diritto (Corte cost., sent. n. 10 del 2024, che ha dichiarato illegittimo l'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non consente colloqui riservati con il coniuge, l'unito civilmente o il convivente stabile, salve ragioni di sicurezza, ordine e disciplina o esigenze giudiziarie); la Cassazione ne ha individuato lo strumento di tutela, annullando la declaratoria di inammissibilità di un reclamo negato dal magistrato di sorveglianza di Torino e ricondotto il diniego al rimedio ex art. 35-*bis* ord. penit. (Cass. Sez. I, ud. 11.12.2024, dep. 2.1.2025, n. 8, Pres. Mogini, Rel. Masi, ric. Sbordone). V. G.L. Gatta, *La Cassazione sull'affettività in carcere come diritto*, in *Sistema penale*, 5 gennaio 2025.

ternati», l'art. 35-*ter* ord. penit. prevede una tutela così articolata: al detenuto o all'internato che abbia patito per oltre quindici giorni condizioni detentive inumane e degradanti contrarie all'art. 3 CEDU, il magistrato di sorveglianza accorda una riduzione di un giorno ogni dieci di pena ancora da espiare. Se il periodo lesivo è inferiore a quindici giorni, o la riduzione eccede il residuo di pena, il rimedio consiste in un indennizzo di otto euro per ciascun giorno di pregiudizio. Se la pena è stata integralmente espiata, o il pregiudizio è maturato durante una custodia cautelare non computabile nella pena da espiare, la domanda può essere proposta al giudice civile entro sei mesi dalla cessazione della detenzione, a pena di decadenza; in tal caso, il giudice può riconoscere il solo ristoro economico.

Sono evidenti i tratti di una norma ambiziosa, che rinvia direttamente a un parametro convenzionale e distribuisce la tutela tra due giudici e due forme di ristoro. Il legislatore, però, non ha fornito agli interpreti alcuna bussola per orientarsi nei suoi intricati meccanismi applicativi, consegnando una disciplina ancora allo stato grezzo. Sono state dottrina e giurisprudenza a farsi carico della messa a punto del rimedio, alla luce del principio di effettività, che esige che la tutela giurisdizionale, oltre ad essere formalmente prevista, sia accessibile, tempestiva e adeguata.

Le pagine che seguono ricostruiscono il progressivo affinamento, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, dei presupposti, della competenza e delle forme del ristoro, per verificare in quale misura tale cesellatura ermeneutica abbia trasformato una disposizione dai contorni incerti in uno strumento concretamente praticabile e se, nondimeno, permangano criticità suscettibili di comprometterne l'effettività.

2. *L'art. 3 CEDU e la metamorfosi del giudice nazionale da Ercole a geometra*

L'art. 35-*ter* ord. penit. presenta un'inedita struttura bifronte: il giudice nazionale dispone il rimedio se riscontra una violazione dell'articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che diventa così fonte diretta del pregiudizio da ristorare sul piano interno. La disposizione si costruisce attraverso un rinvio mobile, il cui contenuto non è fissato una volta per tutte dal legislatore, ma segue l'evoluzione della giurisprudenza convenzionale. Si tratta di un innesto ardito: in un ordinamento di *civil law* improntato al principio di

legalità, la concreta delimitazione del pregiudizio riparabile viene affidata a un formante giurisprudenziale, per di più internazionale.

Per comprendere la portata di questo rinvio, occorre muovere dal contenuto dello stesso articolo 3 CEDU, che sancisce il divieto assoluto e inderogabile della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti. La disposizione rientra tra i *core rights* della Convenzione, tanto che il nucleo essenziale della relativa garanzia è generalmente considerato espressione dello *ius cogens*. Dalla disposizione discendono non soltanto obblighi negativi, che impongono allo Stato di astenersi dall'infliggere simili trattamenti, ma anche obblighi positivi di prevenirli, farli cessare e proteggere le persone esposte al relativo rischio. Proprio perché destinata a confrontarsi con un bene mutevole, la norma presenta un contenuto elastico ed essenziale, capace di adattarsi all'evoluzione delle esigenze di tutela. In assenza di una disposizione convenzionale specificamente dedicata ai diritti delle persone detenute, tale duttilità ha fatto dell'art. 3 il principale presidio convenzionale della dignità in carcere. Attraverso la tecnica *par ricochet*, la Corte vi ha così ricondotto una pluralità di condizioni detentive, dal sovraffollamento alle condizioni igieniche, dall'assistenza sanitaria all'isolamento, fino alla qualità dell'alimentazione e alle condizioni di illuminazione e aerazione degli ambienti.

Come efficacemente osservato in dottrina, «*dentro l'articolo 3 CEDU e dentro, quindi, la dignità umana, vi è davvero di tutto, ogni problema che una persona detenuta in un carcere, sotto una giurisdizione di uno Stato membro del Consiglio d'Europa, ha deciso di portare all'attenzione della Corte*»[12]. Di fronte a un patrimonio giuridico sterminato, di matrice casistica e frammentaria, il legislatore avrebbe potuto circoscrivere il rinvio alle sole pronunce rese nei confronti dell'Italia, oppure ai soli provvedimenti della Grande Camera. Ha scelto, invece, di lasciare carta bianca, rimettendo al giudice nazionale il compito di confrontarsi con l'intero *corpus* della giurisprudenza convenzionale. La disposizione sembra così restituire un modello di giudice onnisciente, che molto ricorda la figura dworkiniana del giudice Ercole[13]: soltanto un interprete dotato di capacità, tempo e conoscenze sovrumane potrebbe dominare un materiale giurisprudenziale tan-

[12] D. Galliani, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter dell'ordinamento penitenziario,* in *Diritto Penale Contemporaneo,* 21 dicembre 2018, pagine 73-112, in particolare pag. 90.

[13] L'accostamento al giudice Ercole è ripreso dalla riflessione di Galliani, il quale, spingendo la metafora oltre il modello dworkiniano, osserva: «*Altro che giudici Ercole. Il legislatore aveva in mente un giudice impossibile*»; *ivi*, pag. 81.

to vasto, individuarne gli orientamenti consolidati ed estrarre la regola applicabile al caso concreto. Tanto più che un simile compito presuppone che il giudice padroneggi l'inglese e il francese e che sappia orientarsi attraverso HUDOC, banca dati ufficiale che, tuttavia, non restituisce una ricostruzione integrale degli orientamenti della Corte.

Un punto fermo, nondimeno, esiste: l'accertamento del pregiudizio deve muovere dallo spazio minimo detentivo. Dentro le mura del carcere, la relazione del detenuto con il proprio corpo e con lo spazio circostante assume un significato particolare: si è nell'«orizzonte delle piccole cose», nel quale ogni briciola di pane acquista il ‹‹valore di una manciata di diamanti››[14]. Se la pena detentiva si traduce nella restrizione della libertà personale, conservare un margine di controllo sullo spazio immediatamente circostante rappresenta una delle residue forme di autodeterminazione. Misurare lo spazio lasciato al corpo significa, allora, verificare se alla persona sia ancora consentito «abitare l'inabitabile»[15] senza essere deumanizzata.

Ciò non significa, tuttavia, che la soglia minima di gravità richiesta possa essere ridotta in un mero calcolo metrico. Il dato spaziale costituisce uno degli indici fondamentali dell'accertamento e orienta necessariamente il giudice, ma non può, da solo, esaurire il giudizio. Come avverte Zagrebelsky, ogni automatismo banalizza la portata dell'articolo 3 CEDU, finendo per ricondurre «un diritto fondamentale, tra i più fondamentali» alla stregua di «un diritto qualunque»[16].

È per temperare la rigidità insita in ogni valutazione predeterminata che la sentenza *Muršić c. Croazia* – assunta dalle Sezioni Unite quale espressione della giurisprudenza consolidata[17] – ha tentato di coniugare la centralità del dato spaziale con una valutazione comples-

[14] L'immagine è ripresa da D. Galliani, *op.cit., pag. 74* che richiama S. Dovlatov, *Regime speciale. Appunti di un sorvegliante*, L. Salmon (a cura di), Palermo, 2002, pag. 24. In quest'opera, lo scrittore russo racconta la propria esperienza come secondino in un campo di prigionia sovietico.

[15] L'espressione è ripresa da M. Santangelo, *Abitare lo spazio del carcere*, in *Civitas educationis*, 2022, 1, pagine 99 ss., in particolare pag. 104, che richiama G. Perec, *Specie di spazi*, Torino, 1989, pag. 108, ove l'«inabitabile» è identificato con «il rinchiuso, il vietato, l'ingabbiato, l'inchiavistellato».

[16] V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in *Questione giustizia*, 2015.

[17] Cass., Sez. un., sent. 24 settembre 2020 (dep. 19 febbraio 2021), n. 6551. Sul recepimento del criterio convenzionale si registra una significativa divergenza: a differenza della Corte europea, che include nel computo gli arredi non fissi, le Sezioni unite assumono a riferimento il solo «spazio calpestabile», risultando così più favorevoli al detenuto. C. Cataneo, *Le Sezioni unite si pronunciano sui criteri di calcolo dello*

siva delle condizioni detentive, distinguendo tre fasce: al di sotto dei tre metri quadrati sorge una forte presunzione, ancorché relativa, di violazione dell'art. 3 CEDU; tra tre e quattro metri quadrati, lo spazio deve essere valutato insieme alle ulteriori condizioni detentive; oltre i quattro metri quadrati, queste ultime possono assumere autonoma rilevanza.

Il tentativo riesce soltanto a metà. Sul piano teorico, la sentenza restituisce rilievo all'insieme delle condizioni detentive; sul piano applicativo, lo spazio conserva un peso assorbente, con il rischio che gli altri fattori suscettibili di rendere la detenzione inumana o degradante restino sullo sfondo, per emergere soltanto quando si presentino con gravità macroscopica.

Il giudice Ercole ha finito, così, per munirsi di «metro, squadra e livella»[18], trasformandosi in un giudice geometra[19]. Per stabilire se il ‹‹modello-sardina›› all'italiana resti entro i margini di una detenzione dignitosa, occorre misurare la cella, detrarre i servizi igienici e gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, stabilire se, tra questi, rilevi soltanto il letto a castello oppure anche quello singolo e, in quest'ultimo caso, se debbano computarsi tutti i letti singoli o soltanto quelli inamovibili; infine, contare le ore di apertura delle camere e verificare la presenza delle finestre. E tanto parrebbe bastare.

Ma ridurre il giudizio a questa operazione significa smarrire la più ampia portata del parametro convenzionale. Se è vero che l'art. 35-*ter* nasce nel solco della sentenza *Torreggiani*, incentrata sui metri quadrati della cella, è altrettanto vero che la disposizione non circoscrive il rimedio allo spazio minimo personale; anzi, non lo menziona affatto. Fintantoché il rinvio all'art. 3 CEDU resta integrale, la dignità non può essere ricondotta a un mero dato metrico, ma richiede una valutazione complessiva delle condizioni detentive, nella quale lo spazio costituisca il punto di partenza, non quello di approdo.

È, questa, una delle faglie interpretative lungo le quali l'art. 35-*ter* mostra la distanza tra l'ampiezza del parametro convenzionale e la

«spazio minimo disponibile» per ciascun detenuto e sul ruolo dei fattori compensativi nell'escludere la violazione dell'art. 3 CEDU, in Sistema Penale, 23 marzo 2021.

[18] Le citazioni appartengono a: S. Anastasia, *Metro, squadra e livella: boom di reclami ex articolo 35-ter*, in garantedetenutilazio.it, 22 giugno 2026. L'autore evidenzia anche il limite probatorio di un accertamento tecnico rimesso alle sole informazioni fornite dall'amministrazione penitenziaria. *È quasi come chiedere all'oste se il vino è buono,* conclude.

[19] Vedi anche E. Romano, *Sovraffollamento carcerario e standard detentivi minimi: una proposta radicale*, in *Giustizia Insieme*, 9 maggio 2025, in particolare pag. 3

concreta conformazione del rimedio interno. Un'altra, destinata a incidere direttamente sulla sua applicazione, attraversa il requisito dell'attualità del pregiudizio e, con esso, la distribuzione delle competenze e delle forme di ristoro.

3. *La natura proteiforme del requisito dell'attualità*

È pacifico che il soggetto ancora sottoposto a detenzione disumana e degradante possa adire il magistrato di sorveglianza per ottenere il ristoro ex art. 35-*ter* e far cessare la violazione mediante il rimedio inibitorio ex art. 35-*bis*; altrettanto pacifico è che chi sia uscito dal circuito penitenziario possa rivolgersi al giudice civile. La disposizione tace, invece, rispetto all'ipotesi di chi, pur permanendo ristretto, lamenti una violazione ormai cessata.

Il vuoto normativo ha alimentato la contrapposizione tra «tesi attualista» e «tesi non attualista». La questione riguardava la portata del rinvio operato dall'art. 35-*ter* al «pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lett. b), ord. penit.», dovendosi stabilire se esso richiamasse anche l'attualità del pregiudizio ovvero il solo modello procedimentale del reclamo.

La tesi attualista, prospettata dal Consiglio Superiore della Magistratura nel parere reso sul d.l. 25 giugno 2014, n. 92[20] e inizialmente accolta dalla Magistratura di Sorveglianza[21], valorizzava il dato letterale, ritenendo che la competenza del giudice di sorveglianza presupponesse l'attualità della violazione al momento della proposizione del reclamo, in ossequio al principio della *perpetuatio iurisdictionis* ex art. 5 c.p.c. Un indirizzo ancor più rigoroso richiedeva che tale requisito permanesse sino alla decisione[22].

La ricostruzione preservava il tradizionale riparto di competenza tra giudice civile e giudice di sorveglianza. Emblematica è la sentenza

[20] Corte di cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione n. III/01/2015, che richiama il *Parere tecnico del C.S.M. del 30 luglio 2014 (Odg. 1095).*

[21] F. Fiorentin*, I nuovi rimedi risarcitori,* cit.*,* pagine 3-10

[22] Tra i sostenitori della declinazione più rigorosa della tesi attualista, Santoro annovera Fabio Fiorentin, nell'esercizio delle funzioni di magistrato di sorveglianza presso l'Ufficio di Vercelli: E. Santoro, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 gennaio 2015, pag. 3.

Vizzari[23], che individua nel giudice civile il giudice naturale della tutela risarcitoria, escludendo che il danno patito dal detenuto ad opera dell'amministrazione penitenziaria giustifichi, di per sé, una diversa attribuzione. Assumendo carattere derogatorio, la competenza del magistrato di sorveglianza prevista dall'articolo 35-*ter* ord. penit. era insuscettibile di applicazione analogica. Il detenuto che lamentasse una violazione ormai cessata, al pari di chi fosse già tornato in libertà, avrebbe dovuto rivolgersi al giudice civile per il solo ristoro economico.

A sostegno veniva richiamata anche la genesi del rimedio. Prima di acquisire l'attuale fisionomia con il d.l. n. 92 del 2014, esso era stato introdotto dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 con funzione incidentale, esperibile nell'ambito del procedimento instaurato con il reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. Sebbene la previsione fosse stata soppressa in sede di conversione, la sua originaria collocazione contribuì a consolidare l'idea del rimedio compensativo quale appendice del reclamo ex art. 35-*bis*, con la medesima vocazione inibitoria e il medesimo requisito *dell'attualità.*

La nuova disciplina venne così decifrata attraverso categorie già note e consolidate, confinando il giudice dei detenuti nella tradizionale funzione cautelare. In tal senso, il magistrato di sorveglianza di Vercelli si autodefinì «giudice di pronto soccorso»[24]: un giudice chiamato ad assicurare tutela interdittiva immediata, limitando i propri poteri alla gestione delle urgenze.

Contribuì a superare questa impostazione la dottrina, che, attraverso la tesi non attualista, valorizzò l'autonomia del nuovo rimedio e restituì centralità al magistrato di sorveglianza quale giudice della legalità dell'esecuzione penale.

Secondo tale ricostruzione, il rinvio dell'art. 35-*ter* all'art. 69 ord. penit. ha natura classificatoria e procedimentale e non estende al nuovo rimedio i presupposti sostanziali del reclamo. La competenza non dipende, pertanto, dall'attualità del pregiudizio, ma dallo *status detentionis*: finché il ricorrente è detenuto, il pregiudizio può essere tanto attuale quanto cessato. Al giudice civile restano le domande di chi sia tornato in libertà e lamenti un pregiudizio pregresso.

A sostegno dell'impostazione depone anche la funzione del rimedio e, in particolare, la preferenza accordata dal sistema al ristoro in forma specifica. Esso costituisce la forma di riparazione più idonea a

[23] Cass. Pen. Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772 (Vizzari).

[24] Uno stralcio dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Vercelli del 18 aprile 2012 è fedelmente riprodotto da M. Passione, *35-ter o.p.: Effettivamente, c'è un problema*, op.cit. pag. 2.

compensare il «*surplus di afflittività derivante dalla detenzione inumana*»[25], poiché restituisce al detenuto il medesimo bene di cui è stato illegittimamente privato: il tempo di libertà. Inoltre, anticipando il fine pena, produce un indiretto effetto deflativo sul sistema penitenziario, tanto da essere definito una «*virtuosa spirale in cui il sovraffollamento contribuisce al suo stesso superamento*»[26]. Già sperimentato con la liberazione anticipata speciale, il medesimo meccanismo trovava avallo anche nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, dapprima in materia di irragionevole durata del processo e poi nella sentenza *Ananyev c. Russia*[27].

La deroga ai tradizionali criteri di competenza risulta così funzionale all'effettività della tutela: il magistrato di sorveglianza è l'unico giudice, insieme a quello dell'esecuzione, in grado di incidere sulla pena ancora da espiare. Né il dato letterale impone una diversa conclusione: quando ha inteso subordinare un rimedio all'attualità del pregiudizio, il legislatore lo ha previsto espressamente, come nell'art. 35-*bis*; l'art. 35-*ter* nulla dispone al riguardo.

Si è così progressivamente fatta strada l'esigenza di superare la tesi attualista, per evitarne gli esiti paradossali. Una rigida applicazione dei criteri di competenza avrebbe riservato al giudice civile le domande dei soli soggetti ormai liberi e al magistrato di sorveglianza quelle relative a pregiudizi ancora attuali: il detenuto che avesse subito una violazione ormai cessata avrebbe quindi dovuto attendere la liberazione per agire, con un differimento della tutela suscettibile di tradursi in tutela denegata, soprattutto per i condannati all'ergastolo, a maggior ragione se ostativo. A voler, invece, riconoscere la competenza del giudice civile anche in costanza di detenzione, l'effettività della tutela sarebbe comunque compromessa dagli oneri economici e processuali del giudizio, difficilmente conciliabili con la condizione detentiva. A ciò si aggiungerebbe la disparità di trattamento derivante dall'accesso, per gli altri detenuti, al più agevole rimedio dinanzi al magistrato di sorveglianza. Né tale soluzione risulterebbe coerente con l'assetto del

[25] A. Della Bella, *Sovraffollamento carcerario: soluzioni normative e prassi giurisprudenziali per uscire rapidamente dall'emergenza,* in *Sistema Penale,* 2025, 11, pagine 29-41, in particolare pag. 36.

[26] E. Santoro, *op.cit.,* pag. 17.

[27] S. Ciuffoletti, *Il giudice di civil law davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull'(in)effettività del rimedio di cui all'art. 35-ter o.p. alla luce di due recenti ordinanze del Magistrato di Pisa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 12, pagine 37-39. L'autrice richiama, a sostegno, le pronunce Finger c. Bulgaria, Morby c. Lussemburgo, Beck c. Norvegia e Laurens c. Paesi Bassi.

sistema, che individua in quest'ultimo il giudice naturale della persona detenuta.

A un esame più attento, tuttavia, il paradigma attualista ha continuato a permeare la prassi applicativa: il requisito dell'attualità, anziché essere espunto, ha mutato collocazione, confermando la sua natura proteiforme.

I giudici di merito spostano l'attualità dal pregiudizio al titolo in espiazione: la competenza si estende anche alle violazioni cessate, purché riferibili alla pena in corso di esecuzione, anche se derivante da cumulo o da esecuzione di pene concorrenti ex artt. 657 e 663 c.p.p.

La Cassazione, invece, assume lo *status detentionis* quale criterio di competenza, ma subordina la riduzione di pena alla «continuità esecutiva». L'attualità abbandona così il piano della competenza e riemerge quale limite al ristoro in forma specifica. Tale soluzione si fonda sulle regole di fungibilità della pena di cui all'art. 657, comma 4, c.p.p., che consentono di imputare il presofferto al titolo in esecuzione solo per periodi successivi alla commissione del reato cui la pena si riferisce, evitando che esso si traduca in un «credito di impunità» per reati futuri[28]. Applicata all'art. 35-*ter*, questa disciplina impedisce di riconoscere, in relazione a un reato successivo, la riduzione maturata per la detenzione inumana sofferta nell'esecuzione di un titolo precedente. Resta ferma la competenza del magistrato di sorveglianza, ma la riduzione di pena cede il passo al ristoro economico.

L'argomento non persuade pienamente. Appare difficile ritenere che un rimedio compensativo di entità così contenuta – parametrato nella misura di un giorno di pena ogni dieci di detenzione inumana – possa realisticamente tradursi in un incentivo alla commissione di ulteriori reati. Né va dimenticato che il rimedio previsto dall'art. 35-*ter* ord. penit. non assolve ad alcuna funzione premiale, ma è volto esclusivamente a compensare una lesione della dignità della persona, presidiata per altro dall'art. 3 CEDU. Proprio il carattere assoluto del divieto sancito da tale disposizione avrebbe potuto giustificare una soluzione interpretativa maggiormente orientata alla massima effettività della tutela.

4. *La progressiva autonomia del ristoro economico e l'impasse della riduzione di pena*

Il progressivo ampliamento della tutela dinanzi al magistrato di sorveglianza ha favorito l'emancipazione del ristoro economico. Tale

[28] Cass. Pen., Sez. 1, n. 54862 del 17 gennaio 2018, Molluso, Rv. 274971 - 01.

approdo è maturato attraverso un percorso interpretativo articolato per tappe, incentrato sulla prima parte del secondo comma dell'art. 35-*ter* ord. penit., secondo cui «*quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi abbia subito il pregiudizio*».

Il primo scoglio ha riguardato il significato da attribuire al «periodo di pena ancora da espiare». Secondo un orientamento minoritario, esso avrebbe indicato la pena residua: quando questa non fosse stata sufficiente a compensare integralmente la detrazione spettante, il ristoro economico avrebbe assorbito l'intero pregiudizio subito[29]. Una simile lettura avrebbe determinato, a parità di detenzione disumana, una tutela diversa in ragione della mera prossimità del fine pena, consentendo ad alcuni detenuti di anticipare la liberazione e negandola del tutto ad altri[30]. Si è affermata, dunque, la diversa interpretazione secondo cui la riduzione deve operare nella massima misura concretamente possibile, mentre il «residuo periodo» individua la parte di pregiudizio non compensata e destinata al ristoro economico.

Chiarito tale nodo, occorreva stabilire se il ristoro potesse essere riconosciuto anche per singoli giorni di pregiudizio. Secondo una prima ricostruzione, in assenza di un'espressa previsione di riduzioni proporzionali della pena, il secondo comma andrebbe letto in continuità con il primo: il ristoro economico maturerebbe soltanto per periodi corrispondenti a dieci giorni, nella misura complessiva di ottanta euro, lasciando del tutto priva di tutela la quota eccedente il multiplo di dieci. Più persuasiva è apparsa la lettura secondo cui ogni singolo giorno di detenzione disumana assume rilievo e ciascuna quota non compensata in forma specifica deve essere ristorata in via pecuniaria[31].

Restava da affrontare il passaggio decisivo: stabilire se il ristoro economico potesse operare autonomamente rispetto a quello in forma specifica. L'art. 35-*ter* ord. penit. sembrava postulare uno stringente

[29] Per esempio, a fronte di duecento giorni di detenzione in condizioni disumane e di una pena residua di quindici giorni, il detenuto non avrebbe ottenuto alcuna riduzione della pena, ma esclusivamente il ristoro economico per l'intero periodo di pregiudizio.

[30] Per approfondire: C. Masieri, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. penit. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito,* in *Diritto Penale Contemporaneo,* 22 luglio 2015.

[31] E. Quarta, *La logica del giudice di fronte alla complessa equazione dell'art. 35-*

«nesso di contestualità» tra i due: il ristoro economico avrebbe trovato applicazione per le sole quote di pregiudizio riferibili a pene detraibili rimaste incapienti.

La questione emerse in tutta la sua portata con riguardo all'ergastolo, la cui natura perpetua rendeva in linea di principio la pena non detraibile, mettendo in crisi il meccanismo appena delineato.

Con ordinanza del 20 aprile 2015, il magistrato di sorveglianza di Padova sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-*ter* ord. penit., nella parte in cui non assicurava agli ergastolani un effettivo rimedio compensativo. Richiamando la sentenza n. 337 del 1995, osservava che ogni detrazione incide non solo sulla quantità, ma sulla stessa qualità della sanzione, trasformandola da perpetua a temporanea. La formula della «pena perpetua riducibile»[32] racchiude, del resto, una tensione difficilmente eludibile: sottratto un *quantum* a un numero infinito, il risultato resta infinito[33]. Né l'ostacolo poteva essere superato ricorrendo all'ultimo comma dell'art. 54 ord. penit., che considera espiata la pena detratta ai fini della liberazione anticipata anche in caso di ergastolo: disposizione eccezionale, sorretta da una logica premiale estranea al rimedio compensativo dell'art. 35-*ter*, essa non si presta ad applicazione analogica.

Esclusa la riduzione di pena, sembrava così venir meno anche il ristoro economico, ritenuto accessorio al primo. Da qui, i dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 24, 27 e 117, primo comma, Cost.

Il giudice rimettente sollecitava una pronuncia additiva che riconoscesse il ristoro economico agli ergastolani e, in via conseguenziale, rendesse praticabile quello in forma specifica. Con la sentenza n. 204 del 2016, la Corte costituzionale ha circoscritto lo scrutinio al solo ristoro economico, affermando che, quando la riduzione di pena non sia praticabile, il magistrato di sorveglianza conserva il potere di liquidare il danno. Il ristoro economico assurgeva così a strumento ordinario di tutela: una diversa interpretazione sarebbe stata «fuori da ogni logica di sistema, oltre che in contrasto con i principi costituzionali»[34]. La Corte non si pronunciò sulla praticabilità del rimedio in forma

ter o.p. Un affascinante viaggio alla ricerca dei valori incogniti, Galatina (LE), 2017, pagine 81-87.

[32] La formula è invalsa nella giurisprudenza convenzionale a partire da Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, §§ 97-98.

[33] A. Pugiotto, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene perpetue: il rebus dei rimedi ex art. 35-ter o.p. per inumana detenzione,* in *Rivista AIC*, 2016, 4.

[34] Corte cost. sent. n. 204/2016, considerato in diritto, n. 3.

specifica, ritenendo la questione irrilevante nel giudizio *a quo*, poiché il ricorrente aveva già maturato i presupposti per l'accesso alla liberazione condizionale.

Nel silenzio della Corte, resta dunque aperta la questione della riduzione di pena per gli ergastolani, sulla quale spetta al legislatore intervenire. In questa prospettiva si collocano le proposte di riforma formulate nell'ambito dell'Osservatorio n. 5 «*Carcere: materiali per una riforma*», coordinato da Glauco Giostra, che mirano a modificare l'art. 35-*ter* ord. penit., prevedendo espressamente la possibilità di applicare la riduzione di pena anche ai condannati all'ergastolo[35].

In attesa di un intervento legislativo, permane dunque un'evidente asimmetria: se il ristoro economico ha ormai acquisito piena autonomia, la compensazione in forma specifica della detenzione inumana sofferta dall'ergastolano resta affidata alle diverse opzioni interpretative della giurisprudenza di merito.

5. *Il* quantum *indennizzabile come tariffario della dignità*

Per riprendere un'icastica formula di Tullio Padovani, il legislatore «ha in odio sé stesso»[36]: a fronte di una disciplina complessivamente lacunosa e ambigua, proprio laddove si fa più preciso, rischia di rendere la tutela meno efficace. È quanto accade nella determinazione del *quantum*, dove la rigidità dei parametri pone seri problemi di effettività e di coerenza del rimedio.

Particolarmente evidente è l'inadeguatezza del ristoro economico, fissato in otto euro per ciascun giorno di detenzione contraria all'art. 3 CEDU. Si tratta di un irrisorio «prezzo della tortura»[37], soprattutto se confrontato con l'art. 135 c.p., che ragguaglia un giorno di pena detentiva a duecentocinquanta euro di pena pecuniaria.

Assai discusso è anche il ristoro in forma specifica, fissato nella misura di un giorno di detrazione ogni dieci di detenzione disumana. La dottrina ha accostato tale misura a quella della liberazione anticipata speciale, pari a settantacinque giorni ogni centottanta di pena espiata, giudicandola «ingenerosa e sistematicamente poco plausibi-

[35] Osservatorio n. 5 «*Carcere: materiali per una riforma», coordinamento scientifico G. Giostra, Quadro di sintesi delle proposte di modifica normativa*, allegato a F. Fiorentin, *Magistratura di sorveglianza: una proposta per la riduzione delle tempistiche di definizione dei procedimenti,* in *Sistema Penale*, 15 giugno 2026.

[36] T. Padovani, citato da M. Passione, op. cit., pag. 3.

[37] M. Passione, op.cit., pag. 26.

le»[38]. Il raffronto va, tuttavia, accolto con cautela: si è già detto che la liberazione anticipata e il rimedio previsto dall'art. 35-*ter* non sono sovrapponibili. La cautela è tanto più necessaria se il termine di paragone è la liberazione anticipata speciale, introdotta in via eccezionale e per un tempo limitato. Non può, però, negarsi che entrambi gli istituti incidano sulla durata della pena ancora da espiare. Pur non dimostrando, da sola, l'incoerenza del sistema, la diversa entità delle detrazioni rivela quanto sia flessibile il metro con cui il legislatore soppesa il valore della libertà personale: più generoso nel premiare i meriti del detenuto che nel riparare le conseguenze dei demeriti dello Stato.

L'art. 35-*ter* costruisce, nel complesso, un sistema a «tasse fisse»[39], nel quale la durata della violazione costituisce l'unico parametro di commisurazione. In assenza di una forbice entro cui graduare il ristoro in funzione della diversa intensità del pregiudizio, la norma mostra il suo «fiato corto»[40].

Compensare in modo uniforme un pregiudizio ontologicamente individuale costituisce una «bella soluzione inumana»[41]. La sua intensità dipende non soltanto dal numero di giorni in cui il pregiudizio si è consumato, ma anche dalle condizioni soggettive del detenuto, dalle concrete modalità della violazione, dal momento del percorso trattamentale in cui essa interviene e dalle ripercussioni che è destinata a produrre nel tempo. Del resto, l'umanità della pena costituisce il presupposto della funzione rieducativa: la sua lesione non si esaurisce nel tempo della violazione, ma continua a riflettersi sul rapporto del detenuto con l'istituzione penitenziaria e sulla sua concreta disponibilità ad aderire al trattamento[42].

Sotto questo profilo, la disciplina procede con il passo del gambe-

[38] Il rilievo è di G. Giostra e viene richiamato da M. Passione, op. cit., pag. 27.

[39] La definizione è ispirata a: R. Braccialini, *Art. 35-ter, comma 3, ordinamento penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *Questione giustizia*, 11 marzo 2015. si vedano anche: F. Fiorentin, *Sulla valutazione in giorni cala l'incostituzionalità*, in *Guida dir*., 30, 2014, pag. 28 ss.; A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime del sovraffollamento: prima lettura al nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014* in *Diritto Penale Contemporaneo,* 13 ottobre 2014; F. Urban, *Il diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia* in *Rivista di diritti comparati. Rivista quadrimestrale,* I, 3, 2017, pagine 12-63.

[40] D. Galliani, *op.cit.* pag. 106.

[41] *Ivi.* pag. 84.

[42] Il nesso tra dignità della persona detenuta e funzione rieducativa della pena era già stato colto dal Magistrato di sorveglianza di Lecce con l'ordinanza del 9 giugno 2011 (consultabile in *Diritto penale contemporaneo*), che riconobbe il diritto a una pena «costantemente orientata verso un processo rieducativo».

ro rispetto all'evoluzione del danno non patrimoniale, progressivamente emancipatosi dalle «radici culturali e sociali del modello originario, saldamente innestate nella logica economico-patrimoniale», per approdare a una sempre più accentuata personalizzazione del ristoro[43]. Né tale rigidità trova piena giustificazione nella legge 24 marzo 2001, n. 89, cui i lavori preparatori dichiarano di essersi ispirati: anche la legge Pinto commisura l'equa riparazione alla durata della violazione, ma lascia al giudice una forbice entro cui adeguare l'importo alle caratteristiche del caso concreto[44].

Il confronto con la giurisprudenza convenzionale rende ancora più evidente la tensione. Nella sentenza *Ananyev c. Russia*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha chiarito che un rimedio compensativo può considerarsi effettivo soltanto se prevede una valutazione individualizzata dell'incidenza della violazione sul singolo detenuto e dell'adeguatezza del ristoro conseguentemente riconosciuto[45]. Sembra allora singolare che il legislatore italiano, pur assumendo l'art. 3 CEDU quale fondamento del diritto al ristoro, ometta di recepirne proprio il requisito essenziale. Ancor più singolare è che tale discrasia non abbia impedito al sistema italiano di superare il vaglio della Corte di Strasburgo nella sentenza *Stella*.

Non meno sorprendente è quanto accaduto sul piano interno. Già al momento dell'introduzione dell'articolo 35-*ter*, il Consiglio Superiore della magistratura evidenziava come l'esiguità del *quantum* esponesse la disposizione a dubbi di legittimità costituzionale, in relazione al combinato disposto degli artt. 117, primo comma, Cost. e 3 C.E.D.U. Da allora, tali dubbi hanno accompagnato l'intera evoluzione della disposizione e sono stati ripetutamente segnalati[46], senza tuttavia mai approdare al vaglio della Corte costituzionale.

Neppure le proposte elaborate dalla Commissione Giostra intervengono sul nodo della personalizzazione. Esse mirano a ridurre la

[43] C. Salvi, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, pagina 1103.

[44] R. Braccialini, *op.cit.*, richiama la relazione della Camera dei Deputati nella seduta del 17 luglio 2014.

[45] *Ananyev and Others v. Russia, n. 42525/07 e 60800/08, §225: ‹‹An automatic mitigation operated by means of standard reduction coefficients is unlikely to be compatible with individualised assessment››.*

[46] Sul dubbio di legittimità costituzionale derivante dalla fissità del ristoro, v. F. Fiorentin, *Sulla valutazione in giorni cala l'incostituzionalità*, cit., pag. 28 ss.; R. Braccialini, *Art. 35-ter, comma 3, ordinamento penitenziario*, op.cit.; M. Passione, *35-ter o.p.: effettivamente, c'è un problema*, op.cit., pagine 27 ss.; D. Galliani, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità*, op. cit., pagine 84-85.

sproporzione del ristoro in forma specifica, portando il rapporto da un giorno ogni dieci a un giorno ogni cinque, ma lasciano invariati tanto l'importo della compensazione economica quanto gli automatismi che impediscono al giudice di adeguare entrambe le forme di ristoro alle peculiarità del caso concreto.

Senza dubbio, la qualificazione del rimedio in termini di indennizzo, accolta dalla Suprema Corte, ha fornito un provvidenziale aiuto alla tenuta della disposizione. Nonostante la rubrica dell'art. 35-*ter* ord. penit., il rimedio difetta dei tratti tipici del risarcimento del danno: non presuppone l'accertamento del concreto pregiudizio sofferto, non ne consente una valutazione individualizzata e non mira alla sua integrale reintegrazione. Esso si atteggia, piuttosto, a «*un compenso forfettario, di entità contenuta ed uniforme applicazione*»[47], che lascia impregiudicata la possibilità di ricorrere dinanzi al giudice civile per il risarcimento integrale del danno.

Se una tutela così costruita, articolata in due tempi, possa dirsi realmente effettiva – vale a dire non soltanto accessibile e tempestiva, ma anche adeguata alla lesione di un diritto assoluto – è tutt'altra questione, che resta, almeno a parere di chi scrive, ancora aperta.

6. *Una vittoria di Pirro? La lezione di Sollicciano*

L'introduzione dell'art. 35-*ter* ord. penit. ha colmato un vuoto di tutela e segnato una tappa decisiva nella conquista del diritto di azione dei detenuti. A oltre un decennio di distanza, la sua tenuta e la sua effettività possono essere valutate alla luce della prassi applicativa, con risultati tutt'altro che univoci.

Tacciato di essere una «disposizione senza progettualità»[48], espressione di una tecnica legislativa più compiacente che effettiva, l'art. 35-*ter* sembrava risolversi in una sofisticata operazione di *captatio benevolentiae* nei confronti dei giudici europei, destinata a non sopravvivere nel lungo periodo. Eppure, la paziente opera di dottrina e giurisprudenza, smussandone gli angoli, colmandone le lacune e ricomponendone le disarmonie, ha progressivamente consolidato la struttura. Nel 2025 sono stati proposti 11.900 reclami, dei quali 6.539 accolti. Il rimedio ha dunque retto, dimostrandosi vivo e concretamente operativo[49].

[47] Cass. civ., Sez. Un., sent. 30 gennaio 2018 (dep. 8 maggio 2018) n. 11018, Pres. Mammone, Est. Curzio, par. n. 53.

[48] D. Galliani, *op.cit.*, pag. 79.

[49] S. Antonelli, *Dossier su suicidi e decessi in carcere nel 2025 e nei primi mesi del*

Ha retto, tuttavia, al prezzo di una tutela al ribasso: una disciplina legislativa talvolta troppo rigida per consentire adeguati margini di manovra, talvolta così ambiziosa da alimentare nella giurisprudenza il timo di sconfinare nella creazione del diritto e indurla a privilegiare interpretazioni prudenti, ridimensionando drasticamente le potenzialità del rimedio.

I dati statistici sulla frequenza degli accoglimenti mostrano, al contempo, che la detenzione in condizioni inumane o degradanti resta una patologia radicata nel sistema. È questo il segno che la risposta complessivamente approntata dopo Strasburgo non è riuscita a incidere sulla natura strutturale del fenomeno. L'art. 35-*ter* avrebbe dovuto affiancarsi all'art. 35-*bis* ord. penit. per assicurare anche la cessazione del pregiudizio in atto. Ma l'efficacia della tutela inibitoria resta condizionata all'adempimento dell'amministrazione o, in difetto, ai tempi e ai limiti dell'ottemperanza. Dinanzi a un sovraffollamento endemico, anche il trasferimento del detenuto rischia di trasformarsi in una sterile navetta da una cella disumana all'altra.

In tale contesto, si riaffaccia, con inquietante puntualità, lo scenario che aveva preceduto la sentenza *Torreggiani c. Italia*: il tasso di affollamento effettivo è pari al 139,1% e oltre cento persone detenute sono morte per suicidio tra il 2025 e i primi mesi del 2026. L'unico, sconfortante, elemento di novità è rappresentato dall'inedita risposta giudiziaria: per la prima volta in Italia, il giudice per le indagini preliminari di Firenze ha disposto il sequestro preventivo di sette sezioni della Casa circondariale di Sollicciano[50]. Il provvedimento ha reso manifesta la gravità di condizioni detentive che travalicano ampiamente la sola dimensione geometrica dello spazio minimo vitale.

La lezione di Sollicciano è ineludibile. L'art. 35-*ter* è stato un primo, decisivo passo verso una detenzione dignitosa; considerarlo il punto di arrivo rischierebbe, invece, di trasformare quella conquista in una vittoria di Pirro, nella quale lo Stato, incapace di assicurare condi-

2026, in *Tutto chiuso*, XXII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, maggio 2026, pag. 413-435.

[50] Il sequestro, disposto il 16 giugno 2026 su richiesta della Procura di Firenze, ha interessato tre sezioni del reparto giudiziario maschile, tre del reparto penale maschile e la sezione Accoglienza, rendendo necessaria la ricollocazione di oltre cento detenuti. Le condizioni dell'istituto erano già state documentate dall'Osservatorio di Antigone, che aveva segnalato infiltrazioni, muffe e umidità, difficoltà nell'erogazione del riscaldamento e dell'acqua calda, gocciolamenti e carenza di spazi per la socialità. Cfr. Associazione Antigone, *Nuovo complesso penitenziario di Firenze Sollicciano*, schede delle visite 2021 e 2023.

zioni conformi al senso di umanità, si limita a riparare *ex post* l'illegalità che esso stesso ha prodotto. Occorre, allora, che la legalità delle condizioni detentive sia assicurata prima ancora che la violazione si consumi: finché ciò non sarà possibile, l'esecuzione intramuraria non dovrebbe avere inizio o, se già avviata, dovrebbe essere sospesa, affinché il carcere non torni a essere una «camera oscura dell'illegalità»[51].

In questa prospettiva, merita apprezzamento l'iniziativa del Tribunale di sorveglianza di Firenze, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 147 c.p. e 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit., nella parte in cui non consentono il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando questa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, derivanti non soltanto dalla carenza di spazio, ma anche dal degrado strutturale e dall'insalubrità degli ambienti detentivi[52].

In attesa che la Consulta si pronunci,[53] non occorre essere aruspici per cogliere i cattivi presagi all'orizzonte: di questo passo, rischia di aprirsi un nuovo «fascicolo Italia» dinanzi alla Corte di Strasburgo.

[51] M. Foucault, *Alternative alla prigione* (a cura di) S. Lafleur, (trad. di) A. Romani, Vicenza, 2022, pag. 31.

[52] La questione trae origine dal reclamo ex art. 35-*bis* ord. penit. proposto da un detenuto da carcere di Sollicciano per ottenere la cessazione di condizioni detentive disumane, dovute, tra l'altro, alla presenza di cimici e roditori, alla mancanza di acqua calda e alle infiltrazioni nella cella. Dopo una prima declaratoria di inammissibilità, il Tribunale di sorveglianza di Firenze, con ordinanza dell'8 maggio 2025, ha accolto il reclamo, imponendo all'amministrazione un termine per rimuovere il pregiudizio. Rimasto ineseguito l'ordine, il Tribunale ha sollevato questione di legittimità costituzionale. Una questione in parte analoga era stata sollevata nel 2013 dai Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano, con riferimento alla mancata previsione, nell'art. 147 c.p., del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena in presenza di condizioni detentive contrarie al senso di umanità. Con la sentenza n. 279 del 2013, la Corte costituzionale riconobbe l'esistenza di un *vulnus* e la necessità di un «rimedio estremo» che consentisse, ove gli altri rimedi fossero impraticabili, la fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario. Dichiarò tuttavia inammissibili le questioni, rimettendo al legislatore la scelta dello strumento, alla luce della pluralità dei rimedi astrattamente configurabili. Per approfondire: I. Giugni, *Carceri insalubri e poco dignitose: sollevata q.l.c. per mancanza di un "rimedio estremo" che consenta di porre fine a una detenzione inumana,* in *Sistema Penale,* 11 marzo 2026.

[53] La questione di legittimità costituzionale è stata discussa in pubblica udienza il 22 settembre 2026. Al momento della redazione del presente contributo, si è in attesa della decisione.

Michela Morelli

Tamponamento a catena e sistemi ADAS (Advanced Driver Assistance Systems): errore algoritmico, responsabilità civile e prova tecnologica nel diritto della circolazione

Abstract

Il contributo esamina il tamponamento a catena innescato da una frenata automatica ingiustificata, distinguendo la sequenza materiale degli urti dall'intervento del sistema avanzato di assistenza alla guida (ADAS, *Advanced Driver Assistance System*). L'ACC (*Adaptive Cruise Control*) non costituisce né un'esimente né un indice autonomo di colpa; rilevano, invece, la configurazione del sistema, la supervisione del conducente, i dati relativi all'evento e la concreta evitabilità del sinistro. La responsabilità algoritmica mediata coordina l'art. 2054 c.c., la disciplina del prodotto difettoso e la prova tecnologica, tutelando la vittima e consentendo la successiva riallocazione del rischio.

This article examines a chain-reaction collision triggered by unjustified automatic braking, distinguishing the physical sequence of impacts from the intervention of the Advanced Driver Assistance System (ADAS). Adaptive Cruise Control (ACC) constitutes neither a defence nor an independent indication of fault; rather, the relevant factors are the system configuration, driver supervision, event data, and the actual avoidability of the accident. The concept of mediated algorithmic liability coordinates Article 2054 of the Italian Civil Code, product liability rules, and technological evidence, protecting the victim while allowing for the subsequent reallocation of risk.

Parole chiave: ADAS; AEB; tamponamento a catena; responsabilità civile; prova tecnologica.
Keywords: ADAS; AEB; chain-reaction collision; civil liability; technological evidence.

Sommario: 1. Il tamponamento a catena. – 2. AEB e ACC nella cooperazione uomo-macchina. – 3. Presunzioni di responsabilità e distanza di sicurezza. – 4. Scomposizione causale della frenata automatica ingiustificata. – 5. "L'ultimo tamponante" assistito dall'ACC. – 6. Il difetto algoritmico nella responsabilità da prodotto. – 7. Sicurezza del veicolo, omologazione e gestione dei dati. – 8. La prova tecnologica nel processo civile. – 9. Assicurazione obbligatoria e riallocazione del rischio. – 10. La responsabilità algoritmica mediata. – 11. Conclusioni.

1. *Il tamponamento a catena*

Il tamponamento a catena è una fattispecie per la quale il diritto della circolazione ricorre, tradizionalmente, a una forte semplificazio-

ne probatoria: la successione degli urti, la posizione dei veicoli e la distanza di sicurezza consentono di scomporre una dinamica complessa in rapporti tra veicolo tamponante e veicolo tamponato. Questa tecnica risponde a esigenze di tutela del danneggiato e prevedibilità delle decisioni, ma è stata elaborata assumendo che percezione, valutazione e azione fossero concentrate nel conducente.

Con i sistemi avanzati di assistenza alla guida, l'accelerazione, il mantenimento della distanza, la segnalazione del pericolo e la frenata possono scaturire dall'interazione tra conducente, sensori, software e aggiornamenti successivi alla vendita; in tale ipotesi, il veicolo non diviene per ciò solo "soggetto" né l'algoritmo acquista potere decisionale. Muta, invece, la struttura del fatto dannoso, perché la dinamica immediata del veicolo può dipendere da scelte progettuali non conoscibili dall'utilizzatore[1].

L'espressione "errore algoritmico" va quindi intesa in senso funzionale, in quanto indica una risposta non coerente con lo scenario effettivo, come l'identificazione di un ostacolo inesistente o la sovrastima di un rischio reale. Essa non prova, da sola, la difettosità giuridica del prodotto; occorre, invece, distinguere la ricostruzione materiale della dinamica degli urti dal processo tecnico che ha determinato l'intervento del sistema, per poi ricondurre entrambi i piani, secondo i rispettivi presupposti, agli artt. 149 cod. strada e 2054 c.c. e alla disciplina del prodotto difettoso.

Le presunzioni della circolazione devono, dunque, continuare a operare a tutela del danneggiato, ma l'accertamento deve aprirsi ai dati tecnici necessari per verificare quale margine di controllo fosse concretamente rimasto al conducente e quale contributo fosse riconducibile al sistema.

2. *AEB e ACC nella cooperazione uomo-macchina*

La ricostruzione richiede, anzitutto, di distinguere funzioni che il linguaggio corrente tende a riunire sotto l'acronimo ADAS.

L'Advanced Emergency Braking System (AEBS, comunemente AEB) è una funzione di sicurezza attiva diretta a rilevare una situazio-

[1] M. Morelli, *Il processo di digitalizzazione del settore automobilistico. Quando il progresso tecnologico deve sempre essere supportato da norme, regole di condotta e buone pratiche*, Milano, 2024; E. AL Mureden, *Diritto dell'automotive*, Bologna, 2024; M. Morelli, *Sfide giuridiche nella guida automatizzata: uno sguardo attraverso il diritto comparato*, Napoli, 2024.

ne di collisione imminente e ad attivare la frenata per evitare l'urto o ridurne la gravità; *l'Adaptive Cruise Control* (ACC) regola, invece, in modo continuativo la velocità longitudinale del veicolo in rapporto al traffico antistante e all'intervallo selezionato.

Le due funzioni possono condividere sensori, ma operano con finalità completamente differenti: l'ACC regola il moto longitudinale, mentre l'AEB costituisce una barriera di emergenza. L'ACC, isolatamente considerato, non realizza una guida automatizzata completa e neppure identifica necessariamente un sistema di livello 2, che richiede l'esecuzione sostenuta sia del controllo laterale sia di quello longitudinale, ferma restando la supervisione del conducente[2].

Anche l'espressione "mantenimento automatico della distanza" deve essere utilizzata con cautela: molti sistemi regolano un intervallo temporale rispetto al veicolo precedente, mentre l'effettiva distanza necessaria all'arresto varia in funzione di molteplici fattori quali la velocità, l'aderenza, la pendenza, gli pneumatici, il carico, la capacità di percezione dei sensori, la latenza di elaborazione, il comportamento dei veicoli intermedi. L'intervallo selezionato dall'ACC non coincide, pertanto, per definizione, con la distanza giuridicamente adeguata ai sensi dell'art. 149 cod. strada.

Sul versante dell'AEB, la prevista possibilità di intervento correttivo del conducente (override) non dimostra che il conducente possa neutralizzare ogni falso positivo; occorre, invece, verificare il tempo effettivo tra l'attivazione e la decelerazione, la presenza di un avviso comprensibile e il rischio generato dall'intervento correttivo[3].

La riconosciuta utilità preventiva degli ADAS sul piano aggregato non consente, del resto, di presumere la correttezza di ogni singola attivazione. Nel giudizio civile rileva il comportamento del sistema concretamente installato, nella versione software operativa al momento del sinistro e nelle specifiche condizioni d'impiego. Anche l'affidamento dell'utilizzatore deve essere valutato in concreto: denominazioni commerciali, interfacce, frequenza degli errori, esperienza d'uso e

[2] L. Li, Z. Zeng, *Research on Advanced Driver Assistance Systems (ADAS): Current and Future Trends*, in Advances in Mechanical Engineering, 10(5), 2018; Y. Liu, J. Jeong, H. Ko, *Advanced Driver Assistance Systems and Autonomous Vehicles in Intelligent Transportation Systems*, in Sensors, 2021; SAE INTERNATIONAL, Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles, SAE J3016_202104, 2021.

[3] Regolamento (UE) 2019/2144 del Parlamento europeo e del Consiglio, 27 novembre 2019, artt. 6 e 7 e allegato II; regolamento UNECE n. 152; regolamento delegato (UE) 2025/1122 della Commissione, 5 giugno 2025.

qualità degli avvisi incidono sulla valutazione dell'affidamento ragionevolmente riposto nel sistema.

In definitiva, l'obbligo di vigilanza non può tradursi nel comando astratto di diffidare sempre dell'automazione; rilevano, invece, l'uso al di fuori delle condizioni previste, i limiti chiaramente comunicati, gli avvisi ignorati e la possibilità reale di intervenire[4].

3. *Presunzioni di responsabilità e distanza di sicurezza*

L'art. 2054, primo comma, c.c. pone a carico del conducente la prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, mentre il secondo comma introduce, nello scontro fra veicoli, una presunzione di pari concorso sino a prova contraria. A tali disposizioni si affianca l'art. 149 cod. strada, che impone di mantenere una distanza tale da consentire l'arresto tempestivo e da evitare collisioni con il veicolo che precede.

In caso di tamponamenti occorre distinguere tre situazioni. Nel tamponamento semplice l'urto da tergo fonda una presunzione di fatto di inosservanza della distanza di sicurezza a carico del conducente tamponante. Nel tamponamento a catena fra veicoli in movimento la giurisprudenza applica, per ciascuna coppia di veicoli, la presunzione di cui all'art. 2054, secondo comma, c.c. Diversa è l'ipotesi degli scontri successivi fra veicoli facenti parte di una colonna già in sosta, nella quale gli effetti della propagazione vengono ricondotti, in linea di principio, al conducente che, urtando da tergo l'ultimo veicolo, determina la successione delle collisioni.

La mera pluralità degli impatti non è, dunque, sufficiente a qualificare la fattispecie; è necessario accertare lo stato di movimento o di arresto di ciascun mezzo, la posizione sulla carreggiata, l'autonomia dei singoli contatti, le eventuali spinte ricevute e la presenza di manovre o inserimenti laterali[5].

L'intervento degli ADAS non sostituisce tale qualificazione, ma può modificarne il contenuto probatorio: il veicolo che, già arrestato-

[4] M. Morelli, *L'intelligenza artificiale ed umana. Verso una deresponsabilizzazione (inconsapevole) dell'uomo?*, Napoli, 2023; P. Benanti, *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, Milano, 2022; T. Gill, Ethical dilemmas are really important to potential adopters of autonomous vehicles, in Ethics and Information Technology, 23(4), 2021, 657-673.

[5] Cass. civ., sez. III, ord. 9 maggio 2024, n. 12663, Rv. 670982-01; Cass. civ., sez. VI-3, ord. 1° giugno 2022, n. 17858, Rv. 665060-01; in tema, C. Tincani, *La responsabilità civile e penale e la circolazione dell'autovettura senza conducente*, Napoli, 2023.

si, venga proiettato contro quello antistante non si trova nella medesima posizione di chi ometta autonomamente di arrestare la propria marcia. Simmetricamente, chi urta una colonna già ferma non è liberato per il solo fatto che l'arresto iniziale sia stato provocato da un'anomalia tecnologica, quando l'arresto stesso rientri tra gli eventi che l'obbligo di mantenere la distanza di sicurezza è ordinariamente destinato a fronteggiare.

L'accertamento deve, dunque, evitare che l'asimmetria informativa trasformi la presunzione posta a tutela del danneggiato in un vantaggio processuale per il soggetto che detiene esclusivamente le informazioni tecniche. La ricostruzione può richiedere dati relativi a stato e configurazione del sistema, velocità, intervallo selezionato, intensità e momento della decelerazione, avvisi, interventi umani, condizioni sensoriali e risposta dei veicoli intermedi. L'art. 2697 c.c. va coordinato con i poteri istruttori e con gli strumenti di esibizione, senza pretendere dal conducente la dimostrazione di fatti custoditi esclusivamente nella filiera tecnica[6].

Nel diritto vigente tali esigenze devono essere soddisfatte attraverso gli strumenti processuali disponibili – consulenza tecnica, ordine di esibizione e accertamenti preventivi – senza postulare una discovery generalizzata o un'automatica inversione dell'onere della prova. Diversa è la rilevanza, per il futuro, degli strumenti di esibizione (disclosure) e delle presunzioni introdotti dalla direttiva (UE) 2024/2853, che devono essere collocati nel rispettivo regime temporale e nel successivo recepimento nazionale.

4. *Scomposizione causale della frenata automatica ingiustificata*

Il richiamo all'algoritmo non può sostituire l'accertamento causale. Per analizzare la sequenza in modo rigoroso, è utile distinguere quattro dimensioni: (i) la causalità di attivazione individua il sottosistema che ha comandato la decelerazione e distingue frenata volontaria, guasto materiale, errore percettivo, insufficienza della funzione prevista, taratura, aggiornamento e uso difforme; (ii) la causalità di collisione verifica, per ciascun veicolo, se l'urto fosse evitabile con la condotta concretamente esigibile; (iii) la causalità di propagazione separa i contatti dovuti a omissioni autonome di arresto da quelli pro-

[6] Artt. 2697, 2727 e 2729 c.c.; artt. 61, 191, 210, 696 e 696-bis c.p.c.; artt. 9 e 10 direttiva (UE) 2024/2853. Sul problema dell'asimmetria tecnica, G. Contissa, G. Sartor, *Liability and automation in socio-technical systems*, Cheltenham, 2025, 222 ss.

dotti dalla spinta; (iv) la dimensione informativa esamina l'incidenza di manuali, interfacce, avvisi e comunicazione commerciale sull'uso e sul mancato intervento correttivo del conducente[7].

La causa iniziale non coincide necessariamente con la causa esclusiva. Un falso positivo dell'AEB può essere condizione della sequenza e coesistere con la distanza insufficiente dei veicoli successivi; all'opposto, una violazione soltanto apparente può essere irrilevante quando il mezzo, già fermo, venga proiettato dall'urto posteriore.

L'inevitabilità non richiede l'imprevedibilità assoluta della frenata, ma l'impossibilità di evitare il contatto mediante le cautele ragionevolmente esigibili nelle concrete condizioni. Per il conducente del capofila, l'attivazione automatica non integra di per sé caso fortuito, ma neppure rende imputabile ogni frenata come scelta umana. Contano conoscibilità dell'anomalia, precedenti segnalazioni, richiami, possibilità di disattivazione, tempo di reazione e rischi connessi a un intervento correttivo del conducente. Il concorso tra conducente e produttore richiede l'accertamento dei rispettivi contributi causali, non l'etichetta generica di "evento algoritmico".

5. *"L'ultimo tamponante" assistito dall'ACC*

La posizione dell'ultimo veicolo dotato di ACC costituisce un caso particolarmente significativo per la ricostruzione. Come anticipato, l'attivazione del sistema non è un'esimente, perché il conducente conserva il dovere di supervisione e l'ACC non garantisce l'arresto in ogni scenario; non è neppure un indice autonomo di colpa, poiché l'impiego corretto di una funzione omologata può integrare la condotta diligente. Devono essere accertati tipo di sistema, funzioni attive, intervallo temporale, velocità impostata e reale, eventuale inserimento improvviso di un veicolo nella corsia (cut-in), condizioni ambientali, avvisi di degrado, tempo disponibile per l'intervento e risposta frenante. La prova liberatoria non coincide con la prova dell'attivazione, ma con la dimostrazione della corretta integrazione tra condotta, configurazione e prestazione[8].

In questa prospettiva, la diligenza di supervisione deve essere

[7] M. Morelli, *Sfide giuridiche nella guida automatizzata*, cit.; G. Cassano, L. Picotti, *Veicoli a guida autonoma, veicoli a impatto zero*, Pisa, 2023; R. Compostella, *Auto a guida automatizzata e diritto penale*, Napoli, 2024.

[8] G. Calabresi, E. AL Mureden, *Driverless cars*, Bologna, 2021; S. Pellagatta, *Automazione nel settore automotive: profili di responsabilità civile*, in Contratto e im-

commisurata alle caratteristiche tecniche del sistema: non richiede all'utilizzatore competenze ingegneristiche, ma richiede l'impiego della funzione secondo informazioni ragionevolmente comprensibili, la selezione prudente dei parametri e il mantenimento di una capacità di intervento compatibile con la natura del sistema e col tempo effettivamente disponibile.

Se l'intervallo selezionato era congruo, la supervisione era stata mantenuta e il contatto è divenuto inevitabile a causa di una decelerazione eccezionale o della spinta impressa dai veicoli intermedi, la presunzione potrà essere superata o il contributo causale del conducente ridimensionato. Se, al contrario, l'intervallo era manifestamente insufficiente, gli avvisi erano stati ignorati o la supervisione richiesta era stata abbandonata, la presenza della tecnologia non attenua la responsabilità.

Il modello deve, quindi, evitare tanto la finzione del conducente sovrano, capace di neutralizzare istantaneamente qualsiasi intervento automatico, quanto quella del conducente meramente passivo, liberato dalla responsabilità per la sola attivazione dell'assistenza.

Le possibilità di prevenzione e controllo del rischio sono distribuite tra più soggetti: il conducente gestisce l'impiego della funzione, i parametri accessibili e la supervisione richiesta. Il produttore determina architettura, soglie, validazione, interfacce, aggiornamenti e, nei limiti tecnici previsti, registrazione dei dati. A loro volta, i fornitori possono controllare specifici componenti e l'assicuratore garantisce, in prima battuta e secondo il regime applicabile, la continuità della tutela della vittima.

Questa distribuzione non elimina la necessità di un soggetto solvibile tenuto al risarcimento, ma rende essenziale distinguere il piano esterno del risarcimento da quello interno della definitiva imputazione del costo[9].

6. *Il difetto algoritmico nella responsabilità da prodotto*

Per i prodotti soggetti al regime previgente, la direttiva 85/374/CEE e gli artt. 114 ss. cod. consumo assumono come criterio la sicu-

presa, 2019, 1418 ss.; M. Tampieri, *L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili*, in Contratto e impresa, 2020, 732 ss.

[9] G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970; F. Di Ciommo, *Principio indennitario e traslazione dei costi sociali*, Roma, 2017, 33 ss.; G. Puleio, *La gestione del rischio emergente da veicoli autonomi in due proposte di regolamento UE*, in Jus civile, 2021, 1075 ss.

rezza che ci si può legittimamente attendere dal prodotto, avuto riguardo, fra l'altro, alla sua presentazione, all'uso ragionevolmente prevedibile e al momento della messa in circolazione. Il danneggiato è tenuto a provare danno, difetto e nesso causale.

Nel caso dell'AEB, la fonte dell'anomalia può essere un sensore materialmente guasto, ma può anche consistere nell'incapacità della funzione di gestire con sufficiente sicurezza uno scenario prevedibile pur in assenza di una rottura tradizionale. La nozione tecnica di Safety of the Intended Functionality[10], disciplinata dalla norma ISO 21448:2022, è particolarmente utile perché rende visibile il rischio derivante da insufficienze della specificazione o delle prestazioni percettive anche quando il sistema operi secondo la propria configurazione intenzionale[11].

La SOTIF non coincide con il criterio giuridico di difettosità; fornisce, tuttavia, uno schema tecnico di individuazione e valutazione del rischio; spetta al diritto stabilire se quella insufficienza comporti una sicurezza inferiore a quella legittimamente attesa nel prodotto concretamente considerato.

Neppure la frequenza del falso positivo esaurisce il giudizio: un evento raro può essere incompatibile con la sicurezza attesa quando presenti conseguenze particolarmente gravi e siano disponibili misure ragionevoli di mitigazione; un rischio residuo non nullo può, al contrario, risultare compatibile con il livello di sicurezza esigibile qualora sia tecnicamente inevitabile, adeguatamente ridotto, monitorato e comunicato. Devono essere valutati prevedibilità dello scenario, gravità delle conseguenze, possibilità di soluzioni alternative, conformità alle prescrizioni applicabili, qualità degli avvisi, capacità di intervento successivo mediante aggiornamenti o campagne correttive.

[10] La SOTIF (Safety of the Intended Functionality), disciplinata dalla norma ISO 21448, concerne una specifica categoria di rischi per la sicurezza che possono manifestarsi anche in assenza di guasti, anomalie o malfunzionamenti del sistema. Il tratto distintivo della SOTIF risiede nella circostanza che il sistema può operare in conformità alle proprie specifiche progettuali e secondo la funzionalità intenzionalmente prevista, senza che si verifichi alcuna avaria o deviazione rispetto al comportamento atteso, e tuttavia determinare, in determinate condizioni operative, ambientali o di utilizzo, una situazione suscettibile di compromettere la sicurezza.

[11] Direttiva 85/374/CEE; artt. 114-127 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206; ISO 21448:2022, Road vehicles – Safety of the intended functionality. V. anche T. Rumi, *La product liability nell'era dell'I.A.*, Napoli, 2024; D. Cenci, *Responsabilità da prodotto e sistemi autonomi: nuove frontiere della responsabilità civile*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 4(2), 2020, 305 ss.

Anche la presentazione del prodotto assume rilievo. Avvertenze generiche o manuali difficilmente fruibili non consentono necessariamente all'utilizzatore di gestire consapevolmente un rischio specifico; denominazioni commerciali, interfacce e comunicazioni possono contribuire a creare affidamento, purché ne venga dimostrata la concreta incidenza causale[12].

Gli aggiornamenti software richiedono, inoltre, di individuare con precisione la versione installata al momento del sinistro, la cronologia degli update, le note di rilascio e le eventuali campagne correttive. Una perizia eseguita su un veicolo il cui software sia stato successivamente modificato non ricostruisce necessariamente il comportamento del sistema al momento dell'evento. La direttiva (UE) 2024/2853, applicabile secondo il proprio regime temporale ai prodotti immessi sul mercato o messi in servizio dopo l'8 dicembre 2026, rende esplicita la rilevanza del software e attribuisce maggiore importanza, fra l'altro, all'interconnessione, alla cybersicurezza, alla capacità del prodotto di modificarsi e al controllo successivo all'immissione sul mercato. Gli strumenti in materia di esibizione e presunzioni mirano ad attenuare difficoltà probatorie eccessive senza trasformare qualsiasi comportamento anomalo del software in prova automatica del difetto.

Il rapporto tra questa disciplina e l'art. 2054, ultimo comma, c.c. merita uno specifico chiarimento. Quest'ultima disposizione imputa ai soggetti indicati nell'art. 2054 i danni derivanti da vizi di costruzione o difetti di manutenzione del veicolo. La categoria civilistica del vizio di costruzione non coincide necessariamente con il difetto del prodotto; proprio questa non perfetta sovrapposizione consente, tuttavia, di comprendere come la tutela esterna propria della responsabilità da circolazione possa convivere con una successiva azione nei confronti del produttore quando risultino provati i diversi presupposti del relativo titolo[13].

[12] M. Morelli, *Il processo di digitalizzazione del settore automobilistico*, cit.; L. Strazzera, *Veicoli autonomi e responsabilità civile: una prospettiva funzionale, intenzionale e cibernetica*, in Jus civile, 2, 2024; G. Finocchiaro, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2018, 441 ss.

[13] Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 ottobre 2024, artt. 2, 4, 7, 9, 10 e 22, come rettificata in GUUE L, 2026/90364, 7 maggio 2026. La disciplina si applica ai prodotti immessi sul mercato o messi in servizio dopo l'8 dicembre 2026.

7. *Sicurezza del veicolo, omologazione e gestione dei dati*

Il regolamento (UE) 2019/2144 ha introdotto tecnologie obbligatorie di sicurezza, tra cui sistemi avanzati di frenata e registratori di dati di evento, rinviando alle prescrizioni armonizzate e ai regolamenti della United Nations Economic Commission for Europe (UNECE). L'omologazione attesta la conformità ai requisiti applicabili, non l'assenza di malfunzionamenti in ogni scenario; costituisce un elemento della sicurezza attesa, non un'esenzione generale. Quando una funzione è obbligatoria e normalmente attiva a ogni avviamento, il rischio residuo permane nell'uso ordinario del veicolo e deve essere gestito mediante monitoraggio, richiami, trasparenza e responsabilità[14].

L'Event Data Recorder (EDR) registra un insieme standardizzato e temporalmente circoscritto di parametri relativi all'evento, ma non costituisce necessariamente un archivio dell'intera catena percettiva e decisionale del sistema. Non conserva per definizione immagini grezze, classificazioni degli oggetti, soglie interne o tutti i log della funzione. L'assenza di uno specifico dato non consente pertanto, senza conoscere l'architettura concreta, di escludere automaticamente una determinata attivazione.

EDR, centraline, diagnostica, log applicativi, telematica, cronologia degli aggiornamenti e ricostruzione cinematica devono essere considerati come livelli probatori potenzialmente complementari. Particolare importanza assume, in questa prospettiva, anche la disciplina UNECE relativa ai sistemi di gestione degli aggiornamenti software (software update management systems), poiché la capacità di ricostruire la versione installata e le modifiche successive costituisce un presupposto dell'accertamento[15].

Il Data Act introduce diritti di accesso e di utilizzazione dei dati generati dall'uso dei prodotti connessi secondo il proprio ambito applicativo e nel rispetto della disciplina sui dati personali e della tutela dei segreti commerciali. Tali diritti non equivalgono però a un generale diritto processuale di ottenere ogni documento industriale rilevante. Validazioni interne, analisi del rischio, parametri proprietari e informazioni aggregate di flotta possono ricadere in regimi differenti.

[14] Regolamento (UE) 2019/2144; regolamento UNECE n. 152; regolamento delegato (UE) 2025/1122. In prospettiva generale, A. Rubin, M. Bonazzi, M. Mancini, G. Mattioli (a cura di), *Veicoli a guida automatizzata. Opportunità, sfide e prospettive future di una tecnologia per una mobilità sicura, efficiente e sostenibile*, Udine, 2024.

[15] Regolamento (UE) 2019/2144, art. 6, par. 4; regolamento delegato (UE) 2022/545 della Commissione, 26 gennaio 2022; regolamento UNECE n. 160.

Occorre quindi distinguere l'accesso ai dati previsto per le autorità, l'accesso dell'utente ai dati generati dal prodotto e acquisizione processuale delle prove detenute dalla controparte o da terzi[16].

La medesima distinzione è particolarmente importante nei veicoli connessi, nei quali sicurezza, localizzazione, servizi di emergenza e profilazione possono intrecciarsi. La tutela della riservatezza non deve impedire l'accertamento, ma richiede minimizzazione, selezione delle variabili pertinenti e misure di accesso protetto. Le applicazioni di eCall e dei sistemi GPS mostrano che il dato veicolare è insieme strumento di sicurezza e possibile fonte di controllo sull'individuo[17].

Anche il regolamento sull'intelligenza artificiale (AI Act) deve essere letto nel contesto della legislazione settoriale del veicolo. Per i sistemi di intelligenza artificiale (IA) che costituiscono componenti di sicurezza dei prodotti soggetti alla disciplina automobilistica, il rapporto tra regolamento generale e normativa di omologazione è costruito secondo specifiche regole di coordinamento. Questa disciplina, però, non istituisce un autonomo titolo civilistico di risarcimento del danno[18].

8. *La prova tecnologica nel processo civile*

Il processo civile costituisce il luogo nel quale la pluralità dei regimi deve tradursi in una concreta organizzazione dell'accertamento probatorio. La consulenza tecnica non sostituisce l'allegazione, ma può avere funzione percipiente quando i fatti siano conoscibili soltanto mediante competenze specialistiche. Gli artt. 61 e 191 c.p.c., l'ordine di esibizione ex art. 210 e gli accertamenti preventivi ex artt. 696 e 696-bis offrono strumenti di acquisizione e conservazione, pur senza introdurre una *discovery* generalizzata. La richiesta deve essere deter-

[16] Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 dicembre 2023 (Data Act), artt. 3-5; Commissione europea, Guidance on vehicle data, C/2025/5026, 12 settembre 2025.

[17] M. Morelli, *La tutela della privacy nei veicoli automatizzati e connessi*, Napoli, 2025; M. Morelli, *Responsabilità e implicazioni etiche dei sistemi GPS d'emergenza. Il caso dell'eCall e l'integrazione dell'IA nei veicoli*, Perugia, 2025; A. Mantelero, *Beyond Data. Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Berlino, 2022.

[18] Regolamento (UE) 2024/1689, art. 2, par. 2, art. 6, par. 1, e allegato I, sezione B. Sul quadro generale, U. Ruffolo, A. Amidei, *Diritto dell'intelligenza artificiale*, voll. I-II, Roma, 2024.

minata: veicolo, centralina, finestra temporale, versione software, categorie di log, dati di attivazione e documenti di aggiornamento; una domanda generica di "tutti i dati dell'algoritmo" può risultare sproporzionata o inammissibile; una misura tempestiva di conservazione può invece impedire sovrascritture o modifiche[19].

La cosiddetta catena di custodia deve garantire l'affidabilità della prova digitale, attraverso l'autenticità del dato, l'integrità dell'estrazione, la completezza rispetto alle variabili registrate, l'intelligibilità dei codici e la riproducibilità del metodo. Occorre documentare operatori, strumenti, copie forensi, versioni e sincronizzazione temporale, poiché EDR, telematica e centraline possono utilizzare orologi diversi.

Segreti commerciali e dati personali non determinano un'immunità dall'accertamento giudiziale; possono tuttavia giustificare misure di riservatezza, accesso selettivo attraverso i consulenti e oscuramento delle informazioni estranee all'oggetto della controversia[20].

Inoltre, il dato primario va distinto dall'inferenza. Un indicatore di attivazione dell'AEB o un valore di pressione frenante costituisce un'osservazione strumentale; la conclusione di "falso positivo" richiede il confronto con ambiente, sensori, specifiche e log. Un'elevata decelerazione può costituire una risposta corretta a un ostacolo reale; viceversa, la conformità alla specifica non esclude che la specifica sia inadeguata rispetto alla sicurezza attesa.

Il consulente deve, quindi, distinguere con chiarezza quanto sia stato originariamente registrato, quanto venga ricostruito mediante metodologia tecnica e quanto costituisca inferenza, esplicitando le alternative causali e i limiti dell'insieme di dati esaminato. Le presunzioni semplici possono valorizzare convergenze significative fra decelerazione non altrimenti spiegata, assenza di ostacoli, anomalie pregresse, diagnostica e campagne correttive; non possono colmare, con un'affermazione apodittica, la mancanza dell'accertamento tecnico necessario.

[19] Artt. 61, 191, 210, 696 e 696-bis c.p.c. Sulla prova e sui rischi dei veicoli automatici, C. Della Giustina, P. De Gioia Carabellese, *Il futuro ruolo dell'assicuratore nei rischi legali dei veicoli automatici. Unmanned vehicles, trolley problems and data protection*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 4, 2023, 1235 ss.

[20] Regolamento (UE) 2016/679; direttiva (UE) 2016/943, attuata dal d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63. V. B.C. Stahl, D. Wright, *Ethics and Privacy in AI and Big Data: Implementing Responsible Research and Innovation*, in Ethics and Information Technology, 20(1), 2018, 41 ss.

9. *Assicurazione obbligatoria e riallocazione del rischio*

Nel sistema della responsabilità da circolazione l'assicurazione obbligatoria tutela anzitutto la vittima, separando l'accesso al risarcimento dalla definitiva imputazione economica del danno. La direttiva 2009/103/CE, come modificata dalla direttiva (UE) 2021/2118, e il d.lgs. n. 184/2023 confermano questa funzione; nel diritto interno, l'azione diretta ex art. 144 cod. ass. consente al danneggiato di agire direttamente nei confronti dell'assicuratore del responsabile civile, ferma la necessità di accertare i presupposti della responsabilità dell'assicurato, senza imporre alla vittima la previa ricostruzione dei rapporti interni alla filiera tecnologica. Con gli ADAS tale funzione acquista anzi maggiore rilievo, poiché la complessità causale non può tradursi in un ingiustificato aggravio probatorio per la persona lesa[21].

La priorità del risarcimento non implica, tuttavia, che il costo resti definitivamente a carico dell'assicuratore della responsabilità civile auto (RCA). Se il sinistro è riconducibile, in tutto o in parte, a un difetto del prodotto, a un aggiornamento inadeguato, a un'omessa campagna correttiva o alla condotta di altro soggetto della filiera, il costo può essere riallocato nei limiti del titolo azionabile. Vanno però distinte le diverse figure: il regresso tra coobbligati presuppone responsabilità concorrenti; la surrogazione ex art. 1916 c.c. opera quando ne ricorrono i presupposti e non costituisce una generale rivalsa per ogni pagamento RCA; le azioni contrattuali dipendono dal rapporto rilevante; la pretesa verso il produttore richiede gli elementi della responsabilità da prodotto o di altro autonomo titolo[22].

Si delinea, così, un modello bifasico. Sul piano esterno, la vittima deve poter ottenere tutela da un soggetto solvibile tenuto al risarcimento senza sopportare l'asimmetria informativa dei sistemi automatizzati. Sul piano interno, il costo può essere redistribuito dopo l'accertamento del fatto dannoso e dei presupposti del titolo di responsabilità applicabile.

[21] Direttiva 2009/103/CE, nel testo consolidato risultante dalla direttiva (UE) 2021/2118; d.lgs. 22 novembre 2023, n. 184; d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, in particolare artt. 122 e 144. Sui profili assicurativi dei veicoli automatizzati, E. Maio, Civil liability and autonomous vehicles, Napoli, 2022; C. Della Giustina, P. De Gioia Carabellese, *Il futuro ruolo dell'assicuratore nei rischi legali dei veicoli automatici*, cit., 1235 ss.

[22] Artt. 1916, 1917 e 2055 c.c.; art. 144 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. La pluralità dei possibili strumenti di recupero impone di distinguere la surrogazione propria dell'assicurazione contro i danni dal regresso tra coobbligati e dalle azioni fondate su autonomi titoli di responsabilità.

In questa prospettiva l'assicuratore ha interesse alla tempestiva conservazione di EDR, log, dati diagnostici e cronologia software: la perdita della prova può infatti trasformare un rischio industriale identificabile in un costo indistintamente ripartito tra gli assicurati. L'acquisizione deve restare proporzionata, finalizzata e verificabile, senza tradursi in sorveglianza generalizzata della guida.

Il modello britannico offre un utile termine comparativo. L'Automated and Electric Vehicles Act 2018 ha costruito, per i veicoli che stiano effettivamente "driving themselves", una responsabilità assicurativa di prima istanza, mantenendo meccanismi di recupero e specifiche conseguenze connesse alle modifiche software o alla mancata installazione di aggiornamenti rilevanti per la sicurezza. Tale quadro deve oggi essere letto insieme all'Automated Vehicles Act 2024 e al relativo regime di progressiva implementazione. Il dato comparatistico significativo non consiste nella trasposizione di quella disciplina agli ADAS di livello inferiore, bensì nella scelta istituzionale di separare rapidità del risarcimento e successiva imputazione del costo in relazione alla causa tecnologica accertata[23].

10. *La responsabilità algoritmica mediata*

La "responsabilità algoritmica mediata" non designa una responsabilità dell'algoritmo né un nuovo titolo d'imputazione. È un modello di coordinamento tra i diversi livelli nei quali il rischio connesso all'automazione viene generato e si concretizza nel sinistro, il danno viene risarcito e il relativo costo può infine essere riallocato.

È algoritmica perché una parte della dinamica del veicolo dipende da dati, soglie e software; mediata perché, verso i terzi, l'imputazione passa anzitutto attraverso conducente, proprietario e assicuratore, mentre l'origine tecnica dell'evento può essere riconducibile al produttore; stratificata perché lo stesso evento attiva responsabilità da circolazione, prodotto difettoso, obblighi informativi e regole processuali differenti[24].

[23] *Automated and Electric Vehicles Act* 2018, ss. 2-5, con particolare riguardo alla *first-instance liability* dell'assicuratore, alla *contributory negligence*, agli aggiornamenti software e al *right of recovery* verso il soggetto responsabile.

[24] U. Pagallo, *Machines and Responsibility: A Legal Overview*, in Responsible Artificial Intelligence, 2020, 67 ss.; G. Contissa, G. Sartor, *Liability and automation in socio-technical systems*, cit., 222 ss.; G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019.

Il modello produce conseguenze operative: impedisce di confondere il soggetto tenuto al risarcimento con quello cui sia riconducibile l'intera causa del danno; separa causalità di attivazione, collisione e propagazione; richiede di modulare l'acquisizione della prova quando i dati sono detenuti da un solo attore; combina tutela immediata e successiva riallocazione del costo. Esso evita anche la deresponsabilizzazione inconsapevole dell'uomo: l'automazione modifica il contenuto della diligenza, ma non elimina le responsabilità per uso al di fuori delle condizioni previste, configurazioni imprudenti, mancata supervisione e omissioni concretamente evitabili[25].

Applicato all'ultimo tamponante, il modello esclude soluzioni automatiche. L'ACC non supera la presunzione per il solo fatto di essere attivo; il conducente deve provare configurazione prudente, adeguatezza dell'intervallo, supervisione e assenza di un margine utile di intervento. La frenata ingiustificata del capofila non interrompe sempre il nesso, poiché gli arresti improvvisi rientrano in larga misura nel rischio che l'obbligo di mantenere la distanza di sicurezza è destinato a prevenire; assume però rilievo quando intensità, tempistica o propagazione rendano il contatto inevitabile anche con condotta diligente. In tal caso occorre identificare il sistema che ha comandato la frenata e la sua incidenza su ciascun urto.

Il percorso probatorio può essere descritto mediante quattro operazioni: identificare veicoli, sistemi, versioni e fonti; preservare i dati; interpretarli alla luce della dinamica del veicolo e delle condizioni ambientali; individuare il soggetto cui l'anomalia è riconducibile e il titolo di responsabilità eventualmente applicabile. Un futuro insieme minimo di log forensi, limitato a condizioni operative, risposte del sistema, avvisi, interventi e metadati di versione, renderebbe verificabile l'intervento del sistema senza imporre la divulgazione del codice sorgente o una sorveglianza permanente. La tracciabilità ex post contribuisce alla sicurezza, perché l'opacità fa ricadere le conseguenze dell'incertezza su chi non dispone della prova[26].

La proporzionalità resta essenziale: non ogni dato deve essere

[25] M. Morelli, *L'intelligenza artificiale ed umana*, cit.; P. Benanti, S. Maffettone, *Noi e la macchina*, Roma, 2024.

[26] LLOYD'S REGISTER FOUNDATION, THE ALAN TURING INSTITUTE, UNIVERSITY OF STRATHCLYDE GLASGOW, *Deep Dive on Data and Information for Critical Infrastructure Management and Maintenance*, Glasgow, 2025; MIT AI RISK INITIATIVE, *Mapping AI Risk Mitigations: Draft AI Risk Mitigation Taxonomy*, Massachusetts, 2025; M. Morelli, *Responsabilità e implicazioni etiche dei sistemi GPS d'emergenza*, cit.

conservato, non ogni parte deve accedervi integralmente e non ogni errore genera responsabilità. Tuttavia, l'opacità strutturale non è una soluzione neutra. Essa impedisce di distinguere limite fisiologico, uso improprio e difetto evitabile. L'approfondimento tecnologico deve essere riservato ai casi nei quali emergano indizi specifici – decelerazione inspiegata, anomalie pregresse, richiami, dati diagnostici o ricorrenza delle medesime anomalie in una specifica versione software – lasciando alle presunzioni ordinarie la generalità dei tamponamenti.

Questa distinzione tra risarcimento del danno e definitiva imputazione del relativo costo incide anche sugli incentivi alla prevenzione. Se i danni riconducibili a una determinata architettura ADAS vengono stabilmente assorbiti dal sistema assicurativo, senza che l'assicuratore disponga di strumenti adeguati per individuare e far valere eventuali responsabilità a monte, il relativo costo finisce per essere distribuito tra gli assicurati, mentre il produttore sopporta solo in parte le conseguenze economiche dei rischi generati dal proprio sistema. Se, al contrario, i meccanismi di recupero sono sostenuti da prove tecniche affidabili, l'assicurazione può contribuire a orientare i comportamenti dei soggetti della filiera: l'individuazione di anomalie ricorrenti può favorire interventi correttivi, campagne di richiamo, miglioramenti dei protocolli di validazione e una più accurata selezione dei fornitori. In questa prospettiva, l'analisi economica della responsabilità conserva la propria attualità: il problema non consiste nell'individuare il soggetto economicamente più forte, ma, nei limiti consentiti dal diritto positivo e dalle prove disponibili, nel ricondurre il costo del danno al soggetto che disponeva della concreta possibilità di conoscere, prevenire o ridurre il rischio[27].

La maggiore disponibilità di informazioni tecniche non deve, tuttavia, condurre a sostituire l'accertamento della causalità giuridica con valutazioni meramente statistiche. Un'elevata incidenza di sinistri associata a un determinato modello, a una versione software o a una specifica funzione può giustificare ulteriori accertamenti tecnici e regolatori, ma non dimostra che il singolo evento sia stato causato da un difetto; analogamente, la mera presenza di un sistema ADAS non giustifica né una maggiorazione tariffaria indiscriminata né una presunzione di condotta colposa del conducente. La valutazione assicurativa del rischio e l'imputazione della responsabilità nel singolo sinistro

[27] G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, cit.; K.S. Abraham, R.L. Rabin, Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era, in Virginia Law Review, 105, 2019, 127 ss.; B.W. Smith, Automated Driving and Product Liability, in Michigan State Law Review, 2017, 1-74.

operano, dunque, su piani distinti: la prima può fondarsi su dati probabilistici aggregati; la seconda richiede la ricostruzione del fatto concreto e la prova dei presupposti del titolo di responsabilità invocato. Confondere i due livelli significherebbe attribuire alle valutazioni assicurative una funzione impropria nella determinazione della responsabilità giuridica.

In definitiva, nel contesto degli ADAS l'assicurazione garantisce la continuità della tutela risarcitoria senza determinare, per ciò solo, l'imputazione definitiva del costo. Il regresso, la surrogazione ove applicabile, il contributo tra responsabili e le azioni nei confronti del produttore consentono, quando ne ricorrono i presupposti, di riallocare tale costo secondo le responsabilità accertate. La tutela immediata della vittima e la successiva individuazione del soggetto definitivamente responsabile costituiscono, così, due momenti distinti ma coordinati del modello della responsabilità algoritmica mediata.

11. *Conclusioni*

L'automazione della guida non richiede necessariamente l'abbandono delle categorie tradizionali della responsabilità automobilistica. Richiede, piuttosto, di applicarle tenendo conto della progressiva distribuzione delle attività di percezione e controllo fra conducente e sistemi di supporto alla guida.

Gli artt. 149 cod. strada e 2054 c.c. continuano a svolgere una funzione centrale di tutela; l'ACC non costituisce una causa di esonero dalla responsabilità, ma la sua presenza impedisce anche di trattare ogni dinamica come se il comando longitudinale fosse rimasto integralmente e continuamente nella disponibilità materiale del conducente. La verifica deve riguardare, quindi, il rischio concretamente prevenibile o controllabile, le informazioni disponibili prima dell'evento e il tempo realmente utilizzabile per un intervento correttivo.

La medesima impostazione vale per la frenata automatica ingiustificata. Per "errore algoritmico" deve intendersi una possibile origine tecnica, non una conclusione giuridica. Il falso positivo può dipendere da un guasto materiale, da un'insufficienza percettiva, da una soglia progettuale, da un aggiornamento o da una specifica correttamente eseguita ma inadeguata rispetto alla sicurezza attesa. Solo la ricostruzione causale consente di stabilire se e secondo quale titolo tale anomalia assuma rilevanza.

Da ciò deriva una conseguenza metodologica: alla ricostruzione della sequenza materiale degli urti deve affiancarsi, quando sussista-

no indizi tecnologici sufficientemente specifici, la ricostruzione del processo tecnico che ha determinato l'intervento del sistema. La ricostruzione cinematica e l'analisi dei dati digitali non sono alternative, ma concorrono all'accertamento di aspetti differenti del medesimo evento.

La responsabilità algoritmica mediata consente di ordinare questi livelli. Non attribuisce capacità giuridica alla macchina e non introduce un nuovo regime di responsabilità, ma coordina tutela esterna del danneggiato, distribuzione del controllo tecnico, accesso alla prova e successiva riallocazione del costo. Il soggetto tenuto, in prima battuta, al risarcimento può, così, non coincidere con quello al quale sia riconducibile l'origine tecnica del danno.

L'accertamento probatorio è centrale nel modello; sarebbe insoddisfacente tanto rendere di fatto insuperabile la presunzione gravante sul conducente, lasciando le informazioni decisive nella disponibilità esclusiva della filiera, quanto presumere la difettosità ogni volta che il software produca un comportamento non immediatamente spiegabile. EDR, centraline, diagnostica, log, cronologia degli aggiornamenti e ricostruzione cinematica devono essere integrati secondo criteri di specificità, proporzionalità e verificabilità.

La tracciabilità assume, così, un significato che va oltre il processo. Un veicolo capace di incidere automaticamente sulla dinamica stradale dovrebbe essere progettato, entro limiti ragionevoli e rispettosi della riservatezza, anche in modo da consentire la ricostruzione ex post del proprio stato funzionale in prossimità dell'incidente. L'opacità non costituisce una soluzione neutra, perché fa ricadere le conseguenze dell'incertezza sul soggetto che non dispone della prova.

Il tamponamento a catena mostra, in forma paradigmatica, questa trasformazione. La successione apparentemente lineare degli urti può nascondere una causalità distribuita: frenata automatica anomala, arresto corretto del veicolo intermedio, distanza insufficiente del mezzo successivo e propagazione prodotta dalla spinta possono concorrere all'interno dello stesso evento; la ricerca di un unico colpevole risulta, allora, meno utile della scomposizione dei contributi causalmente rilevanti e dei rispettivi titoli di responsabilità.

L'imputazione della responsabilità non deve essere costruita contrapponendo uomo e macchina come centri alternativi, ma considerando il rapporto tra controllo tecnico, conoscenza del rischio e concreta capacità di prevenzione.

L'innovazione può ridistribuire le attività di guida, ma non deve rendere invisibile la distribuzione della responsabilità. La funzione del diritto della circolazione resta, anche nel veicolo digitale, quella di

assicurare tutela al danneggiato e, attraverso criteri giuridicamente verificabili e prove tecnicamente affidabili, di consentire che il costo del danno sia imputato, secondo il titolo di responsabilità applicabile, al soggetto che disponeva della concreta possibilità di prevenire o ridurre il rischio.

Michela Niro

Neuroscienze e processo penale: prova scientifica, imputabilità e tutela della persona

Abstract

Il contributo analizza l'evoluzione delle neuroscienze e il loro impatto nella prassi giurisprudenziale, adottando una prospettiva comparata tra il sistema statunitense e quello italiano. Se da un lato le evidenze neuroscientifiche offrono al giudice un prezioso ausilio conoscitivo, dall'altro, le loro implicazioni sollevano interrogativi non esclusivamente processuali: il progresso tecnologico pone, infatti, nuove sfide per la tutela dei diritti fondamentali e della dignità della persona.

This contribution analyses the evolution of neuroscience and its impact on judicial practice, adopting a comparative perspective between the United States and the Italian systems. While neuroscientific evidence offers judges a valuable cognitive tool, its implications raise questions that are not exclusively procedural: indeed, technological progress poses new challenges for the protection of fundamental rights and human dignity.

Parole chiave: Neuroscienze; Processo penale; Libero arbitrio; Imputabilità; Neurodiritti
Keywords: Neuroscience; Criminal trial; Free will; Imputability; Neurorights

Sommario: 1. L'evoluzione delle neuroscienze e le moderne tecniche di indagine. – 2. Neuroscienze e processo: i campi di applicazione delle moderne scienze nel giudizio. – 3. Le neuroscienze tra tutela della persona e limiti giuridici. – 4. Neuroscienze in giudizio: un'analisi comparata tra Stati Uniti e Italia. – 5. Prospettive future.

1. *L'evoluzione delle neuroscienze e le moderne tecniche di indagine*

Il diritto è chiamato a confrontarsi costantemente con i mutamenti della realtà sociale e con l'evoluzione scientifica. In tale prospettiva, lo sviluppo delle neuroscienze ha assunto un rilievo crescente anche in ambito giuridico, offrendo nuovi strumenti per lo studio dei processi cognitivi, emotivi e volitivi che concorrono alla formazione e alla determinazione del comportamento umano. L'apporto congiunto di discipline quali la biologia, la psicologia e l'informatica consente di indagare in modo sempre più approfondito il funzionamento del cervello e di interrogarsi sull'incidenza che determinate condizioni neu-

robiologiche possono esercitare sulle capacità decisionali e di autodeterminazione del soggetto[1].

Tali acquisizioni sollevano questioni particolarmente delicate quando vengono poste in relazione con le categorie sulle quali si fonda la responsabilità penale. Il problema non consiste nel ricercare nelle neuroscienze una spiegazione univoca delle cause della condotta criminale, né nel ricondurre quest'ultima a un rigido determinismo biologico, quanto piuttosto verificare se e in quale misura le nuove conoscenze sul funzionamento cerebrale possano assumere rilievo nella valutazione giuridica della persona e delle sue capacità.

È in questo quadro che assume particolare importanza il tema dell'imputabilità. Ai sensi dell'art. 85 c.p., nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. La stessa disposizione precisa che è imputabile chi possiede la capacità di intendere e di volere. Il confronto tra questa tradizionale categoria giuridica e le più recenti acquisizioni neuroscientifiche pone un interrogativo centrale: fino a che punto la conoscenza dei meccanismi cerebrali che intervengono nei processi decisionali può contribuire all'accertamento della capacità di intendere e di volere senza trasformarsi, al contempo, in una indebita riduzione biologica della responsabilità individuale?

L'indagine sul sostrato biologico del comportamento umano vanta radici antiche: dal collegamento del cervello agli organi sensoriali nel V secolo a.C., grazie agli studi di Alcmeone di Crotone, alle teorie della localizzazione di Gall nel Settecento, sino agli studi ottocenteschi di Paul Broca e Carl Wernicke.

Di estrema rilevanza per le moderne neuroscienze fu il medico e antropologo italiano dell'Ottocento Cesare Lombroso, illustre esponente della Scuola positiva del diritto penale. Egli delineò la figura del "delinquente nato", ricollegando la presenza di tratti fisici atavici alla propensione innata per la delinquenza. Pur se superate, dalle teorie di Lombroso si originò il filo rosso che portò all'odierno interrogativo: *criminali si nasce o si diventa?*

Oggi la scienza è passata da mere speculazioni filosofiche ad una comprensione dettagliata della citoarchitettura cerebrale. Decifrare le basi biologiche e genetiche del comportamento umano è uno degli obiettivi dell'attuale "genetica comportamentale" (*Behavioural Genetics*)[2]. A

[1] Cfr. S. D'Amato, *Imputabilità, vizio di mente e responsabilità. Questioni dommatiche, empiriche e politico-criminali*, Torino, 2025.

[2] Cfr. A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009.

differenza delle neuroscienze cognitive, che indagano i correlati neurali della psiche, la genetica comportamentale studia l'influenza dei geni sulla personalità[3]. Tale obiettivo solleva enormi problemi etici, filosofici e giuridici, legati specificatamente alla possibile negazione del libero arbitrio. Attribuendo a fattori genetici la realizzazione di un determinato comportamento, non si può credere di essere realmente scevri da condizionamenti interni.

Una pietra miliare per la comprensione del nesso tra lesioni cerebrali e alterazioni della personalità è il caso di Phineas Gage (1848), minatore statunitense che a seguito di un infortunio sul lavoro cambiò drasticamente la propria personalità. Gage, da uomo coscienzioso, responsabile e affabile, divenne rude, irascibile e incline alla rabbia dopo che una sbarra di ferro gli penetrò il cranio. Nel 1867, sette anni dopo la sua morte, il corpo fu riesumato su richiesta di John Martyn Harlow, il medico che lo aveva curato dopo l'incidente del 1848. Il cranio, insieme alla sbarra di ferro che lo aveva attraversato, fu consegnato ad Harlow e, in seguito, conservato presso il Warren Anatomical Museum della Harvard Medical School.

Fu soltanto nel 1994 che un gruppo di studiosi coordinato dalla neurologa portoghese Hanna Damasio, pioniera nell'impiego delle tecniche di *neuroimaging* per lo studio delle lesioni cerebrali, ricostruì, mediante misurazioni del cranio e moderne tecniche di *neuroimaging*, la probabile traiettoria della sbarra e la localizzazione delle lesioni cerebrali riportate da Phineas Gage. Dalle ricostruzioni emerse che la sbarra aveva trapassato la corteccia frontale senza intaccare le aree motorie e premotorie, distruggendo l'area ventromediale della corteccia collegata, infatti, ad alcune attività di ragionamento, capacità decisionale ed emozionale[4].

Il caso di Phineas Gage è uno dei primi e più noti esempi storici del nesso tra lesioni cerebrali e modificazioni del comportamento. Un decisivo progresso nello studio delle funzioni cerebrali è stato successivamente reso possibile dallo sviluppo delle moderne tecniche di *neuroimaging in vivo*, che consentono di esaminare la struttura e, mediante specifiche metodiche funzionali, l'attività del cervello durante l'esecuzione di determinati compiti.

Le neuroscienze cognitive studiano le relazioni tra processi cognitivi e funzionamento cerebrale avvalendosi di differenti livelli di ana-

[3] Cfr. *ivi*, 69.

[4] Cfr. H. Damasio, T. Grabowski, R. Frank, A. M. Galaburda, A. R. Damasio, *The Return of Phineas Gage: Clues About the Brain from the Skull of a Famous Patient*, in «Science», vol. 264, n. 5162, 1994, 1102-1105.

lisi, da quello comportamentale e cognitivo a quello neurobiologico. In specifici ambiti di ricerca, quali neuropsichiatrica e genetica, assumono rilievo anche gli endofenotipi, ossia caratteristiche misurabili intermedie tra il fenotipo osservabile e i fattori genetici e neurobiologici sottostanti. Tale prospettiva non esclude il ruolo dei fattori culturali, ambientali ed educativi, ma considera la loro interazione con i processi biologici. Come osserva Kandel, i fattori sociali e ambientali possono infatti incidere sull'espressione genica e, attraverso questa, sul funzionamento delle cellule nervose[5].

Le tecniche di *neuroimaging* comprendono un insieme di metodiche che consentono di acquisire informazioni sulla struttura e, nel caso delle tecniche funzionali, sull'attività del cervello. Sviluppatesi prevalentemente in ambito clinico e di ricerca, esse hanno successivamente trovato applicazione anche in ambito forense. In tale contesto, le risultanze del *neuroimaging* possono concorrere, insieme agli accertamenti clinici, psichiatrici e neuropsicologici, alla valutazione delle condizioni dell'imputato, fornendo elementi utili all'accertamento dell'eventuale esistenza di alterazioni cerebrali e della loro rilevanza rispetto alle capacità di intendere e di volere. Tali risultanze, tuttavia, non consentono, isolatamente considerate, di ricostruire lo stato mentale del soggetto al momento della commissione del fatto.

Sotto il profilo metodologico, le tecniche di indagine si dividono in due macro-categorie. Da un lato, il *neuroimaging* strutturale, che utilizza strumenti quali la TAC (Tomografia Assiale Computerizzata), la RM (Risonanza Magnetica) e l'angiografia per fornire una mappatura statica dell'architettura cerebrale idonea a rintracciare patologie organiche, lesioni o tumori che possano aver inficiato la capacità di intendere e di volere del soggetto; dall'altro, il *neuroimaging* funzionale, che mira, invece, a rilevare quali aree del cervello si attivano durante lo svolgimento di uno specifico compito cognitivo, emotivo o motorio, registrando il cervello in azione mediante l'utilizzo di tecniche quali l'EEG (Elettroencefalogramma), l'ERP (Potenziale Evocato Correlato), la PET (Tomografia a Emissione Di Positroni) e la fMRI (Risonanza Magnetica Funzionale).

L'impiego del *neuroimaging* strutturale in ambito forense trova un'applicazione ampiamente dibattuta nell'analisi dell'incidenza dei

[5] Cfr. E. R. Kandel, *A New Intellectual Framework for Psychiatry*, in «American Journal of Psychiatry», 1998, vol. 155, n. 4, 457-469, spec. 461; citato da A. Bianchi, *Introduzione. Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., XIV.

tumori cerebrali sul controllo degli impulsi. Nel panorama giurisprudenziale italiano assume rilievo il caso del pediatra vicentino Domenico Mattiello, nel quale la difesa invocò il difetto di imputabilità avvalendosi anche di accertamenti neuroradiologici che avevano evidenziato la presenza di una neoplasia cerebrale. Secondo i consulenti della difesa, gli effetti compressivi esercitati dal tumore su determinate strutture cerebrali avrebbero provocato deficit cognitivi e comportamentali, contribuendo anche all'insorgenza di una «pedofilia acquisita»[6]. Il giudice, tuttavia, non accolse tale ricostruzione causale e ritenne l'imputato capace di intendere e di volere, valorizzando, tra l'altro, le modalità della condotta e l'insufficiente validazione scientifica del nesso prospettato tra la patologia organica e il comportamento pedofilico[7]. Il caso evidenzia, pertanto, come il dato neuroscientifico non possa essere considerato, isolatamente, decisivo ai fini del giudizio di imputabilità.

Per quanto concerne gli studi di *imaging* funzionale, questi, pur nella loro portata innovativa, evidenziano mere correlazioni neurali senza provare un rigoroso nesso di causalità con il comportamento. Tali risultati assumono dunque un valore indiziario, necessitando di essere integrati con ulteriori metodologie per giungere a conclusioni scientificamente e giuridicamente solide.

In ambito forense, la PET e la fMRI si sono rivelate, inoltre, strumenti utili per individuare le aree coinvolte nella produzione della menzogna. La possibilità di identificare quest'ultima e leggere nella mente delle persone ha da sempre affascinato chiunque, operatori del diritto e profani in materia. Produrre una menzogna, definita come la «negazione di una verità soggettiva»[8], comporta uno sforzo cognitivo superiore rispetto alla produzione di una verità. Siffatto interesse ha indotto numerosi studiosi a sviluppare tecniche affidabili e idonee, da un lato, ad individuare la menzogna – le cd. tecniche di *lie detection* – e, dall'altro, a rilevare una traccia di memoria nell'individuo – le cd. tecniche di *memory detection*. Al primo gruppo appartengono la fMRI, la termografia e il tradizionale poligrafo: strumenti che misurano le alterazioni dei flussi sanguigni o dei parametri neurovegetativi

[6] B. Bottalico, *Tumore e pedofilia: quale sentenza per il pediatra?*, in «Scienzainrete», 2012 (https://www.scienzainrete.it/articolo/tumore-e-pedofilia-quale-sentenza-pediatra/barbara-bottalico/2012-12-14).

[7] Tribunale di Venezia, Ufficio G.U.P., Sent. n. 296 del 2013.

[8] Cfr. S. Augustine, *De mendacio*, in *Opuscules*, 1948, vol. II, 244-245; citato da G. Sartori, S. Agosta, *Menzogna, cervello e lie detection*, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., 163.

generate dallo stress della menzogna. Al secondo afferiscono invece il poligrafo in modalità *Guilty Knowledge Test*, il *Brain Fingerprinting*[9] (focalizzato sull'analisi dell'onda cerebrale P300) e il più recente *Autobiographical Implicit Association Test* (a-IAT), che deduce l'esistenza del ricordo nella memoria episodica dell'individuo misurandone i tempi di reazione logico-motoria. Tuttavia, l'applicazione processuale di questi strumenti non è affatto pacifica e unanime nel quadro giurisprudenziale italiano, in quanto essi presentano numerosi margini di errore e vulnerabilità a contromisure, nonché un evidente contrasto con divieti probatori codicistici che esigono un'attenta analisi.

2. *Neuroscienze e processo: i campi di applicazione delle moderne scienze nel giudizio*

Le ricadute che l'accoglimento di teorie che postulano l'esistenza di un substrato biologico della condotta criminale possono avere sul processo penale animano fortemente il dibattito dottrinale. Il punto nodale delle indagini si sposta ora sul singolo, indagando il livello di libertà che egli possedeva al momento della commissione del delitto. In tale contesto ciò che si richiede alla scienza è l'utilizzo di metodologie validate e rigorose, in grado di fornire al giudice gli elementi conoscitivi necessari all'accertamento della realtà fattuale, laddove siano richieste competenze specialistiche di cui egli non dispone.

In via preliminare, occorre precisare come l'avanzamento degli studi neuroscientifici non imponga un radicale ripensamento delle categorie e delle scansioni proprie del diritto penale e processuale penale. Tuttavia, in dottrina è stata prospettata anche l'ipotesi di rinviare alla fase esecutiva l'accertamento dell'imputabilità, sottraendolo al giudizio di cognizione[10], sul presupposto che la sua attuale collocazione interferisca con la progressione logica dell'accertamento dei fatti e possa contrastare con la presunzione di non colpevolezza. Tale soluzione, però, solleva rilevanti criticità sistematiche. L'imputabilità costituisce infatti presupposto della colpevolezza e, ai sensi dell'art. 85 c.p., condizione necessaria per l'assoggettamento a pena; rinviarne

[9] Cfr. C. Svolacchia, *Brain Fingerprinting: la tecnologia che scova i criminali*, in «CUENEWS Biomed», 2019 (https://www.biomedicalcue.it/brain-fingerprinting-scova-criminali/14485/).

[10] Cfr. M. L. Di Bitonto, *Neuroscienze e processo penale*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Lupària Donati, 2a ed., Padova, 2022, 703-724, spec. 720 ss.

integralmente l'accertamento alla fase esecutiva significherebbe, pertanto, pervenire alla condanna prima di avere verificato la sussistenza di uno dei presupposti della responsabilità penale.

Ciò premesso, le neuroscienze assumono rilevanza processuale come prova scientifica. Quest'ultima si inserisce in un dibattito giuridico oscillante tra l'inquadramento come prova tipica o come prova atipica (art. 189 c.p.p.). La sua qualificazione in termini di tipicità muove *in primis* dall'assunto che la qualità di "scientificità" sia da attribuire al risultato stesso della prova, *in secundis* dalla forma attraverso la quale tali risultati entrano nel processo[11]. Al contrario, la teoria che propende per la qualificazione in termini di atipicità si focalizza sulle procedure scientifiche utilizzate per ricostruire il fatto, regolamentate dal settore scientifico di loro appartenenza. Nel dibattito contemporaneo, la giurisprudenza di legittimità prevalente tende a respingere la qualificazione della *novel science* in termini di atipicità. Le metodologie innovative non costituiscono mezzi probatori innominati, bensì saperi extragiuridici che fanno ingresso nel processo attraverso il veicolo tipizzato della perizia (art. 220 c.p.p.) o della consulenza tecnica.

Tuttavia, considerata la natura sovente probabilistica di tali indagini e l'assenza di una certezza assoluta circa gli esiti a cui giungono, i risultati offerti dalle neuroscienze non assumono il valore di "prova regina"; tale assetto impone al giudice di vagliare gli esiti scientifici con estremo rigore, rifuggendo da qualsivoglia automatismo deleganti. È proprio la completa fiducia che i giudici hanno riposto nelle risultanze scientifiche ad aver sollevato, in passato, le criticità maggiori. La scienza, da ideale fonte di produzione di certezze, diviene un utile strumento conoscitivo da sottoporre al vaglio critico del giudice quale *gatekeeper*, garante dell'affidabilità scientifica della tecnica, finalizzato ad evitare che la cd. *junk science* (ossia la "scienza spazzatura") faccia il proprio ingresso nel processo penale. Il paradigma del giudice *gatekeeper* trova formale affermazione giurisprudenziale negli Stati Uniti con la storica pronuncia della Suprema Corte nel caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*[12] (1993)[13], che superò il precedente e

[11] Cfr. G. Barroccu, *La prova scientifica nel processo penale*, in «Diritto@Storia», n. 11, 2013 (https://www.dirittoestoria.it/); si veda anche A. Scalfati, A. De Caro, A. Bernasconi, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 2023.

[12] U.S. Supreme Court, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

[13] La Suprema Corte è stata chiamata a decidere in merito ai presunti danni pro-

rigido criterio della sola "generale accettazione" sancito dalla pronuncia *Frye v. United States* del 1923[14]. La sentenza Daubert ha investito il giudicante del dovere di valutare in prima persona la validità epistemologica del metodo scientifico dedotto in giudizio seguendo quattro criteri valutativi: 1) la verificabilità empirica e la falsificabilità della teoria (*testability*); 2) la sottoposizione della stessa al vaglio critico della comunità scientifica mediante pubblicazioni (*peer review*); 3) la percentuale di errore del metodo (*error rate*); 4) la persistente rilevanza della generale accettazione nella comunità scientifica di riferimento[15].

Tale statuto epistemologico è stato recepito e rielaborato nell'ordinamento italiano con la celebre sentenza Cozzini (Cass. pen., Sez. IV, n. 43786 del 2010)[16], odierna pietra miliare in tema di ammissione e valutazione della prova scientifica. Chiamata a pronunciarsi sul nesso causale tra l'esposizione all'amianto e l'insorgenza del mesotelioma pleurico, la Suprema Corte di Cassazione ha fatto propri gli standard statunitensi, ampliandone significativamente la portata. Si aggiungono ora parametri quali: l'ampiezza, la rigorosità e l'oggettività della

vocati al feto da un farmaco contro la nausea durante la gravidanza, il Bendectin, a seguito della citazione in giudizio della casa farmaceutica da parte dei coniugi Daubert una volta scoperta la malformazione della loro prole, sostenendo il nesso causale tra questa e la somministrazione del farmaco nella gestante.

[14] *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). Nel caso di specie, l'imputato, dopo aver confessato l'omicidio e successivamente ritrattato la propria dichiarazione, chiese di essere sottoposto ad un test di rilevazione della menzogna attraverso la misurazione delle variazioni della pressione arteriosa sistolica. La prova fu esclusa sul presupposto che la tecnica non avesse ancora conseguito un sufficiente consenso nell'ambito scientifico di riferimento. La decisione enunciò così il criterio della *general acceptance*, noto come *Frye test*, destinato a esercitare per decenni una significativa influenza sulla valutazione dell'ammissibilità della prova scientifica nella giurisprudenza statunitense.

[15] Cfr. F. Meola, *Diritto e neuroscienze: il ruolo del giudice nell'impiego delle risultanze neuroscientifiche e di genetica comportamentale in sede processuale tra ammissibilità e affidabilità della prova scientifica "nuova"*, in «Rivista AIC», n. 2/2021, 296-336; M. T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 20 febbraio 2018, 1-39; A. Corda, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in «Criminalia: Annuario di scienze penalistiche», vol. 7, 2013, 497-533; A. Santosuosso, B. Bottalico, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, in «Rassegna Italiana di Criminologia», vol. VII, n. 1/2013, 70-84.

[16] Cfr. P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in «Diritto penale e processo», n. 11/2011, 1341-1347.

ricerca, il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi e l'identità, l'autorevolezza e l'indipendenza dell'esperto chiamato a gestire le ricerche. Attraverso tali criteri viene, dunque, superata la concezione tradizionale dello *iudex peritus peritorum*, capace di sostituire il proprio sapere a quello dell'esperto. Al magistrato spetta, piuttosto, il compito di valutare criticamente l'affidabilità metodologica dell'indagine peritale e la razionalità delle conclusioni dell'esperto, al fine di stabilire se esse possano essere poste a fondamento della decisione.

Nonostante l'autorevolezza dei criteri esplicati, gli stessi non sono stati esenti da numerose riflessioni e critiche. La dottrina ne ha evidenziato la natura non vincolante e la parziale insufficienza. Sul piano operativo, dinanzi a correnti scientifiche contrastanti ma parimenti accreditate, l'incertezza viene risolta in ossequio ai principi del ragionevole dubbio e del *favor rei*, prediligendo la tesi più favorevole all'imputato. Di assoluto rilievo è, poi, l'invito a estendere il parametro scientifico della falsificazione anche alle massime di esperienza. Per garantire il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" la valutazione probatoria non può più richiamare il criterio probabilistico dell'*id quod plerumque accidit*, ma impone di sottoporre la regola empirica a rigorosi tentativi logici di smentita calati nel caso concreto.

Inquadrate le neuroscienze come prova scientifica e definiti i criteri per la loro valutazione, occorre ora delinearne il perimetro applicativo nel giudizio. È oramai indubbio che i geni concorrono a determinare anche il carattere e la personalità umana; tuttavia, non è possibile pensare che comportamenti aberranti siano la diretta conseguenza dell'avere uno o più geni mutati. La neuropsicologia forense mira a comprendere e spiegare il fenomeno criminale ponendo l'attenzione sulle infinite influenze esterne agenti sul soggetto (quali il contesto socio-ambientale, culturale, politico, nonché biologico e neuronale) per giungere a delineare le fondamenta scientifiche dell'assunto secondo cui «lesioni o anomalie funzionali in determinate aree cerebrali potrebbero contribuire alla messa in atto di condotte criminali»[17]. Occorre precisare che il dato neuroscientifico, meramente descrittivo e non esplicativo, evidenzia le sole correlazioni tra cervello e comportamento, fornendo al giudice un indispensabile supporto tecnico-valutativo.

All'interno del procedimento penale, le neuroscienze possono assumere ruoli differenti: da un lato, vi sono tecniche mediante le quali

[17] Cfr. G. Gulotta, G. Zara, *Introduzione. La neuropsicologia criminale e dell'imputabilità minorile*, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., 110.

il soggetto esaminato assurge a fonte di prova reale – in tal senso, le neuroscienze vengono applicate per stabilire la capacità di intendere e di volere al momento del fatto o la capacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo – dall'altro, vi sono tecniche che qualificano l'individuo come fonte di prova dichiarativa – in tale circostanza, vengono utilizzate per la ricostruzione del fatto, validando l'attendibilità della testimonianza e valutando la capacità di ricordo del testimone.

L'ambito di maggior impatto per le neuroscienze è il giudizio di imputabilità. Come detto, l'imputabilità indica la capacità di intendere e di volere dell'imputato e si colloca in rapporto con il giudizio di colpevolezza, secondo una ricostruzione dogmatica la cui esatta sistemazione è tuttora discussa. Il giudizio di colpevolezza mira ad accertare la possibilità per il soggetto di agire diversamente, avendo riguardo alla sua capacità intellettiva, alla consapevolezza del carattere antigiuridico del fatto e all'inesistenza di particolari circostanze che possano averne annullato le possibilità di scelta. Ebbene, la nozione di "imputabilità" viene espressamente collegata alla sussistenza della capacità di intendere e di volere (c.p. art. 85), la quale indica una maturità mentale del soggetto tale da permettergli di discernere tra ciò che è lecito e ciò che è illecito, avendo riguardo al proprio comportamento in relazione al contesto sociale di riferimento. È opportuno distinguere la norma suddetta dalla disposizione di cui all'art. 42 c.p., relativa alla coscienza e volontà dell'azione: quest'ultima attiene alla coscienza e volontà della condotta, mentre dolo e colpa costituiscono distinti criteri di imputazione soggettiva del fatto e non possono essere unitariamente ricondotti all'«intenzionalità» dell'autore.

Il vizio di mente, totale o parziale, è annoverato espressamente dal Codice penale agli articoli 88 e 89 tra le cause di esclusione o di diminuzione dell'imputabilità. Nel valutare la capacità di intendere e di volere dell'imputato, il giudice ha la facoltà di disporre, anche d'ufficio, l'espletamento di una perizia psichiatrica, la quale dovrà rispettare i limiti posti dalla giurisprudenza e troverà applicazione solo in presenza di elementi indiziari seri. Superata la rigida visione medico-organicistica del Codice Rocco, che limitava la non imputabilità alle sole patologie nosograficamente inquadrabili e aventi una base biologica, la dottrina e la giurisprudenza hanno progressivamente accolto un modello integrato, psicologico e sociologico, ponendo maggior attenzione all'indagine sull'effettiva compromissione, nel caso concreto, del processo di formazione della volontà del reo. La svolta nomofilattica si ebbe con la storica sentenza Raso (Sezioni Unite n. 9163 del 2005), con la quale gli Ermellini hanno riconosciuto la rile-

vanza, ai fini del vizio di mente, anche dei disturbi della personalità (pur se atipici, come le psicopatie o le forme *borderline* o paranoidee), purché caratterizzati da una consistenza, un'intensità e una gravità tali da inficiare concretamente la capacità di autodeterminazione del soggetto. Al giudice spetta, dunque, l'arduo compito di verificare la sussistenza di un nesso eziologico tra la disfunzione psichica e il reato. Tale orientamento è stato costantemente ribadito dalla giurisprudenza successiva, consolidando un approccio individualizzato alla malattia mentale. Qualora le alterazioni psichiche riscontrate non raggiungano una consistenza tale da escludere o diminuire la capacità di intendere e di volere ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p., esse non incidono sul giudizio di imputabilità. Analogamente, gli stati emotivi e passionali, ai sensi dell'art. 90 c.p., non escludono né diminuiscono l'imputabilità. Tali condizioni possono, tuttavia, assumere rilievo nella determinazione del trattamento sanzionatorio e, ricorrendone in concreto i presupposti, essere valutate dal giudice anche ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis c.p.

Oltre il giudizio di imputabilità, le neuroscienze trovano applicazione anche in altri campi del processo penale. Primo fra tutti, l'accertamento dell'idoneità psichica dei soggetti attivi nel processo. Da un lato esse rilevano nella valutazione della capacità processuale dell'imputato, ex art. 70 c.p.p., intesa come la sua idoneità a partecipare coscientemente al processo per esercitare il proprio diritto di difesa. Sebbene tale capacità si accompagni ordinariamente alla legittimazione ad essere parte processuale, può accadere che il soggetto non sia in grado di comprendere la realtà giudiziaria che lo circonda e di difendersi attivamente, pur rivestendo formalmente la qualità di imputato. La differenza rispetto alla valutazione circa l'imputabilità è chiara: oggetto di valutazione sono le condizioni in cui versa il soggetto nel momento in cui è sottoposto al giudizio anziché le condizioni mentali del soggetto agente al momento di commissione del fatto. La giurisprudenza di legittimità rimette al giudice una valutazione preliminare sulla necessità dell'accertamento peritale: la perizia non è necessaria quando il giudice disponga già di elementi idonei a valutare la capacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo, mentre deve essere disposta quando emerga il *fumus* di una condizione di incapacità[18].

Dall'altro lato, le neuroscienze trovano applicazione nella verifica della capacità testimoniale, ex art. 196, comma 2, c.p.p.; in tale conte-

[18] Sulla discrezionalità del giudice ex art. 70 c.p.p.: Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 27268/2025; Cass. pen., Sez. VI, Sent. n. 3886/1997.

sto, il vaglio peritale sulle facoltà cognitive del teste è pacificamente ammissibile, non operando il divieto di indagine psicologica previsto dall'art. 220 c.p.p., dettato a garanzia dell'imputato[19].

Ben più controversa è, invece, l'ammissibilità delle tecniche di *lie* e *memory detection* volte a confutare o confermare il racconto del dichiarante in sede di interrogatorio, monitorando l'attività cerebrale in risposta a stimoli o quesiti specifici e distinguendo le diverse attivazioni dei correlati neurali stimolati di volta in volta dalla verità o dalla menzogna. Allo stato attuale, si registra una tendenziale chiusura verso il loro utilizzo in ambito forense. L'ostacolo normativo fondamentale è individuato nell'art. 188 c.p.p., che pone un divieto probatorio assoluto per l'impiego di metodi idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare i fatti, equiparando l'invasività delle moderne tecniche di scansione cerebrale a quella del tradizionale, e precluso, poligrafo. Allo sbarramento codicistico si sommano criticità sistematiche ed epistemologiche. Sul piano processuale, l'estrapolazione del ricordo rischia di eludere il principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111 Cost.), in quanto il dato neuroscientifico si forma inevitabilmente in un momento antecedente rispetto al dibattimento. In tal modo, sebbene sia possibile sottoporre il perito a esame incrociato, la genesi del dato probatorio non sarà soggetta al controllo diretto delle parti e del giudice. Il rischio paventato dalla dottrina è quello di relegare l'individuo a mero oggetto di osservazione e analisi, perdendo la sua qualità di "umano". Sul piano scientifico, infine, tali metodiche conservano un carattere intrinsecamente probabilistico e risultano incapaci di discernere con assoluta certezza l'inganno da altre fonti di attivazione neurale, come lo stress emotivo; appaiono, dunque, incompatibili con il rigoroso standard probatorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio".

3. *Le neuroscienze tra tutela della persona e limiti giuridici*

Come già anticipato, vi è una norma codicistica che si pone, a parere della dottrina maggioritaria, in netto contrasto con l'introduzione di strumenti che possano coartare la libertà di autodeterminazione e la libertà morale del singolo individuo: l'articolo 188 del Codice di procedura penale, che vieta l'impiego, anche con il consenso della persona interessata, di metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà

[19] Sui requisiti dell'idoneità a testimoniare: Cass. pen., Sez. I, Sent. n. 2993/1997; Cass. pen., Sez. I, Sent. n. 6969/2018.

di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti. Il divieto opera quando ricorrano tali presupposti e va tenuto distinto dal diverso giudizio di ammissibilità della prova atipica disciplinato dall'art. 189 c.p.p. La disposizione in esame trova poi specificazione, con riferimento all'interrogatorio, nell'art. 64, comma 2, c.p.p., che vieta, anche con il consenso della persona interrogata, l'impiego di metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. Il divieto comprende sia il ricorso a tecniche quali il *lie detector*, la narcoanalisi e l'ipnosi, sia l'impiego di modalità coercitive o intimidatorie suscettibili di compromettere la libertà morale dell'interrogato.

La preclusione ora evidenziata non è circoscritta alle sole prove dichiarative, come ribadito dalla Corte di Cassazione penale (Sent. n. 4429 del 2014), ma si erge a sbarramento generale contro qualsiasi prova atipica lesiva della libertà morale dell'individuo. Il principio che tali norme intendono esprimere, al contempo giudiziario, gnoseologico ed etico, comprende una nozione ampia di "libertà morale", «intesa come integrità della facoltà della persona, quale fonte di prova, di autodeterminarsi secondo gli stimoli»[20], elevandosi a valore irrinunciabile e indisponibile, suscettibile di tutela prioritaria. Il retaggio storico di tale preclusione affonda le radici nel ripudio della tortura e si lega al divieto di trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 della CEDU. Ciò che emerge è un delicato bilanciamento di valori in cui l'esigenza gnoseologica di accertamento processuale e di completezza del quadro probatorio si scontra con l'intangibilità della dignità umana. Avendo riguardo, dunque, a tale complesso valoriale, la dottrina[21] è concorde nel ritenere radicalmente inammissibili le tradizionali tecniche di *lie detection*: queste ultime azzerano l'autocontrollo generando un'inammissibile etero-determinazione dell'individuo. Il rischio paventato da una loro ammissione è quello di una deriva inquisitoria, volta a estorcere coattivamente la verità dall'intelletto dell'imputato, circostanza che si pone in chiara violazione del suo diritto al silenzio e del diritto contro l'autoincriminazione.

Più articolato risulta, invece, il dibattito relativo ai moderni strumenti di *memory detection*, dove il livello di etero-determinazione risulta molto lieve. Si tratta di tecniche fondate sull'osservazione dei tempi di reazione o sulle misurazioni neurofisiologiche che non impli-

[20] Cfr. L. Sammicheli, A. Forza, L. De Cataldo, *Libertà morale e ricerca processuale della verità: metodiche neuroscientifiche*, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., 250

[21] *Ivi*, 231-255.

cano una coercizione psichica diretta. Parte della dottrina ha ipotizzato l'ammissibilità di questi strumenti qualora siano applicati su base volontaria, prospettandosi, in tal modo, come espressione del diritto alla prova garantito dall'art. 111 Cost., offrendo all'imputato uno strumento scientifico ad alta affidabilità per dimostrare la propria innocenza. Rilevante in questo contesto è il caso *Harrington v. State*, 659 N.W.2d 509 (Iowa 2003). Nel procedimento successivo alla condanna furono prodotti anche risultati ottenuti mediante *Brain Fingerprinting*. La Corte Suprema dell'Iowa dispose tuttavia un nuovo processo per una violazione del *due process*, connessa alla mancata comunicazione alla difesa di materiale probatorio favorevole, senza pronunciarsi sull'ammissibilità scientifica del *Brain Fingerprinting*.

Tuttavia, nonostante tali proposte di apertura, l'orientamento maggioritario nel nostro ordinamento respinge fermamente l'utilizzo degli strumenti sia di *lie detection* che di *memory detection*, in quanto entrambi violerebbero la dignità umana riducendo l'individuo a mero oggetto nel momento in cui rende dichiarazioni, rivelandosi come strumenti di perquisizione della coscienza. Il limite insormontabile risiede nella Costituzione e nelle fonti sovraordinate: il rispetto della dignità umana (tutelato dagli artt. 2, 3, 32 e 36 Cost. e codificato all'art. 1 della Carta di Nizza).

Le questioni poste dall'irruzione delle neuroscienze nel panorama forense attengono altresì alla concezione stessa della persona umana, segnando la nascita di una nuova disciplina: la neuroetica. Quest'ultima, nata convenzionalmente a San Francisco nel 2002 durante la conferenza "*Neuroethics: Mapping the Field*", viene definita come «lo studio delle questioni etiche, giuridiche e sociali che sorgono quando le scoperte scientifiche sul cervello vengono portate nella pratica medica, nelle interpretazioni giuridiche e nella politica sanitaria e sociale»[22]. Per il giurista, tale disciplina pone tre questioni fondamentali.

In primo luogo, si riapre il dibattito secolare sul libero arbitrio, posto in discussione da un determinismo biologico che rischia di svuotare di significato il concetto stesso di colpevolezza.

In secondo luogo, si prospetta una minaccia alla *privacy* mentale dell'individuo, il cui nucleo essenziale è costituito dai suoi pensieri più intimi. Consentire indagini che interrogano i neuroni del soggetto che si avvale della facoltà di non rispondere rischia di scardinare il principio del *nemo tenetur se detegere*. Questo campo di indagine obbliga i giuristi ad una riflessione più ampia che ricomprenda anche l'incertez-

[22] A. Santosuosso, B. Bottalico, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, cit., 71.

za che caratterizza il settore della neurotecnologia. Emerge, nell'odierno scenario, l'urgenza di codificare una nuova generazione di diritti fondamentali: i neurodiritti. Siffatta esigenza nasce dalla dottrina internazionale, in particolare dall'esperienza cilena[23]. In Cile, nel 2021, è stata approvata una riforma costituzionale in materia di integrità mentale e protezione dell'attività cerebrale; distinta e successiva è la decisione della Corte Suprema cilena del 2023 nel caso *Girardi c. Emotiv*, relativa alla tutela dei neurodati raccolti mediante un dispositivo commercializzato direttamente ai consumatori. L'esperienza cilena ha alimentato iniziative e proposte normative anche in altri ordinamenti latino-americani, tra cui Messico e Brasile; tali sviluppi devono tuttavia essere distinti, quanto a natura e forza giuridica, dall'espresso intervento costituzionale cileno. Ebbene, ciò che si auspica è il riconoscimento di quattro nuove garanzie: la *libertà cognitiva*, ossia il diritto di governare la propria dimensione psichica respingendo intrusioni non consensuali; la privacy mentale e l'integrità mentale; quest'ultima trova un riferimento nell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce il diritto all'integrità fisica e psichica della persona; la *continuità psicologica,* intesa come diritto alla continuità della vita mentale degli individui al riparo da alterazioni esterne non volute. L'introduzione del diritto alla libertà cognitiva ha ricevuto crescente attenzione nella dottrina in quanto è possibile individuare un vuoto legislativo nel sistema di protezione fornito dai diritti umani. Tale nuovo diritto potrebbe essere elevato a base normativa per giustificare una reinterpretazione di ulteriori diritti già esistenti. Il dibattito contemporaneo è chiamato, in definitiva, a verificare se le categorie giuridiche esistenti siano sufficienti a fronteggiare forme di intrusione nella dimensione mentale rese possibili dall'evoluzione delle neurotecnologie.

[23] Cfr. M. C. Errigo, *Corti e Scienza. Possibilità e limiti del sapere neuroscientifico*, in «BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto», n. 2/2024, 81-90; per il Cile, Ley n. 21.383, *Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas*, pubblicata nel *Diario Oficial de la República de Chile* il 25 ottobre 2021, recante modifica dell'art. 19, n. 1, della Costituzione; Corte Suprema de Chile, Tercera Sala, 9 agosto 2023, Rol n. 105.065-2023, *Girardi Lavín c. Emotiv Inc.*; per il Messico, cfr. *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma la fracción XVII al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de inteligencia artificial, ciberseguridad y neuroderechos*, presentata il 20 settembre 2023; per il Brasile, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 2174/2023, presentato il 26 aprile 2023, recante norme e principi per la tutela dei diritti fondamentali connessi al cervello e al sistema nervoso umano; cfr., inoltre, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 3.

Da ultimo, il c.d. *Christmas tree effect* (effetto albero di Natale)[24]: il rischio che l'esibizione di colorate scansioni cerebrali inganni giudici e giurie, inducendoli a sovrastimare il dato clinico e a ridurre la condotta criminosa a un mero automatismo neurale. Tali "fotografie" cerebrali fungono da mero indicatore clinico, da valutare rigorosamente all'interno del complessivo quadro probatorio. Ciò da cui si deve rifuggire è una deriva verso la "neuromania", l'ostacolo principale al dialogo delle scienze psicologiche e neurologiche con le scienze giuridiche.

L'impatto delle neuroscienze sul processo penale si profila come una rivoluzione tecnologica e ontologica. Sono tanti gli ausili che offrono all'impianto giuridico, ma sono altrettante le sfide che il diritto è chiamato ad affrontare. È opportuno, alla luce di tutto quanto esposto, analizzare come le neuroscienze abbiano concretamente trovato il proprio spazio nella prassi giudiziaria.

4. *Neuroscienze in giudizio: un'analisi comparata tra Stati Uniti e Italia*

Al fine di misurare compiutamente l'impatto di tale rivoluzione probatoria, risulta utile un'analisi comparata tra due modelli processuali profondamente diversi: il sistema statunitense, pioniere indiscusso della disciplina, e il sistema italiano, ancorato a rigide normative codicistiche e ad un approccio dogmatico più cauto ma in progressiva evoluzione. La differenza principale risiede nella struttura stessa dei due sistemi. Negli Stati Uniti l'impiego delle neuroscienze è promosso quasi esclusivamente dalla difesa nella *sentencing phase*, ossia la fase di determinazione della pena, con l'obiettivo di mitigare la condanna specie nei casi capitali; in Italia, invece, le indagini sul cervello e sul genoma umano si innestano nella fase prodromica dell'accertamento della colpevolezza, supportando le tradizionali perizie psichiatriche per valutare più compiutamente l'imputabilità. Ulteriore e non irrilevante differenza risiede nell'organo giudicante: una giuria popolare, profana in materia tanto giuridica quanto scientifica, maggiormente suggestionabile, contrapposta ad un giudice togato insediato in un sistema dominato dall'obbligo di motivazione logico-giuridica.

Partendo dal contesto statunitense, un precedente storico di fondamentale rilevanza è rappresentato dalla pronuncia People v. Wein-

[24] Cfr. A. Corda, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., 526.

stein (1992)[25]. L'imputato, reo confesso dell'omicidio della moglie, invocò a sua difesa l'assenza di responsabilità penale (cd. *insanity defense)*; sulla scorta di indagini PET e MRI, egli presentò a sua difesa la presenza di una cisti aracnoidea idonea a comprometterne il controllo degli impulsi. Il giudice, grazie alla maggior flessibilità diagnostica concessa dalla legge dello Stato di New York rispetto alla rigida *Frye rule* (all'epoca vigente), ammise le neuroimmagini. Tuttavia, la Corte vietò alla difesa di presentare alla giuria correlazioni causali di stampo deterministico, in base alle quali la cisti avrebbe causato inevitabilmente la violenza, mancando una generale accettazione psichiatrica di tale nesso causale.

Successivamente, il caso *State v. Nelson* (2010) assunse particolare rilievo per l'impiego della prova neuroscientifica nella fase di determinazione della pena: la difesa produsse i risultati di un'Elettroencefalografia Quantitativa (QEEG) al fine di documentare la presenza di anomalie cerebrali e di sostenere la richiesta di non applicare la pena capitale[26]. L'esame rivelò anomalie nel lobo frontale sinistro dell'omicida, verosimilmente riconducibili a pregressi traumi cranici; tale area riveste un'importanza cruciale per il controllo del comportamento impulsivo. Nonostante il parere contrario e scettico degli esperti dell'accusa, la proiezione visiva della mappatura cerebrale durante il processo fu idonea a influenzare il giudizio della giuria, scongiurando l'unanimità per la pena capitale e determinando, di conseguenza, la condanna all'ergastolo per l'imputato. Furono alcuni dei giurati stessi ad ammettere pubblicamente di essere stati persuasi dall'oggettività clinica mostrata dalle neuroimmagini, affermando il loro evidente potere persuasivo.

La stessa sorte non è toccata, tuttavia, all'utilizzo della fMRI come "macchina della verità". Nel caso *United States v. Semrau* (2010)[27], il dottor Semrau, accusato di frode sanitaria, tentò di dimostrare l'assenza di intenzionalità nelle eventuali fatturazioni erronee producendo i risultati di una scansione cerebrale effettuata tramite fMRI. Il tribunale distrettuale, con decisione confermata anche in appello, precluse l'accesso della prova nel processo dichiarandola inammissibile alla luce dei criteri Daubert e delle *Federal Rules of Evidence* 702

[25] *People v. Weinstein*, 156 Misc.2d 34, 591 N.Y.S.2d 715 (N.Y. Sup. Ct. 1992).

[26] *State v. Nelson*, No. F 05-000846 (11th Fla. Cir. Ct. Dec. 2, 2010).

[27] *United States v. Semrau*, No. 07-10074 ML/P, 2010 WL 6845092 (W.D. Tenn. June 1, 2010), Report and Recommendation successivamente adottato dalla District Court; cfr. *United States v. Semrau*, 693 F.3d 510, 516-524 (6th Cir. 2012), che ha confermato l'esclusione della prova basata sulla fMRI.

e 403. In particolare, emerse che la fMRI non disponeva di tassi di errore verificati in scenari forensi reali, essendo stata testata solo in laboratorio; inoltre, non godeva della necessaria generale accettazione e presentava, in aggiunta, rilevanti fattori di possibile distorsione, quali la soggettività nell'interpretazione dei dati, l'affaticamento del periziando e l'esecuzione dell'esame all'insaputa dell'accusa. Tale pronuncia assume un ruolo assai rilevante in quanto configura l'applicazione rigorosa dei criteri Daubert al *neuroimaging* forense, evidenziando il ruolo del giudice quale *gatekeeper* e costituendo un primo precedente giurisprudenziale in materia di *lie detection*.

La casistica americana illustra, infine, anche l'evoluzione del dibattito sul gene MAO-A: il cd. "gene del guerriero" che, combinato ad una storia pregressa di abusi infantili e condizioni sociali e ambientali sfavorevoli, viene associato a condotte violente. È oramai ampiamente riconosciuto che il gene MAO-A non sia responsabile, di per sé, delle inclinazioni violente di un soggetto. Tuttavia, la presenza di una variante a bassa attività in un individuo segnato da un passato di gravi abusi in età infantile è stata associata a una maggiore vulnerabilità verso condotte aggressive[28]. Nel caso *State v. Waldroup* (2009)[29], l'esibizione della mutazione genetica comprovata da una perizia psichiatrica e genetica, unita al racconto dei traumi infantili subiti dall'imputato, influenzò la giuria a tal punto che l'omicidio premeditato di cui era accusato fu ricondotto al meno grave reato di *voluntary manslaughter*, salvando così l'uomo dalla pena capitale[30]. Emblematica l'affermazione di uno dei giurati: «Una diagnosi è una diagnosi. Un gene cattivo è un gene cattivo»[31]. L'impatto delle neuroscienze sulle giurie è duplice: una prospettiva mitigante che, come nel caso di specie, valorizza la vulnerabilità biologica innata, e una aggravante, che per esigenze di difesa sociale richiede condanne più severe temendo una recidiva dettata dalla biologia dell'imputato.

A distanza di oltre un decennio, la Suprema Corte del New Mexico nel caso *State v. Yepez* (2021)[32] ha frenato i facili ed entusiastici ri-

[28] Cfr. A. Wiberg, *Rehabilitation of MAOA deficient criminals could lead to a decrease in violent crime*, in «Jurimetrics», 2015, 509-526.

[29] *State v. Waldroup*, No. E2010-01906-CCA-R3-CD, 2011 WL 5051677 (Tenn. Crim. App. Oct. 20, 2011).

[30] Cfr. T. Aiello, *MAOA Genetics in the Courtroom: The Last Legacy of State v. Waldroup*, in «Royal Road: A Journal of Undergraduate Research», vol. 5, Spring 2021, 21-38.

[31] *Ivi*, 29.

[32] *State v. Yepez*, 2021-NMSC-010, 483 P.3d 576 (N.M. 2021).

duzionismi, rigettando l'evidenza genetica proposta per confutare la premeditazione dell'omicidio. I giudici hanno infatti statuito che, sebbene la genetica comportamentale possa soddisfare in astratto i criteri Daubert, essa risulta irrilevante nel caso concreto se impiegata per dimostrare l'incapacità di formare lo specifico dolo in un determinato istante, respingendo in tal modo l'automatismo causale.

Rispetto all'ambiente americano, l'ingresso delle neuroscienze in Italia è avvenuto con maggiore gradualità. Pionieristica fu la pronuncia della Corte di assise di appello di Trieste nel caso Bayout, nel 2009[33]. La Corte, chiamata a giudicare l'omicidio commesso da un cittadino algerino affetto da schizofrenia, integrò l'esame psichiatrico con indagini neurogenetiche. Dalle analisi effettuate emerse che l'imputato presentava l'allele a bassa attività del gene MAO-A che, unito allo stato di emarginazione sociale e alle provocazioni subite, ne avrebbe minato il controllo degli impulsi. La capacità di intendere e di volere di Bayout risultò dunque grandemente scemata; la Corte riconobbe il vizio parziale di mente ex art. 89 c.p. riducendo la pena all'imputato.

Unitamente alla precedente, a segnare l'ingresso delle neuroscienze nelle aule di giustizia fu il caso Albertani (2011) deciso dal Tribunale di Como[34]. Stefania Albertani, accusata di aver ucciso la sorella e tentato di uccidere i genitori, fu sottoposta a RM e ad altri esami, i cui esiti confermarono alterazioni nella corteccia cingolata anteriore, area deputata all'inibizione, e plurime anomalie genetiche. Il G.I.P. ritenne tali esami dotati di elevato rigore metodologico e pienamente attendibili; ammise formalmente l'ingresso delle tecniche di *neuroimaging* cerebrale e di genetica molecolare all'interno del processo, accordando all'imputata il vizio parziale di mente. Va sottolineato che il G.I.P. stesso in tale sede ha respinto qualsivoglia deriva lombrosiana, ribadendo che le neuroscienze offrono esclusivamente preziose evidenze per correlare disfunzioni neurobiologiche e comportamenti devianti, supportando la decisione del giudice.

Anche nel caso *Kabobo* (2014), relativo ad Adam Kabobo, cittadino ghanese che nel maggio 2013 uccise a Milano tre passanti colpendoli con un piccone, assunse particolare rilievo l'accertamento delle

[33] Corte d'assise d'appello di Trieste, 18 settembre 2009, n. 5, Bayout, in «Rivista penale», 2010, 70 ss., con nota di A. Forza, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, 75 ss.

[34] Tribunale di Como, G.I.P., 20 maggio 2011, n. 536, *Albertani*, in «Rivista italiana di medicina legale», 2012, 246 ss., con nota di G. Messina, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, 251 ss.

condizioni psichiche dell'imputato: la perizia diagnosticò una forma di schizofrenia paranoide, ritenuta idonea a incidere significativamente sulla capacità di intendere e di volere, senza tuttavia escluderla integralmente. Il giudice riconobbe pertanto il vizio parziale di mente, tenendo conto anche della condizione di emarginazione sociale e culturale dell'imputato[35].

Riguardo alle tecniche di *memory detection*, assume particolare rilievo il caso di Cremona del 2011[36]. Il procedimento riguardava un commercialista accusato di atti di natura sessuale nei confronti di una stagista minorenne presso il suo studio. Poiché l'imputato negava l'accaduto e l'accertamento dei fatti dipendeva significativamente dalle dichiarazioni della persona offesa, nell'ambito della perizia disposta sulla ragazza furono utilizzati anche l'*Autobiographical Implicit Association Test* (a-IAT) e il *Time Antagonistic Response Alethiometer* (TARA), al fine di verificare la presenza nella sua memoria di una traccia autobiografica dell'episodio denunciato. Il giudice ritenne utilizzabili tali tecniche, precisando che esse erano dirette a rilevare la presenza di un determinato ricordo, senza che ciò implicasse necessariamente la corrispondenza tra il contenuto mnestico e l'accadimento storico.

La decisione suscitò, tuttavia, rilievi critici in dottrina, tanto per le garanzie poste a tutela della libertà morale della persona sottoposta all'esame, quanto per l'affidabilità scientifica delle metodologie impiegate. In particolare, si pose il problema dell'applicabilità dell'art. 188 c.p.p. alla persona offesa chiamata anche a rendere testimonianza e, dunque, della compatibilità di simili tecniche con il divieto di utilizzare metodi o tecniche idonei a incidere sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti. Furono inoltre sollevate riserve circa la sussistenza, con riferimento all'a-IAT e al TARA, di un grado di validazione scientifica sufficiente a giustificarne l'impiego processuale[37].

Le successive pronunce di merito richiamate hanno mostrato un orientamento più restrittivo nei confronti dell'a-IAT. Nel 2017 la Corte d'Appello di Salerno (Sent. n. 2575) ne sancì l'inammissibilità per mancanza di validazione scientifica univoca. Nel 2020, poi, la Corte di Appello di Brescia (Sent. n. 1683) in sede di revisione disconobbe lo

[35] Tribunale di Milano, G.I.P., 15 aprile 2014, n. 1243, inedita.

[36] Tribunale di Cremona, G.I.P., 19 luglio 2011, n. 109, inedita.

[37] Cfr. F. Meola, *Diritto e neuroscienze: il ruolo del giudice nell'impiego delle risultanze neuroscientifiche e di genetica comportamentale in sede processuale tra ammissibilità e affidabilità della prova scientifica "nuova"*, cit.

strumento dichiarando che, sebbene impiegato a favore del condannato e su base volontaria, costituisce una metodica che sottrae all'individuo l'autocontrollo e viola i canoni costituzionali di dignità e libertà morale.

Per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità, la Cassazione ha mostrato apertura verso l'utilizzo di evidenze neuroscientifiche e genetiche come elementi di supporto alla tradizionale indagine sull'imputabilità, senza attribuire loro valore autonomamente determinante e respingendo automatismi di tipo biologico-deterministico[38].

5. *Prospettive future*

L'ingresso delle neuroscienze nel processo penale non sembra destinato a determinare né una sostituzione del sapere giuridico con quello scientifico, né un ritorno a forme contemporanee di determinismo biologico. Ne deriva, *in primis*, che l'individuazione di un'anomalia neurobiologica non può tradursi automaticamente in una conclusione in ordine all'imputabilità o alla responsabilità dell'agente. Tra il dato biologico e il giudizio giuridico permane uno spazio valutativo che appartiene al giudice e che non può essere trasferito all'esperto.

L'evoluzione del *neurotech* impone al legislatore e all'interprete di ripensare le tradizionali categorie di tutela. Il dibattito sui neurodiritti esige di verificare l'adeguatezza delle attuali garanzie a tutela dell'autonomia cognitiva. Il futuro rapporto tra neuroscienze e processo richiederà un delicato equilibrio tra l'accuratezza dell'accertamento probatorio e il divieto di illecite intrusioni nella sfera mentale dell'individuo.

È innegabile, infine, che le neurotecnologie richiedano ulteriori e costanti studi finalizzati a verificare le teorie poste a loro fondamento e a testarne l'affidabilità tecnica. Ad oggi vi è ancora frammentazione tra dottrina e giurisprudenza in ordine all'ammissibilità probatoria di tali metodiche. Per il futuro si auspica un crescente impiego forense di tali tecnologie, più maturo, consapevole e uniforme, incoraggiato dall'emanazione di una normativa organica, nazionale e comunitaria, che regolamenti la materia conferendole quella certezza e uniformità

[38] *Ex multis*, Cass. pen., Sez. I, 7.11.2012, Panuccio, n. 43021; Cass. pen., Sez. I, 21.11.2012, n. 45559; Cass. pen., Sez. I, 13.11.2015, n. 45351; Cass. pen., Sez. I, 7.02.2018, n. 26895; Cass. pen., Sez. I, 18.03.2019, n. 11897.

applicativa di cui oggi è priva. In una prospettiva *de iure condendo*, resta inoltre da valutare in quale misura le moderne tecnologie possano offrire elementi conoscitivi utili anche ai fini della prognosi di pericolosità sociale e dell'individuazione di percorsi riabilitativi mirati alla prevenzione della recidiva.

GIACOMO PILLA

La compensazione tributaria: il sogno irrealizzato della parità tra amministrazione finanziaria e contribuente

Abstract

Il primo comma dell'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente sancisce che l'obbligazione tributaria può essere estinta anche per compensazione e sembra riconoscere in capo al contribuente un diritto talmente generalizzato da non ammettere dubbi applicativi. A distanza di un quarto di secolo dall'introduzione della norma, tuttavia, ancora non sono stati emanati i regolamenti attuativi previsti dal sesto comma della medesima disposizione ed ai quali la giurisprudenza pressoché univocamente riconnette natura di condizione essenziale per la concreta operatività della norma. Ciò conduce ad interrogarsi sulla possibilità di individuare altrove le regole di funzionamento dell'art. 8 per garantire quella integrità patrimoniale del contribuente che pure rappresenta l'espressa finalità della norma e per riconoscere identiche facoltà ad entrambe le parti nella fase di attuazione del tributo.

Article 8, paragraph 1, of the Taxpayer Bill of Rights establishes that a tax liability may also be extinguished through set-off, seemingly granting the taxpayer a right so broad as to leave no room for doubt regarding its application. However, a quarter of a century after the provision's introduction, the implementing regulations envisaged by sixth paragraph, which case law almost unanimously regards as an essential prerequisite for the rule's actual operation, have still not been enacted. This situation prompts an inquiry into whether the operational rules for Article 8 might be identified elsewhere, in order to safeguard the taxpayer's asset integrity – the express purpose of the provision – and to ensure that both parties enjoy equal prerogatives during the tax implementation phase.

Parole chiave: Diritti del contribuente, Compensazione, Obbligazione tributaria
Key words: Taxpayer rights, Set-off, Tax liability

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le compensazioni "particolari" previste dalle norme tributarie ed i loro limiti – 3. La compensazione prevista dall'art. 8 della l. 27 luglio 2000, n. 212 – 4. La questione dell'applicabilità alla materia tributaria delle regole civili sulla compensazione – 5. L'ambito operativo della compensazione tributaria e le possibili regole civilistiche di attuazione – 6. La proponibilità dell'eccezione di compensazione nel processo tributario – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La compensazione è giuridicamente annoverata tra i modi satisfattori di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento ed è isti-

tuto di chiara estrazione civilistica in ragione della disciplina contenuta negli artt. 1241 e seguenti del Codice Civile.

Essa si verifica attraverso un meccanismo figurativo in base al quale vengono ad elidersi «le reciproche posizioni debitorie di due soggetti, ciascuno debitore e contestualmente creditore dell'altro»[1].

Oltre alla compensazione c.d. legale prevista dall'art. 1241 c.c. per cui, in presenza di reciproche obbligazioni, i rispettivi debiti «si estinguono per le quantità corrispondenti» in modo automatico, il Codice Civile annovera altre due forme: quella giudiziale, con la quale è l'Autorità Giudiziaria a poter disporre la compensazione a seguito della specifica eccezione in tal senso formulata da una delle parti, e quella volontaria, con la quale sono le parti congiuntamente a ritenere elise le reciproche ragioni creditorie anche in assenza dei presupposti di legge.

L'applicabilità alla materia fiscale della disciplina civilistica dell'istituto in esame è stata tradizionalmente osteggiata in forza delle peculiarità che contraddistinguono le obbligazioni tributarie rispetto a quelle di diritto privato: la funzione pubblica della parte titolare del tributo e la sostanziale indisponibilità della pretesa hanno condotto ad affermare l'inapplicabilità delle regole presenti nel codice civile[2] ed a consigliare l'emanazione di una normazione specifica dell'istituto compensativo che fosse funzionale ad evitare un rinvio generalizzato alla disciplina civilistica.

Così la compensazione delle obbligazioni tributarie ha inizialmente trovato una propria regolamentazione solo in norme puntuali, come quelle che consentono la compensazione verticale, cioè tra crediti e debiti relativi al medesimo tributo[3].

[1] G. Girelli, *La compensazione tributaria*, in G. Falsitta e A. Fantozzi, *L'ordinamento tributario italiano*, Milano, 2010, 5.

[2] G. Tesoro, *Principi di diritto tributario*, Bari, 1938, 496 ss.; A. D. Giannini, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1972, 271; A. Berliri, *Principi di diritto tributario*, Vol. I, Milano, 1957, 326.

[3] Proprio per l'ambito oggettivo tale forma di compensazione è detta anche "interna", perché avviene all'interno dello stesso tributo. Si veda, ad esempio, l'art. 22, comma 2 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 che prevede lo scomputo dei crediti e dei versamenti in eccedenza dall'IRPEF dovuta per il periodo di imposta successivo. Identici principi sono previsti per i soggetti IRES dagli artt. 79 ed 80 TUIR. Ai fini della compensazione interna dell'IVA, rilevano innanzitutto gli artt. 17, 19 e 30 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 che regolano i meccanismi della detrazione di imposta da imposta e della possibilità di successiva imputazione del credito a scomputo dell'imposta dovuta per l'anno successivo. Va parimenti richiamato il comb. disp. dell'art. 73 del citato d.P.R. n. 633/1972 e del D.M. 13 dicembre 1979 in base al qua-

A tale forma compensativa, particolarmente condizionata dalla necessaria omogeneità tra crediti e debiti da compensare e dai limiti temporali di applicazione, si è successivamente aggiunta quella, di più ampio respiro, prevista dall'art. 17 del d.lg. 9 luglio 1997, n. 241 (sostituito dall'art. 3 del d.lg. 24 marzo 2025, n. 33, che ne riproduce pedissequamente il testo e che entrerà in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2027), norma che ha esteso la possibilità di compensazione a crediti e debiti relativi a tributi non omogenei od anche a contributi previdenziali, con l'opportunità di procedere alla compensazione in occasione dell'esecuzione di un versamento unitario.

L'ampliamento del novero di ipotesi di utilizzabilità della compensazione può essere inteso come sintomatico di un sempre crescente favore del Legislatore per le esigenze di garanzia patrimoniale della parte privata dell'obbligazione tributaria: utilizzando un proprio credito in compensazione il contribuente può soddisfare un debito tributario (o contributivo) senza dover sostenere un materiale esborso di denaro.

Questo intento garantista sembrava essersi concretizzato definitivamente con l'introduzione dell'art. 8 della l. 27 luglio 2000, n. 212, norma che, rubricata appunto «tutela dell'integrità patrimoniale», si apre sancendo che «l'obbligazione tributaria può essere estinta anche per compensazione».

La formulazione generica della disposizione è immediatamente apparsa idonea a garantire, in via residuale, una copertura di tutte quelle ipotesi non rientranti nelle fattispecie compensative già regolate dalle norme speciali tributarie. Proprio in tale ottica, la compensazione prevista dalla norma statutaria – comunemente definita quale "compensazione tributaria" – sembrava funzionale a riequilibrare la posizione tra contribuente ed Amministrazione finanziaria, poiché solo a quest'ultima era tradizionalmente riconosciuta una universale facoltà di compensare i propri debiti con il privato[4]: dal momento che i crediti relativi alle entrate tributarie dovevano essere considerati non assoggettabili a pignoramento[5], il divieto di compensare crediti impignorabili previsto dall'art. 1246, n. 3 c.c. era comunemente ritenuto

le anche la liquidazione dell'IVA di gruppo risponde a logiche di compensazione interna: si veda sul punto G. Girelli, *La compensazione opposta dal contribuente*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2023, III, 610.

[4] In tal senso, C. Caravelli, *Teoria della compensazione*, Pisa, 1930, 257; P. Schlesinger, *Compensazione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1964, 729.

[5] Si veda Corte cost., 21 luglio 1981, n. 138. Sulla medesima falsariga, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002, 203.

un ostacolo solo laddove fosse il contribuente ad opporre la compensazione all'Amministrazione finanziaria[6], mentre a quest'ultima si consentiva sempre di compensare un proprio credito con quello vantato dal privato, ritenuto invece estraneo al suddetto divieto e, quindi, sempre pignorabile[7].

L'introduzione del principio di compensazione previsto dal primo comma dell'art. 8 dello Statuto sembrava aver sconfessato tale indirizzo ma, sin da subito, gli interpreti si sono dovuti confrontare con l'espressa previsione portata dal successivo comma sesto, con cui il Legislatore ha subordinato l'operatività concreta della compensazione all'emanazione di regolamenti attuativi ex art. 17, comma 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400, ad oggi ancora inesistenti.

Scopo del presente contributo è quello di verificare l'ampiezza della facoltà del contribuente di estinguere per compensazione le proprie obbligazioni tributarie.

2. *Le compensazioni "particolari" previste dalle norme tributarie ed i loro limiti*

Per l'ampiezza letterale con il quale è stato costruito, l'art. 8 dello Statuto è stato dedicato dal Legislatore a regolamentare in via generalizzata tutte le possibili ipotesi di compensazione. La norma lascia intatte – in via transitoria – le previgenti forme compensative, funzionali a regolamentare compensazioni specifiche e particolari come quella verticale all'interno dello stesso tributo e quella orizzontale prevista dall'art. 17 d.lg. n. 241/1997.

Le forme compensative speciali e quella consacrata nello Statuto si pongono, dunque, in un esplicito rapporto di alternatività/residualità: così la stessa ragion d'essere dell'art. 8 e la rilevanza del dibattito che si è acceso sulla natura della norma e sulla sua attuale (in)applicabilità dipendono da quanto ampio è lo "spazio" lasciato senza regolamentazione dalle forme compensative "specifiche", spazio che – evidentemente – rispecchia le ipotesi di integrità patrimoniale del contribuente che la compensazione tributaria "generale" introdotta dall'art. 8 dello Statuto sarebbe destinata a tutelare.

Una siffatta indagine non potrà, dunque, che prendere le mosse dalla sintetica ricostruzione di presupposti, oggetto e criteri di funzio-

[6] Cass., 15 gennaio 2003, n. 493. Per la giurisprudenza di merito, Comm. Trib. Centr., 8 maggio 1985, n. 4383; Comm. Trib. Centr., 1 settembre 1983, n. 780.

[7] Cons. St. 3 giugno 1971, n. 369.

namento delle specifiche e preesistenti forme di compensazione: quella "verticale" interna allo stesso tributo e quella c.d. orizzontale.

La prima è la basilare forma di compensazione rinvenibile nell'ordinamento tributario che consente al contribuente, in presenza di crediti e debiti fiscalmente omogenei perché riferiti allo stesso tributo, di scomputare i primi in diminuzione dal tributo dovuto per il periodo d'imposta successivo.

Il principale limite applicativo di tale forma compensativa appare tuttavia evidente, poiché la sua stessa natura "interna" esclude che oggetto di compensazione possano essere crediti e debiti relativi ad imposte differenti o estranei ai limiti temporali normativamente fissati dalle singole disposizioni[8].

Non a caso con l'emanazione dell'art. 17 del d.lg. n. 241/1997 il Legislatore ha inteso ampliare gli angusti confini di operatività della compensazione interna[9] mediante la previsione di una ulteriore forma di compensazione, definita orizzontale proprio perché sotto il profilo oggettivo ammette la compensazione di crediti e debiti relativi anche ad imposte tra loro differenti o, pure, di natura contributiva[10], sorti nello stesso periodo di imposta.

All'estensione oggettiva delle fattispecie compensabili consegue, in effetti, anche un dato che distingue fortemente la compensazione

[8] In materia di Imposta sul Valore Aggiunto, ad esempio, Cass., 10 novembre 2023, n. 31309 conferma che «La compensazione di un credito IVA con un debito della stessa natura (cd. Compensazione verticale) è consentita solo mediante scomputo del credito annuale dall'imposta a debito, emergente dalle liquidazioni periodiche relative all'anno successivo».

[9] La compensazione orizzontale non ha assorbito quella all'interno dello stesso tributo che è stata e tuttora resta una facoltà del contribuente in luogo della richiesta di rimborso del credito. La stessa Agenzia delle Entrate, nel par. 6 della circ. 11 marzo 2011, n. 13/E, precisa che la compensazione verticale non rientra nell'ambito della compensazione di cui all'art. 17 del d.lg. n. 241/1997.

[10] Sulla natura della compensazione orizzontale ex art. 17 d.lg. n. 241/1997 va rilevato come essa si distingua nettamente dalla figura civilistica disciplinata dagli artt. 1241 e ss. c.c., poiché la prima è stata costruita per abbracciare anche ipotesi in cui difetta il requisito della reciprocità di crediti e debiti che invece rappresenta requisito ineludibile della compensazione codicistica. Sul punto si vedano A. Fedele, *L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, I; P. Russo, *La compensazione in materia tributaria*, in *Rass. trib.*, 2002, VI, 1855 ss.; S. M. Messina, *La compensazione nel diritto tributario*, Milano, 2006, 49; S. Mencarelli, *Primi rilievi su compensazione e Statuto del contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, XII, 1231 ss.; R. Menti, *La compensazione e la riscossione di imposte, contributi, sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. prat. trib.*, 2005, I.

orizzontale dall'analogo istituto civilistico descritto negli artt. 1241 e ss. c.c.: solo in quella tributaria è, infatti, fisiologicamente irrilevante l'identità tra i soggetti che sono titolari delle reciproche posizioni creditorie e debitorie, identità che – invece – costituisce uno dei tratti essenziali della compensazione di diritto privato. Tale peculiarità porta a ritenere che nella compensazione disciplinata con l'art. 17 d.lg. n. 241/1997 coesistano in realtà due istituti di diritto privato: quello propriamente compensativo e quello della delegatio promittendi regolata dall'art. 1268 c.c.[11].

La norma è stata giustamente ritenuta «di indiscutibile centralità»[12] nella trattazione della compensazione nell'ordinamento tributario, non solo perché rappresenta – ancora oggi – il principale baluardo dell'integrità patrimoniale del contribuente, ma anche perché con essa è stata per la prima volta introdotta una compensazione che, sebbene non generalizzata come quella disegnata dall'art. 8 dello Statuto, non ha natura puntuale e specifica, bensì sistematica.

I tratti essenziali dell'istituto compensativo ex art. 17 emergono dalla sua stessa rubrica perché la norma, inserita nella sezione dedicata alla riscossione dei tributi, è finalizzata a regolare «versamento unitario e compensazione»: il contribuente è abilitato a compensare i debiti che ha verso Stato, Regioni ed Enti previdenziali con i «crediti, dello stesso periodo, nei confronti dei medesimi soggetti, risultanti dalle dichiarazioni e dalle denunce periodiche», ma può farlo solo in occasione dell'esecuzione del versamento unitario[13] di imposte, con-

[11] P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, *Parte generale*, Milano, 2004, p. 147 condivisibilmente afferma che il meccanismo di funzionamento della compensazione orizzontale «impone di ritenere che nella compensazione disciplinata dall'art. 17 cit. operino una pluralità di istituti riconducibili, per un verso, alla delegazione di debito (*delegatio promittendi*) fra il contribuente-delegante ed un ente (delegato) – che è, nei confronti di questi, in una posizione debitoria – il cui oggetto è rappresentato dall'assunzione di una obbligazione nei confronti di altro ente (delegatario); e, per un altro verso, alla compensazione vera e propria».

[12] G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 155.

[13] Proprio nell'ottica della semplificazione e razionalizzazione del sistema dei versamenti diretti di Imposte e contributi, il Legislatore ha armonizzato le date dei pagamenti di tutte le entrate pubbliche che il contribuente è tenuto a corrispondere periodicamente, nonché i modelli utilizzabili a tal fine. Per la precisione, attraverso la presentazione del cosiddetto modello F24, compilato nei sui elementi essenziali, il contribuente conferisce delega irrevocabile ad un istituto di credito convenzionato con il Ministero dell'Economia e delle Finanze o all'Agente della riscossione affinché tali soggetti attribuiscano le somme loro consegnate dal contribuente all'Amministrazione titolare dell'entrata pubblica.

tributi previdenziali ed altre somme dovute a favore di tali soggetti pubblici.

Come si vedrà, proprio il meccanismo alla base della compensazione orizzontale – ovvero la previa esposizione dei crediti in dichiarazioni e denunce periodiche e l'esecuzione di un versamento unitario – ne rappresenta il principale ed insormontabile limite di operatività, nel senso che il contribuente non può procedere alla compensazione se non in occasione di un versamento unitario e solo per crediti previamente "comunicati" all'Amministrazione finanziaria.

La previsione del presupposto della previa comunicazione ha una chiara finalità garantista delle ragioni erariali, dal momento che in tal modo l'Amministrazione finanziaria consegue l'immediata contezza delle posizioni creditorie del contribuente e si vede assicurata «un'adeguata capacità di riscontro circa la natura dei crediti impiegati per la compensazione nonché di monitoraggio in ordine alle modalità di impiego dei crediti medesimi»[14].

Il fenomeno compensativo in questione è configurato per operare proprio e solo all'interno del medesimo strumento di versamento, nel senso che il contribuente che sia titolare di un credito con il quale intende compensare – in tutto o in parte – un debito tributario o contributivo deve indicare nel modello di versamento unitario tanto le poste creditorie quanto quelle a debito, provvedendo poi al versamento del solo saldo debitorio che eventualmente residui all'esito della compensazione.

Centrale nel meccanismo di funzionamento è, dunque, la presentazione del modello di pagamento unitario che costituisce la sola ed esclusiva forma di esercizio della facoltà di compensazione orizzontale.

Non solo. Perché alla presentazione del modello di pagamento non è riconosciuta esclusivamente la qualità di "presupposto" legale della compensazione orizzontale, bensì una vera e propria efficacia estintiva[15] dell'obbligazione tributaria: questa dovrà intendersi estinta in tutto o in parte (perché figurativamente ritenuta soddisfatta) nel momento stesso della presentazione della delega di pagamento all'istituto finanziario convenzionato con il Ministero ed a prescindere dall'effettività del credito utilizzato in compensazione, ovvero anche se il credito vantato dal contribuente si rivelasse, ex post, inesistente o

[14] G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 161.

[15] Cass., 4 giugno 2021, n. 15615 afferma espressamente che «la presentazione del modello F24, al contrario di quanto affermato dalla C.T.R., non costituisce un mero adempimento formale, ma un mezzo di estinzione dell'obbligazione tributaria con la compensazione di un credito pregresso».

non spettante[16]. La particolare modalità di gestione contabile ed amministrativa[17] delle compensazioni, infatti, fa sì che l'indicazione di un credito inesistente o non spettante per compensare un debito produca in ogni caso e contemporaneamente l'estinzione di tale debito e la nascita in capo al contribuente di una nuova obbligazione relativa all'entrata pubblica cui si riferisce il credito inesistente e che costituirà l'oggetto dell'azione di recupero da parte dell'ente «artatamente ritratto dal privato come proprio debitore e che concretamente ha subito il nocumento a causa dell'illecita opposizione»[18].

Tornando ai presupposti di utilizzo della compensazione di cui all'art. 17 citato, essi riguardano anche profili temporali, poiché è necessario che i crediti siano riferiti allo stesso periodo e debbano risul-

[16] Ciò trova innanzitutto conferma nel fatto che il reato di indebita compensazione ex art. 10-quater del d.lg. 10 marzo 2000, n. 74 ha quale elemento costitutivo proprio e solo la presentazione del modello F24 nel quale il contribuente espone in compensazione crediti inesistenti: si veda sul punto Cass., 19 giugno 2024, n. 24254. Anche l'Amministrazione finanziaria con Risol., 26 marzo 2004, n. 53/E ha affermato che ove il credito utilizzato in compensazione è accertato quale inesistente, il contribuente è tenuto a versare non il debito compensato, bensì il credito indebitamente utilizzato in compensazione. Identiche conferme in materia di compensazione di debiti tributari con inesistenti crediti contributivi vantati verso l'INPS: Corte App. Venezia, 13 agosto 2025, n. 557, afferma che «In base al meccanismo predisposto dalla norma, l'ente creditore riceve in ogni caso quanto spettante in forza della compensazione, come se il credito fosse effettivo, e il contribuente che ha operato illegittimamente la compensazione sarà tenuto a restituire quanto indebitamente compensato. Tale conseguenza discende dall'efficacia solutoria della compensazione, anche se eseguita illegittimamente … per cui il debito si intende adempiuto e l'ente depauperato della somma di denaro, per la dichiarazione del contribuente di un debito rivelatosi inesistente, del tutto legittimamente potrà provvedere al recupero della somma oggetto di compensazione».

[17] Cfr. G. Girelli, *La compensazione opposta dal contribuente*, *cit*., 581 ss., secondo cui «La mera presentazione del modello di delega per il versamento unificato con cui sia richiesta la compensazione determina l'estinzione del debito del privato, a prescindere se il credito esposto sia veritiero e spettante in quanto, si è visto, la Struttura di Gestione versa l'importo dovuto all'ente creditore. Coerentemente, l'estinzione del debito indicato nel modello F24 di delega di versamento è riconosciuta al privato pur se il credito ivi indicato per compensare il suddetto debito fosse inesistente o non spettante. Dunque, ciò che deve essere poi recuperato a seguito dei controlli amministrativi non è il debito – ormai estinto – ma il credito indebitamente utilizzato in compensazione». Lo specifico tema è stato poi ripreso e trattato anche in ossequio alla prospettiva civilistica da D. Canè, *Contributi a fondo perduto e giurisdizione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2024, 261 ss.

[18] G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 175.

tare dalle dichiarazioni o dalle denunce periodiche presentate dal contribuente. Inoltre, la facoltà di compensazione deve essere esercitata entro e non oltre la data di presentazione della dichiarazione successiva.

La logica di costruzione della compensazione orizzontale utilizzata dal Legislatore mostra, come visto, una certa volontà di ampliare il novero delle ipotesi compensabili[19] ma, parallelamente, anche l'intento di non introdurre un sistema di estinzione generalizzato bensì una regola applicabile solo in casi che, per quanto numerosi, restano comunque tassativamente individuati.

Il primo ed ontologico limite deve infatti riscontrarsi nell'ambito operativo dei versamenti diretti, nel senso che la compensazione orizzontale non può essere utilizzata se non in sede di esecuzione di un versamento unitario.

Devono poi ritenersi esclusi i casi in cui il contribuente può vantare un credito nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, ma non può opporlo in compensazione perché non lo ha indicato in nessuna dichiarazione o denuncia, ad esempio perché ancora non obbligato alla presentazione di tali documenti o, semplicemente, perché a ciò non tenuto o neppure abilitato.

L'ambito delle obbligazioni tributarie escluse dalle modalità di estinzione tipizzate nelle norme tributarie appare, dunque, particolarmente ampio. Si pensi al caso del contribuente che, raggiunto da un avviso di accertamento di maggiori imposte, pur potendo vantare un credito nei confronti dell'Amministrazione non possa opporlo in compensazione verticale in quanto relativo ad un differente tributo, né possa procedere a compensarlo ex art. 17 d.lg. n. 241/1997 perché non lo ha esposto in una precedente dichiarazione o denuncia ma sia ancora in tempo utile per chiederne il rimborso. O, ancora, alla compensabilità di debiti tributari da parte dell'accollante che vanti un credito, fattispecie per la quale è stato affermato che «in materia tributaria, la compensazione è ammessa soltanto nei casi espressamente previsti dalle disposizioni di legge vigenti. Non può derogarsi al principio secondo cui ogni operazione di versamento, riscossione e rimborso ed

[19] In proposito non può non rilevarsi come la compensazione ex art. 17 sia utilizzabile anche in occasioni "diverse" dalla concreta esecuzione dei versamenti periodici, come avviene ad esempio per i versamenti dovuti in sede di adesione ai processi verbali di constatazione o all'avviso di accertamento, per quelli scaturenti nell'ambito della conciliazione giudiziale raggiunta tra le parti fuori udienza, o conseguenti ai procedimenti di liquidazione della dichiarazione e controllo formale o, anche, per quelli da effettuarsi in sede di ravvedimento operoso.

ogni deduzione è regolata da specifiche, inderogabili norme di legge. Pertanto, il debito tributario oggetto di accollo non può essere estinto utilizzando in compensazione crediti vantati dall'accollante nei confronti dell'Erario»[20].

Riconoscere la concreta operatività della compensazione prevista nell'art. 8 dello Statuto rappresenterebbe, dunque, una imprescindibile tutela per il contribuente, poiché garantirebbe una copertura generalizzata di tutte le ipotesi di coesistenza di crediti e debiti, a prescindere dalla loro compensabilità verticale od orizzontale.

Ciò comporterebbe una rinnovata parità tra Amministrazione finanziaria e contribuente, in quanto entrambe le parti del rapporto d'imposta avrebbero le medesime facoltà di estinguere un proprio debito per compensazione laddove – ad oggi – solo alla parte pubblica è attribuito un simile potere anche nelle ipotesi in cui manchi una specifica previsione legale.

3. *La compensazione prevista dall'art. 8 della l. 27 luglio 2000, n. 212*

Con l'emanazione dell'art. 8 della l. n. 212/2000 il Legislatore sembra dunque aver dato nuovo impulso all'istituto compensativo, adottando una formulazione generica e potenzialmente omnicomprensiva, in evidente controtendenza rispetto a quanto fatto in passato con la previsione delle specifiche forme di compensazione.

Al primo comma la norma stabilisce che le obbligazioni tributarie possono essere estinte anche per compensazione, affiancando dunque al modo satisfattivo tipico dell'adempimento un altro strumento di indiscutibile derivazione civilistica.

La tecnica redazionale adottata può legittimamente condurre a ritenere fissato un principio generale di compensabilità dei debiti tributari da parte del contribuente; una tale convinzione sembra uscire rafforzata dall'esame della finalità della norma, consacrata in una rubrica dedicata esplicitamente a garantire l'integrità patrimoniale del contribuente.

In sede applicativa la giurisprudenza[21] si è però mostrata restia a

[20] Ex pluribus, Cass., 9 aprile 2025, n. 9377; conf., risposta ad interpello Agenzia delle Entrate, 12 novembre 2025, n. 291; conf., Risol. Agenzia Entrate, 25 novembre 2017, n. 140/E.

[21] Cfr. Cass., 30 giugno 2006, n. 15123. Non sono mancate, tuttavia, isolate pronunce di segno opposto nelle quali si è affermato che, non potendosi considerare l'esercizio del potere regolamentare in materia di compensazione tributaria una con-

ritenere già operativo un massificato diritto del contribuente ad estinguere le obbligazioni tributarie per compensazione.

L'assenza dei regolamenti attuativi previsti dal comma 6 della disposizione ha indotto a ritenere che la norma avesse natura meramente programmatica e non fosse, pertanto, suscettibile di trovare applicazione se non a seguito dell'emanazione della disciplina di dettaglio[22].

Conferma implicita di ciò si incontrerebbe secondo i giudici di legittimità nell'esplicita previsione del comma 8 per il quale restano ferme, seppure in via transitoria, le disposizioni già vigenti in tema di compensazione: secondo l'univoca giurisprudenza della Corte di Cassazione, in assenza della disciplina attuativa la tassatività connessa a tali specifiche forme compensative rimarrebbe pertanto il criterio da utilizzare, con conseguente esclusione di un generale diritto alla compensazione tributaria in capo al contribuente[23].

In realtà valutando la lettera della disposizione sembra potersi affermare un criterio interpretativo esattamente opposto a quello sostenuto dalla Suprema Corte: il fatto che l'art. 8, al comma 8, demandi a successivi atti regolamentari l'estensione della compensazione orizzontale ad altri tributi rappresenta una circostanza che può ragionevolmente condurre a ritenere che l'art. 8 sia dedicato a due finalità, contestuali e simbiotiche. In primo luogo, quella di riconoscere una

dizione necessaria per l'operatività dell'istituto, in assenza di una specifica normativa la compensazione dovrebbe ritenersi operante immediatamente e secondo i principi dettati dal codice civile: così Cass., 25 ottobre 2006, n. 22872, con commenti di M. Basilavecchia, *Applicabilità immediata della compensazione tributaria*, in *Corr. trib*., 2007, 40 e di P. Biondo, *L'istituto della compensazione in ambito tributario e la presunta indisponibilità dell'obbligazione tributaria*, in *Rass. trib*., 2007, 948; sulla medesima falsariga, F. Brighenti, *Compensazione tributaria a tutto campo: parola alla Cassazione*, in *Fisco*, 2006, 7028. Analogo principio è stato riaffermato da Cass., 24 novembre 2010, n. 23787, con nota di M. Logozzo, *Valore generale del principio di compensazione nell'ordinamento tributario*, in *Corr. trib*., 2011, VI, 460: «la compensazione tra crediti e debiti verso lo Stato è un principio immanente nel nostro ordinamento, anche prima della codificazione con la L. 27 luglio 2000, n. 212, art. 8, (Statuto dei diritti del contribuente) con talune limitazioni transitorie».

[22] M. Bruzzone, *L'estinzione dell'obbligazione tributaria per compensazione*, in *Corr. trib.,* 2002, XV, 1297 ss.; A. Buscema, *Sulla spendibilità dell'eccezione di compensazione nel processo tributario ed in particolare nel giudizio di ottemperanza*, in *Fisco*, 2005, I, 193.

[23] È quanto fonda le univoche e costanti decisioni della Corte di Cassazione in tema di operatività dell'art. 8 Statuto dei diritti del contribuente: ex pluribus, Cass., 26 novembre 2024, n. 30433; Cass., 10 novembre 2023, n. 31309; Cass., 22 ottobre 2020, n. 23099; Cass., 9 luglio 2013, n. 17001; Cass., 25 maggio 2007, n. 12262.

forma di compensazione generalizzata che si applica a tutti quei casi che non hanno già una specifica disciplina, con successiva regolamentazione attuativa da emanarsi come previsto dal comma sesto. In secondo luogo, contemporaneamente, quella di ampliare la possibilità di avvalersi della compensazione ex art. 17 del d.lg. n. 241/1997 in sede dell'esecuzione di versamenti diretti, anche in tal caso con modalità operative da definirsi secondo le direttive fissate dal comma ottavo.

In tale ottica, la lettera dell'art. 8 sancirebbe la definitiva distinzione della compensazione tributaria rispetto alle precedenti forme compensative e sconfesserebbe proprio quella linea esegetica adottata in giurisprudenza per cui la permanenza delle ipotesi tassative confermerebbe l'inapplicabilità di un principio generalizzato: «l'art. 8, quindi, quale disposizione generale verrà appunto applicata per tutti i casi non espressamente disciplinati dalla predetta normativa "speciale". Quest'ultima, difatti, trattandosi di disciplina speciale, regola in via esclusiva le fattispecie cui si riferisce»[24].

Rinviando al prosieguo per l'individuazione del possibile campo di operatività della compensazione tributaria prevista dall'art. 8 dello Statuto, diventa allora utile misurare la necessità della regolamentazione attuativa prescritta dal sesto comma della medesima norma, non tanto quale presupposto di efficacia astratta della disposizione quanto, piuttosto, come condizione per il concreto esercizio del diritto alla compensazione da parte del contribuente.

Se infatti l'assenza di normazione di carattere attuativo del principio generale [25] non può costituire impedimento all'operatività di una norma già efficace e precettiva, essa è comunque una mancanza che impone di individuare quali, allora, debbano essere le regole per garantire il funzionamento concreto del diritto del contribuente di opporre la compensazione quale modalità estintiva delle proprie obbligazioni tributarie.

Nel silenzio della norma il riferimento dovrà farsi alle regole di

[24] G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 201. Sulla medesima falsariga, A. Fedele, *L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente, cit*., 909.

[25] Ai regolamenti previsti dal comma 6 dell'art. 8 dello Statuto deve essere attribuita funzione di mera attuazione dell'istituto e non natura integrativa della norma. Sul punto si veda A. Fedele, *L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente, cit.*, 907; L. Salvini, *Sarebbe preferibile l'opzione dell'immediata applicabilità*, in *Guida norm*., 2002, XII, 29; G. Marongiu, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, in *Fisco*, 2006, I, 32; S. M. Messina, *op. cit.*, 134; M. Basilavecchia, *Applicabilità immediata della compensazione tributaria*, *op. cit.*, 40; R. Cordeiro Guerra, *La compensazione*, in G. Marongiu (a cura di), *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, 27 ss.

diritto privato, ovvero di quel settore dell'ordinamento dal quale il diritto tributario ha attinto l'istituto della compensazione[26].

4. *La questione dell'applicabilità alla materia tributaria delle regole civili sulla compensazione*

Resta quindi rilevante l'annosa problematica relativa all'applicabilità, alle obbligazioni tributarie, delle norme contenute nel Codice Civile. Trattasi di questione che, se prima dell'introduzione dell'art. 8 dello Statuto era posta proprio dall'assenza di un istituto compensativo di portata generale, ha acquistato una rilevanza addirittura più decisiva all'indomani dell'emanazione della norma statutaria, poiché il principio generale – da ritenersi ex tunc pienamente efficace – necessita di regole applicative che sono state demandate a regolamenti ancora non adottati.

L'opportunità di ricercare tali regole tra quelle del Codice Civile appare fisiologica se solo si pensa al testuale richiamo, operato appunto nel corpo del primo comma dell'art. 8, ad uno strumento individuato con una terminologia che è tipica del diritto privato, ovvero alla compensazione quale modo di estinzione dell'obbligazione[27].

L'esplicito riferimento all'istituto civilistico deve però confrontarsi con le peculiarità della materia tributaria che hanno tradizionalmente[28] portato ad affermare l'impossibilità di ritenere operante un rinvio massificato ai meccanismi compensativi previsti nel Codice Civile per

[26] La riconducibilità della compensazione tributaria alle regole del Codice civile è ad esempio affermata da A. Fedele, *L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente*, *cit.*, 887; P. Russo, *La compensazione in materia tributaria*, *cit.*, 1857; S. M. Messina, *ivi*, 139; R. Cordeiro Guerra, *ivi*, 24; S. Mencarelli, *op. cit.*, 1263; M. Basilavecchia, *ivi*; G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit.*, 206. In senso contrario G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2003, 296 ss. secondo il quale, con le regole civilistiche, l'applicazione della compensazione nell'ordinamento tributario risulterebbe estremamente limitata.

[27] G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit.*, 76 osserva che «se, generalmente, vi è identità concettuale e terminologica tra diritto tributario e diritto civile, ciò non toglie che in molti casi il richiamo ad un istituto di provenienza esterna al diritto tributario presenti una valenza particolare in quanto vanno considerate le peculiarità del contesto normativo nel quale lo stesso viene ad essere collocato». Sul punto si vedano E. De Mita, *Diritto costituzionale e diritto civile: profili costituzionali*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, I, 154; G. A. Micheli, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, 74 ss.

[28] S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 271; G. Tesoro, *Principi di diritto tributario*, cit., 496; A. Berliri, *Principi di diritto tributario*,

tutte le fattispecie non regolate in modo specifico dalla legge tributaria.

Già anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 8 veniva esclusa la possibilità, per il contribuente, di avvalersi della compensazione per estinguere totalmente o parzialmente i propri debiti tributari se non nei casi tassativamente previsti dalle nome tributarie. Ciò in quanto la previsione di fattispecie compensative tipizzate e specifiche doveva ritenersi significativa dell'assenza, nell'ordinamento tributario, di un vero e proprio principio generale che fosse suscettibile di applicazione estensiva mediante l'applicazione delle regole del Codice Civile[29].

Un insormontabile ostacolo all'operatività delle regole di diritto privato veniva individuato nel principio di indisponibilità dei tributi e nell'art. 1246, n. 3) c.c., il quale fa divieto di compensare i crediti impignorabili come, appunto, sono ritenuti i crediti tributari[30]. Anche se l'obbligazione tributaria presenta la medesima struttura di quella di diritto privato, le finalità del prelievo fiscale e la particolare funzione pubblica dell'Amministrazione finanziaria erano ritenuti elementi dai quali discendono quei marcati profili di indisponibilità che impedirebbero alla parte privata di estinguere il proprio debito tributario se non attraverso il modo tipico dell'adempimento[31].

L'ingresso nell'ordinamento tributario di quello che, come costruito nel citato art. 8 dello Statuto, appare a tutti gli effetti un criterio

cit., 326 ss.; L. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 430. In giurisprudenza si veda Cass., 12 agosto 1996, n. 7443.

[29] M. C. Fregni, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, 451 per il quale la tassatività dei mezzi di estinzione delle obbligazioni diverse dal pagamento e le specificità del sistema di riscossione dei tributi rappresentano impedimenti all'operatività di una generalizzata compensazione di matrice civilistica.

[30] Per Corte cost., 21 luglio 1981, n. 138, in *Giur. it*., 1982, I, 154, il limite di pignorabilità dei crediti tributari discende dal fatto che essi hanno la loro fonte nell'esercizio di una potestà pubblica da parte dell'Amministrazione finanziaria; nel medesimo senso si è espresso M. Nigro, *op. cit.*, 203. Il vincolo di destinazione impresso alle entrate di diritto pubblico dalla disciplina del bilancio dello Stato era invece ritenuto la fonte della impignorabilità del denaro pubblico, ad esempio, da Cass., SS. UU., 15 settembre 1977, n. 3986. In proposito si veda anche A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957, 424; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 650 ss.; A. Bennati, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, 1970, 325; S. Buscema, *Il Bilancio*, Milano, 1971, 243 ss. Si veda anche L. Montesano, *Impignorabilità dei crediti tributari e pignorabilità del pubblico denaro*, in *Riv. dir. fin.*, 1963, II, 8 ss.; Cass., 15 gennaio 2003, n. 493, in *Corr. giur*., 2003, 295.

[31] Tale è la ricostruzione delle posizioni tradizionali operata da G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 10.

generalizzato di estinzione dell'obbligazione per compensazione potrebbe in prima battuta facilmente condurre a conclusioni opposte: se il primo comma della disposizione ha riconosciuto in termini generali la possibilità che il contribuente si avvalga di tale modo di estinzione dell'obbligazione tributaria, allora può certamente ritenersi venuta meno l'inapplicabilità delle disposizioni di diritto civile, inapplicabilità che veniva giustificata proprio valorizzando l'assenza di un esplicito principio universale.

Quanto sopra, tuttavia, potrebbe essere condizionato dal fatto di ritenere o meno che con la norma dello Statuto dei diritti del contribuente il Legislatore ha inteso rendere positivo un generalizzato diritto alla compensazione che poteva considerarsi già immanente nel sistema dell'obbligazione tributaria: alla semplice enunciazione di un principio preesistente dovrebbe automaticamente conseguire il superamento dell'orientamento che vedeva nell'assenza di un diritto compensativo generale la causa ostativa all'applicazione delle norme civilistiche.

Ne discenderebbe l'utilizzabilità – in via diretta e non analogica – delle regole del Codice Civile per disciplinare tutti gli aspetti della compensazione non normati in modo puntuale dalle disposizioni tributarie.

Se, al contrario, l'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente fosse inteso quale norma che ha introdotto nell'ordinamento tributario, per la prima volta, un modo di estinzione dell'obbligazione tributaria tanto generale nella portata applicativa, quanto nuovo e "speciale" rispetto all'omologo civilistico, allora dovrebbe riconoscersi alla norma una valenza di tipizzazione esclusiva rispetto all'analogo istituto di diritto privato, con conseguente inapplicabilità delle regole di matrice civilistica in attesa dell'emanazione dei regolamenti attuativi. Tale seconda linea interpretativa è, come visto, quella adottata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale la forza novativa del citato art. 8 troverebbe conferma nel fatto che la disposizione ha lasciato intatte le preesistenti forme compensative[32], così aggiungendo ad esse una ulteriore forma generalizzata ma parimenti

[32] La giurisprudenza propende univocamente per tale esegesi circa la natura e la portata dell'art. 8. Si veda esemplificativamente quanto affermato in Cass., 10 novembre 2023, n. 31309 secondo cui «in materia tributaria, la compensazione è ammessa, in deroga alle comuni disposizioni civilistiche, soltanto nei casi espressamente previsti, non potendo derogarsi al principio secondo cui ogni operazione di versamento, di riscossione e di rimborso ed ogni deduzione è regolata da specifiche, inderogabili norme di legge. Tale principio non può considerarsi superato per effetto della L. n.

"tipica" e, per ciò stesso, bisognevole di puntuale regolamentazione da parte del Legislatore tributario.

Come già osservato, in realtà, la lettera della disposizione e la sua logica ispiratrice sembrano deporre in senso contrario, poiché la compensazione tributaria non è stata ideata per sostituire le compensazioni speciali, ma solo per affiancarsi ad esse ed applicarsi in via residuale, mediante regole ancora da emanarsi o, in loro assenza, facendo rinvio alle norme codicistiche in tema di estinzione delle obbligazioni per compensazione.

Il primo comma dell'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente merita, dunque, di essere interpretato e qualificato come semplice conferma di operatività, nell'ordinamento tributario, dell'istituto compensativo di matrice civilistica e non quale regola eccezionale di garanzia dell'integrità patrimoniale del contribuente[33].

A prescindere dalle ovvie specificità connesse con il sistema di attuazione dei tributi, l'intera materia dell'obbligazione tributaria appare riconducibile, in rapporto di species a genus, esattamente a quella dell'obbligazione civilistica, poiché trattasi di un istituto che l'ordinamento tributario ha attinto proprio e solo dal codice civile. Con la conseguenza per cui «le norme del diritto tributario disciplinano l'obbligazione tributaria quali norme speciali rispetto alle norme del codice civile, applicabili nel diritto tributario (previa verifica della coerenza con i principi del diritto tributario), ma solo per quegli aspetti dell'obbligazione d'imposta privi di disciplina specifica»[34]. Pertanto, in materia di obbligazioni, le regole tributarie difformi meritano di essere ritenute semplici deroghe alla regolamentazione civilistica, la quale deve così trovare diretta applicazione in tutti gli ambiti non disciplinati da disposizioni tributarie[35].

In altri termini, l'art. 8 richiamerebbe un istituto – quello della

212 del 2000, art. 8, comma 1 (cd. Statuto del contribuente), il quale, nel prevedere in via generale l'estinzione dell'obbligazione tributaria per compensazione, ha lasciato ferme, in via transitoria, le disposizioni vigenti, demandando ad appositi regolamenti l'estensione di tale istituto ai tributi per i quali non era contemplato, a decorrere dall'anno d'imposta 2002 (Cass. civ., 9 luglio 2013, n. 17001; Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12262)».

[33] A. Fedele, *Diritto tributario (principi)*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. II, Milano, 2009, 470.

[34] Cass., 17 dicembre 2020, n. 28923.

[35] A. Fedele, *L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente, cit*., 913; L. Rastello, *Diritto tributario. Principi generali*, Padova, 1994, 95 ss.; E. De Mita, *cit*., 147; G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 89 afferma che «l'obbligazione tributaria rappresenta il campo elettivo di applicazione del codice civile, trattandosi, nella spe-

compensazione – collocato in un diverso settore dell'ordinamento italiano e che quindi deve essere assunto con i medesimi connotati che esso ha nell'ambito di provenienza[36]. Ciò tuttavia, non significa anche che debba riconoscersi l'automatica trasposizione nell'ordinamento tributario, in blocco, di tutte le disposizioni codicistiche.

5. *L'ambito operativo della compensazione tributaria e le possibili regole civilistiche di attuazione*

Come si è già avuto modo di osservare, alla compensazione tributaria deve essere assegnata la funzione di disciplinare quelle fattispecie che non possono trovare la propria regolamentazione nelle forme compensative previste dalle norme tributarie speciali.

L'individuazione della disciplina di diritto privato applicabile alla compensazione tributaria è, pertanto, attività da eseguirsi in stretta e biunivoca correlazione con l'identificazione dell'ambito operativo dell'istituto, poiché le norme della compensazione civilistica che possono trovare applicazione nella materia dei tributi sono solo quelle che non invadono il campo operativo delle compensazioni disciplinate dalle norme tributarie e, parallelamente, la compensazione tributaria ha concreto modo di funzionare solo in base alle regole di diritto privato.

Quanto al primo dei menzionati profili, può osservarsi come le compensazioni tributarie tipiche (ovvero quella all'interno dello stesso tributo e quella orizzontale *ex* art. 17 d.lg. n. 241/1997) sono state impostate per attenere alla fase fisiologica della riscossione tributaria,

cie, di una obbligazione pecuniaria di fonte legale. Le norme specifiche dettate in materia devono, perciò, essere considerate, se ed in quanto difformi, quali deroghe a tale disciplina generale, che trova, perciò, in mancanza di previsioni espresse, diretta applicazione». In senso identico si era già posta anche la giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 552, con nota di S. MENCARELLI, *Rimborso d'imposte e anatocismo*, in *Riv. dir. trib*., 1999, II, 439 ss.; in senso conforme, ex pluribus, Cass., 23 agosto 2002, n. 12446; Cass., 30 maggio 2001, n. 7408; Cass., 19 aprile 2001, n. 5790.

[36] P. RUSSO, *La compensazione in materia tributaria, cit.,* 1857. La questione delle conseguenze del richiamo agli istituti civilistici è stata tradizionalmente risolta nel senso dell'assunzione di tali istituti con le stesse connotazioni del settore d'origine, in base alla cosiddetta tesi antiautonomistica del diritto tributario. In proposito si vedano A. UCKMAR, *Principi per l'applicazione delle tasse di registro*, in *Dir. prat. trib.*, 1937, 338 ss.; A. BERLIRI, *Scritti scelti di diritto tributario*, Milano, 1990, 55 ss.

cioè alle ipotesi in cui il contribuente estingue in via compensativa un debito che egli stesso ha già riconosciuto di avere.

La compensazione tributaria prevista nello Statuto avrà, de residuo, il proprio ambito di azione nelle ipotesi patologiche di attuazione del tributo, ovvero per quei debiti che scaturiscono da atti impoesattivi[37] aventi ad oggetto pretese tributarie non condivise dal contribuente[38], o debiti che quest'ultimo intende estinguere per compensazione con crediti che però difettano dei presupposti richiesti dall'art. 17 d.lg. n. 241/1997[39].

In altri termini, si ritiene che il campo di applicazione dell'istituto possa essere circoscritto, nell'ambito della fase patologica di attuazione del tributo, alle ipotesi di effettiva contrapposizione tra Amministrazione finanziaria e contribuente.

Al quadro funzionale complessivo dell'istituto, tuttavia, devono essere apportati gli aggiustamenti che è possibile desumere dal testo dell'art. 8 Statuto e dal contesto in cui la compensazione tributaria è chiamata ad operare.

Innanzitutto, la norma testualmente prevede la compensazione quale modo di estinzione di una «obbligazione tributaria» il cui contenuto, pertanto, dovrà costituire l'oggetto esclusivo dell'istituto. Ne consegue che il contribuente potrà opporre la compensazione solo per estinguere un debito tributario (non anche, dunque, contributi-

[37] Appare infatti pienamente condivisibile l'affermazione di G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 225 secondo cui «poiché la compensazione nelle forme previste dal legislatore fiscale opera solo nella fase di riscossione "fisiologica" del tributo (compensazione "fiscale"), ove è lo stesso contribuente che si dichiara debitore delle somme, conseguentemente e necessariamente l'obbligazione tributaria disciplinata dall'art. 8, primo comma, è correlata all'estinzione di debiti del contribuente derivanti da avvisi di accertamento o da iscrizioni a ruolo (compensazione "tributaria") e risulta, quindi, essere connessa ad ipotesi di preventivo inadempimento da parte del privato e di assenza di accordo sulla pretesa impositiva».

[38] È utile ricordare innanzitutto che se il contribuente intende estinguere il proprio debito a monte di un avviso di accertamento (ad esempio in sede di comunicazione degli esiti del controllo liquidatorio), ovvero prestare acquiescenza o aderire al provvedimento impositivo o, ancora, addiviene ad una conciliazione giudiziale, in tutte tali evenienze potrà soddisfare il debito tributario anche in sede di compensazione ex art. 17 d.lg. n. 241/1997.

[39] È necessario, ad esempio, che i crediti siano riferiti allo stesso periodo e che risultino dalle dichiarazioni o dalle denunce periodiche presentate dal contribuente. Inoltre, la facoltà di compensazione deve essere esercitata entro e non oltre la data di presentazione della dichiarazione successiva.

vo), consistente nel pagamento di una somma di denaro in favore del soggetto attivo del tributo.

Sotto il profilo della soggettività del debito tributario che il contribuente può estinguere in compensazione, sembra doveroso limitare l'operatività dell'art. 8 Statuto alle fattispecie in cui titolari del tributo siano l'Amministrazione finanziaria statale (intesa globalmente[40]) oppure le Regioni e gli Enti locali, espressamente indicati quali soggetti destinatari delle norme statutarie dall'art. 1, comma 3, l. n. 212/2000.

È inoltre necessario fare riferimento al criterio di identità soggettiva vigente in ambito privatistico in forza dell'art. 1241 c.c., per cui dovrà esservi reciprocità di posizione creditoria e debitoria fra le medesime parti: ad esempio il contribuente potrà opporre in compensazione all'Amministrazione finanziaria solo un credito che egli può vantare nei suoi confronti e non, anche, un credito nei confronti di altro soggetto pubblico quale, ad esempio, un Ente locale.

L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente nulla dice, poi, circa la tipologia del credito che il contribuente può utilizzare in compensazione: anche sotto tale profilo – in senso conforme al criterio di reciprocità e coerentemente con quanto appena esposto circa la natura del debito estinguibile in compensazione – sembra opportuno limitare l'ambito operativo della compensazione in parola ai crediti di natura esclusivamente tributaria che la parte privata vanti nei confronti dell'Amministrazione finanziaria titolare del tributo a debito[41], restando esclusi tutti i crediti extratributari.

[40] Non sembra di ostacolo alla compensazione tributaria la coesistenza di crediti e debiti nei confronti di diverse Agenzie fiscali. Sul punto, G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 26 ritiene che «le agenzie fiscali, benché munite di soggettività di diritto pubblico, non abbiano la titolarità del rapporto giuridico d'imposta, ma "solo" importanti funzioni in tema di accertamento, di irrogazione delle sanzioni, di riscossione e contenzioso. Ne deriva che il rapporto d'imposta, ancorché "gestito" dall'agenzia competente, in realtà è di spettanza dello Stato, talché l'eventuale attribuzione, a diverse agenzie, della gestione dei tributi cui afferiscono le posizioni creditorie o debitorie compensande non rileva ai fini della legittimità della estinzione per compensazione». In senso conforme, P. Russo, *La compensazione in materia tributaria*, *cit*., 1859; P. Russo e G. Fransoni, *La notifica degli atti di parte e delle sentenze a seguito dell'istituzione delle Agenzie fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, II, 897. Contrari invece a tale conclusione sono S. Muleo, *L'attivazione delle Agenzie fiscali ed i connessi profili di legittimazione ad agire e processuale*, in *Rass. trib*., 2001, 378; S. Buttus, *L'istituzione delle agenzie fiscali: profili e problematiche di natura processuale*, in *Riv. dir. trib*., 2001, I, 873; N. A. Bruno, *La legittimazione ad agire e la rappresentanza in giudizio delle Agenzie fiscali*, in *Rass, trib*., 2002, 1521.

[41] Non è di tale avviso G. Girelli, *La compensazione tributaria*, *cit*., 238, secondo

Non sembra invece possa esserci spazio per una compensazione che abbia anche una qualche connotazione "orizzontale", ovvero attraverso la quale il contribuente possa opporre, all'Ente titolare del tributo a debito, i propri crediti tributari vantati nei confronti di altri soggetti pubblici: ammettere anche una tale eventualità non solo contrasterebbe con il principio identitario delle parti del rapporto ma, nella pratica, inciderebbe fortemente sulla capacità dell'Amministrazione "opposta" di verificare il credito che il contribuente afferma di avere ed avrebbe impattanti ricadute anche in ambito processuale, influenzando la competenza territoriale dell'Autorità Giudiziaria interessata della relativa controversia o il novero dei soggetti legittimati a prendervi parte.

L'aspetto che può risultare più controverso è quello che riguarda, poi, le qualità che deve avere il credito tributario con cui il contribuente intende compensare il proprio debito. Se si volesse seguire alla lettera il solo primo comma dell'art. 1243 c.c. si dovrebbe convenire che il credito utilizzabile in compensazione tributaria sarebbe solo quello certo nell'esistenza, liquido (ovvero determinato in consistenza, oggetto ed ammontare) ed esigibile, cioè non sottoposto a termine o condizione. In altri termini, dovrebbe trattarsi di un credito non suscettibile di contestazioni od eccezioni tanto da consentire l'automatica estinzione del debito tributario opposto secondo i canoni della compensazione legale.

Così facendo, tuttavia, verrebbe ad essere ristretto in modo significativo lo stesso ambito di operatività della compensazione tributaria, poiché essa potrebbe avere luogo solo se il credito tributario è affermato da una sentenza passata in giudicato, se esso deve essere rimborsato d'ufficio ex lege o, ancora, se è già stato formalmente riconosciuto dall'Amministrazione finanziaria cui viene opposto.

A bene vedere una siffatta conclusione svilirebbe il fine stesso dell'art. 8 dello Statuto, perché escluderebbe dalla compensazione tributaria proprio quei casi in cui essa risulta maggiormente necessaria per tutelare (davvero) l'integrità patrimoniale del contribuente, ovvero tutte quelle ipotesi in cui il credito che quest'ultimo può vantare ha certezza, liquidità ed esigibilità solo potenziali ma non attuali[42].

il quale «nel codice civile non vi è alcuna norma che richieda l'identità della natura del titolo originario dei reciproci rapporti di debito e di credito … La disciplina civilistica che richiede la mera omogeneità dei rispettivi debiti è, dunque, rispettata e conseguentemente essa avalla l'utilizzo della compensazione anche in relazione ai crediti extratributari».

[42] In tutti i casi di non contestabilità del credito del contribuente, infatti, quest'ul-

All'applicabilità del primo comma dell'art. 1243 c.c. dovrebbe, dunque, accompagnarsi anche quella del comma successivo, disciplinante la c.d. compensazione giudiziale, nel cui ambito può opporsi anche un credito che non sia liquido ma, comunque, di facile e pronta liquidazione.

Proprio tale previsione codicistica appare una delle principali soluzioni operative della compensazione tributaria, certamente applicabile anche ai crediti certi, liquidi ed esigibili, ma oltremodo necessaria per quelli che, invece, siffatte caratteristiche ancora non hanno.

Posto che il campo di applicazione elettivo dell'art. 8 è individuabile nella fase patologica di attuazione del tributo, all'atto della ricezione di un provvedimento impoesattivo, il contribuente potrebbe dunque scegliere: *i*) di proporre in via amministrativa l'eccezione di compensazione, se vanta un credito che è certo, liquido ed esigibile, ma che non ha i requisiti prescritti per essere compensato orizzontalmente[43]; *ii*) di prestare acquiescenza all'atto e compensare il debito in sede di versamento unitario, se può vantare un credito "da dichiarazione", cioè dotato delle qualità prescritte dall'art. 17 d.lg. n. 241/1997; *iii*) di impugnare il provvedimento e proporre la relativa eccezione per ottenere l'estinzione dell'obbligazione[44], se il credito di cui è titolare è sfornito dei requisiti richiesti dal citato art. 17 ed anche se esso risulta attualmente carente di certezza e/o liquidità.

Da quanto precede si ricava dunque che la compensazione tributaria prevista dall'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente potrebbe trovare utile applicazione solo nel processo tributario, ovvero quando il contribuente eccepisce l'estinzione per compensazione delle obbligazioni tributarie contenute in un provvedimento impoesatti-

timo già ha a disposizione validi strumenti giuridici per ottenere sollecita tutela della propria integrità patrimoniale: per tutti si pensi al giudizio di ottemperanza che la parte privata può instaurare per ottenere l'esecuzione coattiva di un diritto di credito già accertato.

[43] La possibilità per il contribuente di opporre la compensazione già in sede amministrativa è affermata positivamente da G. Girelli, *La compensazione tributaria, cit.*, 268 ss., ma ne vanno evidenziate anche le criticità, in quanto l'effetto estintivo non è automatico bensì rimesso ad una improbabile manifestazione spontanea di "adesione" da parte dell'Amministrazione finanziaria.

[44] La facoltà del contribuente di opporre in sede giudiziale l'eccezione di compensazione anche in presenza di contestazione del credito da parte dell'Amministrazione finanziaria è sostenuta da G. Merlin, *Impugnativa del ruolo e controcredito del contribuente opposto in compensazione*, in *Riv. giur, trib.*, 2000, 1105 ss.; sulla possibilità per il contribuente di invocare la compensazione in sede giudiziale si veda anche Cass., 3 dicembre 2004, n. 22761.

vo, eventualmente anche insieme alla proposizione di altri motivi di impugnazione[45].

6. *La proponibilità dell'eccezione di compensazione nel processo tributario*

Le considerazioni che precedono impongono di verificare la compatibilità dell'eccezione compensativa con la struttura del processo tributario, tradizionalmente inteso quale giudizio volto all'esclusivo esame della legittimità formale e sostanziale dell'atto impositivo.

Nonostante il contrario avviso della Corte di Cassazione[46], l'opponibilità della compensazione in sede processuale non sembra poter essere ostacolata dal carattere impugnatorio del giudizio tributario e dal conseguente divieto di proposizione di domande riconvenzionali.

Innanzitutto, deve osservarsi come la stessa Corte di Cassazione abbia già progressivamente ricondotto il processo tributario al paradigma del giudizio sul rapporto anziché a quello del sindacato sull'atto amministrativo, con la conseguenza che il Giudice tributario «deve esaminare nel merito la pretesa tributaria e, operando una motivata valutazione sostitutiva, ricondurla alla corretta misura, entro i limiti posti dalle domande di parte»[47].

In un tale quadro, l'opposizione da parte del contribuente di un proprio controcredito non costituisce una domanda riconvenzionale (vietata) quanto, piuttosto, un'eccezione in senso stretto[48], proponibi-

[45] In questo senso A. Fedele, *L'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente, cit*., 887: P. Russo, *La compensazione in materia tributaria*, *cit*., 1862; S. M. Messina, *La compensazione nel diritto tributario*, *op. cit*., 261; F. Pistolesi, *L'appello nel processo tributario*, Torino, 2002, 313; F. Randazzo, *L'esecuzione delle sentenze tributarie*, Milano, 2003, 270; D. Coppa, La prescrizione del credito tributario, Torino, 2006, 153.

[46] Cass., 18 maggio 2023, n. 13711 afferma che «la domanda riconvenzionale è incompatibile con la struttura del giudizio tributario, il quale riguarda esclusivamente il controllo della legittimità, formale e sostanziale, di uno degli specifici atti impositivi elencati dal D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 … Tale principio è stato ripetutamente affermato anche nelle ipotesi di domanda di rimborso formulata dal contribuente nel giudizio di impugnazione di un atto impositivo».

[47] Da ultima si veda Cass., 13 maggio 2026, n. 14026; conf. Cass., 9 maggio 2024, n. 12722; Cass., 30 ottobre 2018, n. 27574; Cass., 19 novembre 2014, n. 24611; Cass., 21 novembre 2013, n. 26157; Cass., 17 ottobre 2008, n. 25376, Cass., 12 luglio 2006, n. 15825.

[48] Ex pluribus, cfr. Cass., 7 novembre 2023, n. 31010 ove si osserva che la distinzione tra domanda ed eccezione riconvenzionale non dipende dal titolo posto a base

le dalla parte privata perché avente ad oggetto quei fatti estintivi dell'altrui pretesa che la giurisprudenza unanimemente ammette[49].

Sotto il profilo del petitum processuale, l'eccezione di compensazione sollevata dal contribuente non appare dissimile, ad esempio, dalla sua domanda di declaratoria di estinzione dell'obbligazione tributaria per decorso dei termini, ovvero per decadenza dall'azione amministrativa o per prescrizione del diritto vantato dall'Amministrazione finanziaria, poiché in tutti tali casi si sarebbe di fronte ad «eccezioni in senso tecnico, ossia lo strumento processuale con cui il contribuente, in qualità di convenuto in senso sostanziale, fa valere un fatto giuridico avente efficacia modificativa o estintiva della pretesa fiscale»[50].

La questione più controversa[51] sembra essere quella che concerne l'ipotesi in cui il credito vantato dalla parte privata sia ancora incerto nell'*an* e/o nel *quantum* ed il contribuente invochi, pertanto, la compensazione giudiziale prevista dal secondo comma dell'art. 1243 c.c.

L'operatività della compensazione giudiziale di un credito tributario "incerto" (cioè non affermato da una sentenza passata in giudicato, non rimborsabile d'ufficio ex lege e neppure formalmente riconosciuto dall'Amministrazione finanziaria cui viene opposto) potrebbe sembrare prima facie da escludersi in quanto, per ottenerne il rimborso, il contribuente deve necessariamente attivare la procedura prevista dalla legge con una propria istanza di parte[52].

È infatti principio consolidato quello per cui «il rimborso di somme indebitamente versate può essere proposto soltanto nei confronti di un provvedimento di diniego esplicito o implicito, la cui inesistenza comporta l'inammissibilità dell'impugnazione rilevabile in ogni stato

della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato a suo fondamento, né dal relativo oggetto sostanziale (il bene della vita), ma dal petitum processuale, vale a dire dal risultato che lo stesso intende con essa ottenere in giudizio, limitato, nel secondo caso, al rigetto della domanda proposta dall'attore.

[49] Cass., 15 dicembre 2003, n. 19174.

[50] Ex pluribus, si veda Cass., 17 aprile 2015 n. 7874.

[51] Favorevole alla operatività della compensazione giudiziale nel processo tributario è S. M. Messina, *ivi*, 283. Scettici sulla possibilità della compensazione giudiziale sono P. Russo, *La compensazione in materia tributaria*, *cit*., 1861; D. Coppa, *op. cit.*, 152 ss.; F. Randazzo, *op. cit.*, 272.

[52] Per le Imposte dirette è prescritta la presentazione di un'istanza formale di rimborso ex art. 38 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602. Similmente accade per le Imposte indirette per le quali sono le singole leggi di imposta a regolare la procedura di rimborso in modo, comunque, sostanzialmente uniforme, ovvero con la previsione di una istanza all'Agenzia che gestisce il tributo indebitamente pagato.

e grado del giudizio»[53] per cui la possibilità di opporre la compensazione andrebbe limitata alle improbabili ipotesi in cui l'eccezione sia proposta con un ricorso che è proposto successivamente alla presentazione di una richiesta di rimborso e, inoltre, siano già decorsi i termini per ritenere maturato il silenzio-rigetto.

Fuori dai rari casi di cui si è appena detto, l'impedimento all'eccezione di compensazione di un credito privo di certezza e liquidità non sembra superabile valorizzando il principio di libertà delle forme o prescindendo dalla pedissequa osservanza della procedura di rimborso e, cioè, sostenendo che la notificazione all'Amministrazione finanziaria del ricorso contenente l'eccezione di compensazione possa essere comunque intesa quale formalizzazione della domanda di restituzione del credito. Ciò perché le condizioni di ammissibilità dell'azione di rimborso (presentazione dell'istanza e conseguente decorso del termine per la formazione del silenzio-rigetto) devono già sussistere al momento di presentazione del ricorso e non possono maturare ad impugnativa già promossa.

La proponibilità dell'eccezione di compensazione di un credito tributario "incerto" sembra tuttavia potersi ricavare dalle coordinate applicative dell'omologo istituto civilistico, poiché anche nel giudizio civile il convenuto può opporre in compensazione un credito che, sebbene attualmente privo di certezza, risulti comunque «di facile e pronta liquidazione» come previsto dall'art. 1243 c.c., norma che assegna proprio al Giudice il compito di dare certezza al credito.

Se, infatti, anche nel rito tributario deve ammettersi l'astratta proponibilità dell'eccezione di compensazione (quale mera eccezione volta ad opporre un fatto estintivo alla pretesa erariale), allora non vi è ragione per impedire al Giudice tributario di dichiarare l'estinzione dell'obbligazione tributaria a valle di una incidentale valutazione dell'esistenza e dell'ammontare del credito opposto dal contribuente, id est della sua pronta liquidazione.

Si tratta, in altri termini, di ammettere che nell'impugnazione di un provvedimento impositivo il contribuente possa in via di eccezione introdurre il petitum che avrebbe potuto, in alternativa, far valere in un autonomo giudizio di rimborso.

Sotto tale versante, infatti, deve rilevarsi che altro è la richiesta di rimborso, altro è l'eccezione di compensazione sollevata giudizialmente[54]: mentre nei giudizi di rimborso la domanda del ricorrente introduce un'azione di condanna che si affianca a (e dipende da) quel-

[53] Ex pluribus, Cass., 16 settembre 2010, n. 19639.

[54] In tali termini, G. Girelli, *La compensazione tributaria, cit.*, 291.

la di accertamento dell'esistenza del diritto di credito vantato, ove il contribuente impugni un atto impositivo opponendo in compensazione un proprio credito si resterà nell'ambito del giudizio sul rapporto di imposta ed il Giudice sarà chiamato a verificare l'estinzione per compensazione della pretesa tributaria portata dall'atto impugnato.

Sebbene sia difficile distinguere l'oggetto dei relativi giudizi il cui petitum sostanziale consiste sempre nell'accertamento incidentale di un credito, ciò che cambia è proprio il petitum processuale poiché, sollevando l'eccezione di compensazione, la parte privata chiede l'accertamento dell'estinzione per compensazione di una propria obbligazione tributaria e non, piuttosto, la condanna della controparte ad un pagamento.

Deve però ammettersi che l'ammissibilità dell'eccezione di compensazione tributaria nei termini che precedono non ha finora trovato asilo nella prassi giurisprudenziale e, dunque, quell'ambito applicativo che l'art. 8 dello Statuto dei diritti del contribuente sembra potersi ritagliare a fatica tra le pieghe dell'ordinamento tributario e di quello civile necessita di un futuro, coraggioso riconoscimento da parte dei Giudici tributari.

7. *Considerazioni conclusive*

L'obiettivo perseguito con l'introduzione della compensazione tributaria è consacrato nella stessa rubrica della norma, esplicitamente dedicata a tutelare l'integrità patrimoniale del contribuente. In realtà, sembra possibile affermare che una siffatta garanzia rappresenti solo lo scopo materiale, diretto e naturale dell'art. 8, attraverso la cui applicazione l'ordinamento tributario vedrebbe anche una indiscutibile riequilibratura tra la posizione del Fisco e quella del contribuente, oltre ad un rafforzamento dei principi costituzionali di capacità contributiva, di garanzia della proprietà e di tutela del risparmio dei privati.

La perdurante assenza dei regolamenti che avrebbero dovuto dare attuazione alla norma statutaria hanno comportato una sempre crescente svalutazione del suo dispositivo, tanto da relegarlo nell'ambito delle petizioni di principio prive di carattere applicativo.

Ciò tuttavia non deve inibire la ricerca di ragioni giuridiche e strumenti di diritto che possano, rispettivamente, giustificare l'applicazione della norma e consentirne la concreta operatività, nella fiducia che una disposizione di "nobile" intento possa finalmente trovare attuazione poiché «nessun elemento consente di svilire la efficacia dell'art.

8, comma 1, o di ridurlo ad enunciazione di carattere programmatico»[55].

Resta da verificare se la futura evoluzione giurisprudenziale mostrerà maggior audacia nell'individuazione delle modalità applicative della compensazione tributaria, mutuandole dall'ordinamento civilistico ma adattandole alla materia dei tributi in modo da rendere effettivo e concreto il diritto del contribuente all'estinzione dell'obbligazione tributaria per compensazione.

Il riconoscimento dell'operatività della compensazione tributaria rappresenterebbe così anche l'affermazione della parità sostanziale tra le parti nella fase di attuazione del rapporto di imposta, garantendo al contribuente le stesse facoltà compensative riconosciute all'Amministrazione finanziaria.

La speranza di assistere all'emanazione dei regolamenti di dettaglio può dirsi, a distanza di oltre un quarto di secolo dal varo dello Statuto, oramai tramontata. Intramontabile deve invece ritenersi l'auspicio che sia il Giudice tributario a sopperire con la propria iniziativa all'inerzia del Legislatore.

[55] M. Basilavecchia, *Lo stallo della compensazione tributaria*, in *Riv. giur. trib.*, 2017, XI, 877.

Elena Piteo

I confini del diritto di critica del lavoratore: libertà di espressione, obbligo di fedeltà e nuove forme di comunicazione

Abstract

Il contributo analizza il diritto di critica del lavoratore quale espressione della libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost., ponendolo in rapporto con gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, in particolare con l'obbligo di fedeltà. Attraverso l'evoluzione giurisprudenziale, vengono esaminati i limiti della continenza formale, sostanziale e della pertinenza, la cui la violazione può determinare conseguenze sul piano disciplinare.

The essay examines the employee's right to criticism as an expression of the freedom of speech guaranteed by article 21 of the Italian Constitution, considering it in relation to the obligations arising from the employment contract, particularly the duty of loyalty. Through an analysis of the development of case law, it examines the limits of formal and substantive restraint and relevance, the violation of which may give rise to disciplinary consequences.

Parole chiave: diritto di critica; libertà di manifestazione del pensiero; obbligo di fedeltà; *social network*; licenziamento disciplinare.
Keywords: right to criticism; freedom of expression; duty of loyalty; social media; disciplinary dismissal.

Sommario: 1. Il diritto di critica tra libertà di espressione e obbligo di fedeltà. – 2. I limiti del diritto di critica nel rapporto di lavoro alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale. – 3. Il recente orientamento della Cassazione circa l'esercizio del diritto di critica: il caso concreto e i principi affermati. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Il diritto di critica tra libertà di espressione e obbligo di fedeltà*

Il diritto di critica del lavoratore costituisce una delle più significative espressioni della libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato.

Esso, garantito dall'art. 21 Cost.[1], si colloca tra la tutela dei diritti

[1] Sull'art. 21 Cost., cfr. A. Bevere-A. Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2006, 21 ss.; C. Chiola, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in Enc.giur., vol. XIX, Roma, 1990, 5 ss.; F. Gambini, *Commento all'art. 21, in Com-*

fondamentali della persona e le esigenze organizzative e produttive dell'impresa, dando luogo ad un costante bilanciamento tra interessi di pari rilievo costituzionale.

La previsione costituzionale, che attribuisce ad ognuno *"il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, con lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione",* si salda sia a livello sovranazionale con l'art. 10 della Cedu (rubricato, appunto, libertà d'espressione)[2] e con l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 sulla libertà di opinione ed espressione, sia a livello nazionale con la legislazione speciale e, segnatamente, con gli artt. 1 e 8 della L. n. 300 del 1970. La scelta del legislatore di collocare questa libertà nell'*incipit* dello Statuto dei lavoratori esprime una precisa scelta di valore: garantire al lavoratore la possibilità di esprimere liberamente la propria personalità anche all'interno dell'ambiente di lavoro.

L'art. 1 dello Statuto riconosce espressamente al lavoratore il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero nei luoghi dove presta la sua opera, nel rispetto dei principi costituzionali e delle norme dello stesso Statuto. In senso complementare, l'art. 8 pone un limite all'ingerenza del datore di lavoro, vietandogli di svolgere indagini sulle opinioni e sui comportamenti del lavoratore quando questi siano estranei alla valutazione della sua attitudine professionale. Le due disposizioni, lette congiuntamente, mirano dunque a tutelare la sfera individuale del lavoratore, circoscrivendo il potere datoriale e contenendo il grado di coinvolgimento della persona nella relazione contrattuale.

Se, da un lato, il lavoratore conserva la libertà di esprimere opinioni, formulare giudizi e manifestare dissenso anche nei confronti del datore di lavoro, dall'altro, tale libertà incontra i limiti derivanti dal rispetto della dignità e della reputazione altrui[3], nonché dagli obblighi

mentario breve alla Costituzione, Padova, 2008, 159 ss.; A. Pace-M. Manetti, *Rapporti civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 2006, 88 ss.; G. Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in Danno e resp., 2003, 577.

[2] Corte EDU del 25 marzo 1995, ric. 8734/79, Barthold c. Germania.

[3] Con riferimento all'onore e alla reputazione, la sentenza n. 86 del 1974 della Corte Costituzionale ha affermato che "*la previsione costituzionale del diritto di manifestare il proprio pensiero non integra una tutela incondizionata e illimitata della libertà di manifestazione del pensiero, giacché, anzi, a questa sono posti limiti derivanti dalla tutela del buon costume o dall'esistenza di beni o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione. […] E tra codesti beni ed interessi, ed in particolare tra quelli inviolabili, in quanto essenzialmente connessi con la persona umana, è*

di correttezza, buona fede[4] (*ex* artt. 1175 e 1375 c.c.) e fedeltà (*ex* art. 2105 c.c.) che caratterizzano il rapporto contrattuale.

Il concetto di fedeltà nel rapporto di lavoro è stato a lungo dibattuto in dottrina[5], soprattutto con riferimento alla sua natura e alla sua effettiva estensione. Secondo una prima impostazione[6], l'obbligo di

l'onore (comprensivo del decoro e della reputazione)". Sul contemperamento tra l'art. 21 Cost. e gli artt. 2 e 3 Cost si vedano anche i seguenti precedenti di legittimità: Cass. 22 agosto 1997, n. 7884, Dir. lav., 1998, II, 166; Cass. 16 maggio 1998, n. 4952, Riv. it. dir. lav., 1999, II, 346, nt. P. Tullini; in Riv. giur. lav., 1999, II, 455, nt. M. Aimo; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10511, Riv. giur. lav., 1999, 445, nt. M. Aimo; Cass. 24 maggio 2001, n. 7091, Mass. giur. lav., 2001, 792, nt. R. Giovagnoli; Cass. 17 dicembre 2003, n. 19350, FI, voce Lavoro (rapporto), 2003, n. 1129. Per i rinvii bibliografici più ampi si rinvia a F. D'Aversa, *Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei social media e degli altri sistemi di interazione sociale*, in Labour & Law Issues, vol. 5, n. 2, 2019, 51 ss.

[4] Sul tema della fedeltà e della critica v. G. Proia, *Manuale di Diritto del lavoro*, Milano, 2026, 190 ss.; P. Pizzuti, *Privacy, libertà di opinione e informazione in azienda. Obbligo di fedeltà e whistleblowing*, in C. Pisani-G. Proia-A. Topo (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022, 484 ss.; M.N. Bettini, *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, in AA.VV., Diritto e libertà. Studi in onore di Mattia dell'Olio, vol. I, Torino, 2008, 141 ss.; ID., *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Milano, 2019, 215 ss.; M. Aimo, *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in Riv. giur. lav., 1999, 463 ss.; ID., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, 226 ss.; A. Avio, *Diritto di critica e obblighi di riservatezza*, in Lav. dir., 2018, 221 ss.; I. Cairo, *Il diritto di critica del lavoratore*, in Var. temi dir. lav., 2017, 177 ss.; M.T. Carinci, *Whistlelbowing in Italy: Rights and protections for employees*, in WP C.S.D.L.E. "M. D'Antona". IT, n. 106/2014, 6 ss.; ID., *Whistleblowing alla Scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*, in Riv. it. dir. lav., 2014, 511 ss.; F. D'Aversa, *Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e degli altri sistemi di interazione sociale*, in Labour & Law Issues, vol. 5, n. 2, 2019, 48 ss.; O. Dessì, *Il diritto di critica del lavoratore*, in Riv. it. dir. lav., 2013, 395 ss.; V. Ferrante, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, in Labor, 2018, 148 ss.; F. Fontana, *Diritto di critica del lavoratore e licenziamento per giusta causa*, in Arg. dir. lav., 2017, 421 ss.; I. Inglese, *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Milano, 2014; E. Menegatti, *I limiti al diritto di critica del lavoratore*, in Arg. dir. lav., 2008, 876 ss.; A. Piovesana, *Il diritto di denuncia del lavoratore tra giurisprudenza e legge*, in Var. temi dir. lav., 2019, 299 ss.

[5] I due contrapposti orientamenti vengono ricostruiti da P. Pizzuti, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Milano, 2019, 218 ss.

[6] A. Cessari, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, in AA.VV., *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro. Atti delle giornate di studio di Salsomaggiore*, 25-27 aprile 1969, Milano, 1970, 29 ss.; L. Mengoni, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in Riv. società, 1965, 688; M. Persiani, *Contratto di lavoro e*

fedeltà costituisce una specifica modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, il cui contenuto deve essere ricondotto ai divieti espressamente previsti dalla norma. Secondo un diverso e prevalente orientamento[7], invece, l'obbligo di fedeltà ha una portata più ampia: sono ricompresi anche quei comportamenti commissivi od omissivi, che pur non rientrando nei divieti tipizzati dall'art. 2105 c.c., siano potenzialmente idonei a porsi in contrasto con gli interessi del datore di lavoro o a compromettere il vincolo fiduciario posto alla base del rapporto.

Nondimeno, la giurisprudenza consolidata[8] ha progressivamente ampliato la portata dell'art. 2105 c.c., riconducendo all'obbligo di fedeltà un più generale dovere di lealtà del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, in stretta connessione con i principi di correttezza e buona fede sanciti dagli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c. Ne deriva che il lavoratore è tenuto ad astenersi non soltanto dai comportamenti espressamente vietati dalla disposizione codicistica, ma anche da quelle con-

organizzazione, Padova, 1966, 221 ss.; G. Proia, *Doveri preparatori della prestazione ed obbligo positivo di fedeltà*, in Riv. it. dir. lav., 1991, 832 ss., qui 837; L. Riva Sanseverino, *Sul contenuto dell'obbligo di fedeltà*, *Dir. ed economia*, 1963, I, 515; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990, 405; G. Trioni, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982, 132.

[7] In questo senso, v. G. Proia, *Manuale di Diritto del lavoro*, cit., 191, secondo cui "*sarebbe certamente contrario all'obbligo di fedeltà, in collegamento con i già ricordati principi di correttezza e buona fede […] il comportamento del lavoratore che, essendo venuto a conoscenza di fatti che possono pregiudicare l'organizzazione o la produzione dell'impresa (quali azioni di sabotaggio poste in essere da colleghi o da terzi), ometta di informare il datore di lavoro*"; A. Boscati, *Obbligo di fedeltà e patto di non concorrenza*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, t. I, Padova, 2012, 970; P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2015, 89 ss.; A. Perulli, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in Riv. giur. lav., 2002, 3 ss., qui 13; C. Pisani, *Sull'"uso improprio" dell'art. 2105 c.c. da parte della Cassazione,* in Riv. it. dir. lav., 2005, 916 ss.; P. Tullini, *Su di una nozione "allargata" di fedeltà*, in Riv. it. dir. lav., 1998, 981 ss.; M.G. Mattarolo, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Art. 2105 cod. civ*., Milano, 2000, 246; L. Zoppoli, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, vol. I., Padova, 2005, 835 ss.

[8] V., *ex aliis*, Cass. 1° febbraio 2008, n. 2474, in Rep. Foro it., 2008, voce Lavoro (rapporto), n. 1149; Cass. 18 giugno 2009, n. 14176, *ivi*, n. 1053; Cass. 10 febbraio 2015, n. 2550, *ivi*, n. 1165; Cass. 5 luglio 2016, n. 13676; Cass. 17 gennaio 2017, n. 996; Cass. 26 settembre 2017, n. 22375, in Rep. foroit., voce Lavoro (rapporto), n. 1213; Cass. 30 ottobre 2017, n. 25759, in Banca Dati Leggi d'Italia; Cass. 29 gennaio 2018, n. 2142, *ivi*; Cass. 12 novembre 2018, n. 28933, *ivi*.

dotte che, per la loro natura o per le conseguenze che ne derivano, risultino incompatibili con i doveri connessi al suo inserimento nell'organizzazione aziendale, siano idonee a determinare un conflitto con gli interessi dell'impresa o, più in generale, siano tali da compromettere il vincolo fiduciario posto alla base del rapporto di lavoro[9].

Nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, la manifestazione di opinioni personali, anche quando risultino sgradite o potenzialmente lesive per il datore di lavoro, non costituisce però, di per sé, un comportamento illecito[10]. Tuttavia, l'esercizio del diritto di critica può assumere rilevanza disciplinare qualora travalichi i limiti posti dalla tutela della dignità, dell'onore e della reputazione altrui, risolvendosi in espressioni gratuitamente offensive o lesive della persona.

Se, in un primo momento storico, il diritto di critica veniva esercitato prevalentemente con comunicazioni orali oppure mediante pensieri scritti ed era inserito in un contesto relazionale circoscritto, oggi il quadro è profondamente cambiato.

La diffusione dei *social network*[11] ha ampliato in maniera esponenziale le modalità di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, rendendo i contenuti facilmente riproducibili, condivisibili e potenzialmente accessibili ad un ampio pubblico. Un messaggio, infatti, può essere inoltrato, duplicato mediante *screenshot* o ulteriormente condiviso, raggiungendo destinatari diversi e ulteriori rispetto a quelli inizialmente individuati dall'autore. Di conseguenza, la diffusione incontrollata del contenuto può sfuggire al controllo dell'autore, aumentando il rischio che la comunicazione produca effetti lesivi più ampi rispetto a quelli originariamente prevedibili.

Rimane, però, da affrontare una questione centrale: le critiche rivolte al datore di lavoro o alle modalità di organizzazione dell'impresa

[9] Così, Cass. 18 luglio 2017, n. 17735, in Lav. giur., 2017, 1128. In dottrina, G. Proia, *Manuale di Diritto del lavoro*, cit., 191, ricorda che "*la fedeltà richiesta al lavoratore subordinato si innesta su un rapporto contrattuale che ha ad oggetto la collaborazione con l'imprenditore", sicché "implica l'obbligo non solo di astenersi da comportamenti che possono pregiudicare l'interesse dell'imprenditore, ma anche di porre in essere quei comportamenti positivi che siano necessari per il perseguimento di tale interesse*".

[10] Come riconosciuto dalla giurisprudenza, cfr. Cass. 22 gennaio 1996, n. 465; Cass. 2 giugno 1997, n. 5947.

[11] Sul tema, v. F. D'Aversa, op. cit., 48 ss. e R. Nunin, *Critiche al datore sui social network e licenziamento per giusta causa*, in Lav. giur., 2022, 845 ss. e i richiami giurisprudenziali ivi contenuti. Circa le ripercussioni legate all'impiego dei social network nel rapporto di lavoro ed ai riflessi sui limiti del diritto di critica, v. N. Rossi, *Social network e rapporto di lavoro: tra diritto di critica e giusta causa di licenziamento*, in Arg. dir. lav., 2019, 1372 ss.

possono rientrare nel legittimo esercizio della libertà di espressione, senza integrare una violazione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c.

La valutazione cambia, tuttavia, quando le modalità o il contenuto delle esternazioni risultino tali da ledere gli interessi del datore di lavoro o da compromettere il rapporto fiduciario, rendendo necessario verificare, caso per caso, se la condotta del lavoratore abbia oltrepassato i limiti entro i quali la critica può considerarsi lecita.

2. *I limiti del diritto di critica nel rapporto di lavoro alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale*

La storia del bilanciamento tra obbligo di fedeltà e diritto di critica del lavoratore subordinato nasce con la sentenza della Cassazione, sez. lav., 25 febbraio 1986 n. 11730.

Con tale pronuncia, la Suprema Corte recepisce, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di attività giornalistica, riconoscendo che l'esercizio del diritto di critica può escludere l'illiceità della condotta a condizione che siano rispettati determinati limiti. In particolare, la legittimità della critica viene subordinata alla contestuale sussistenza di tre requisiti. Il primo riguarda la veridicità dei fatti posti a fondamento della critica ed è la cd. continenza sostanziale[12]. Il lavoratore non può fondare le proprie valutazioni su fatti non veri o su rappresentazioni parziali e distorte.

Il secondo requisito è rappresentato dalla continenza formale[13],

[12] Cfr., ex multis, Cass. 14 giugno 2004, n. 11220, in Guida dir., n. 29, 69; Cass. 10 dicembre 2008, n. 29008, in Lav. giur., 2009, 408; Cass. 8 luglio 2009, n. 16000; Cass. 29 novembre 2016, n. 24260, in Arg. dir. lav., 2017, 420, con nota di F. Fontana, *Diritto di critica del lavoratore e licenziamento per gusta causa.*

[13] Cfr. Cass. 22 gennaio 1996, n. 465, in Foro it., 1996, I, c. 493; Cass. 6 maggio 1998, n. 4952, in Riv. it. dir. lav., 1999, 346, con nota di P. Tullini, *Il diritto di critica civile del sindacalista*.; Cass. 14 giugno 2004, n. 11220, in Guida dir., n. 29, 69. in Guida dir., n. 29, 69; Cass., Sez. Un., 18 ottobre 1984, n. 5259, in Giur. it., 1985, I, 1099, con nota di C. Tenella Sillani, *Libertà di stampa e concorrenza sleale*. In dottrina v., tra i tanti, S. Fois, *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 Cost.*, in Dir. informazione e informatica, 1985, 156; Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173, in Foro it., 1986, I, c. 1877, con nota di O. Mazzotta, *Diritto di critica e contratto di lavoro*; Cass. 6 maggio 1998, n. 4952, cit.; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10511, in Riv. giur. lav., 1999, 455, con nota di M.P. Aimo, *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*; Cass. 14 giugno 2004, n. 11220, cit.

che attiene alle modalità con cui il lavoratore esprime il proprio dissenso. La critica può anche assumere un tono aspro o incisivo, ma non deve sfociare nell'insulto o nell'aggressione verbale, tenendo anche conto di canali di comunicazione proporzionati. Infine, la terza caratteristica è la pertinenza[14]. La critica deve rispondere ad un interesse pubblico, aziendale o sindacale rilevante ed essere funzionale alla tutela di posizioni meritevoli di protezione[15].

La violazione anche di uno solo dei tre limiti esclude che la critica possa essere qualificata come esercizio legittimo della libertà di espressione e integra la violazione dell'obbligo di fedeltà.

Tuttavia, sul piano disciplinare, non vi è automatica applicazione della sanzione espulsiva, dovendo la relativa valutazione essere compiuta dal giudice di merito alla luce delle circostanze concrete e della proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta contestata.

L'obbligo di fedeltà, però, non può essere inteso quale obbligo di silenzio o di omertà per il lavoratore, dal momento che l'ordinamento gli riconosce la facoltà di denunciare eventuali illeciti commessi dal datore di lavoro[16]. L'esercizio di tale facoltà non integra, pertanto, una

[14] Cfr., tra le più recenti, Cass. 18 gennaio 2019, n. 1379, in Riv. it. dir. lav., 2019, 221, con nota di P. Tosi-E. Puccetti, *Il diritto di critica nella rinnovata rilevanza del limite di pertinenza*, nonché in Giur. it., 2019, n. 3, 612, con nota di E. Fiata, *Limiti al diritto di critica del lavoratore e controllo di legittimità*; nonché Cass. 7 settembre 2018, n. 21910.

[15] Qualora la critica sia funzionale alla tutela di interessi collettivi o sindacali la manifestazione del pensiero è tutelata anche dall'art. 39 co. 1 Cost. Sulla critica del rappresentante sindacale, v., fra i tanti, A. Allamprese-F. Pascucci, *I limiti della critica e della satira nei confronti del datore di lavoro*, in Riv. giur. lav., 2019, 255 ss.; O. Dessì, *Il diritto di critica del lavoratore*, in Riv. it. dir. lav., 2013, 405 ss., G.A. Recchia, *Brevi osservazioni sul fondamento e sui confini del diritto di critico (anche sindacale)*, in Riv. giur. lav., 2020, 340 e 341. Il tema è affrontato anche nella sentenza Cass. civ., sez. lav., 31 maggio 2022 n. 17689, sul punto vedi F. Belmonte, *Le condizioni di esercizio del diritto di critica del lavoratore*, in Mass. giur. lav. n. 4/2022, 921 ss.

[16] Anche nel caso di denuncia, l'esercizio di posizioni giuridiche attive nell'ambito di un rapporto di tipo contrattuale, come quello di lavoro, può essere considerato legittimo solo se effettuato in maniera da incidere il meno possibile sulla sfera giuridica dell'altro contraente. I principi generali di correttezza e buona fede impongono, infatti, anche al denunciante di garantire quanto più possibile gli interessi dell'altra parte del rapporto, sino al punto di non dover agire contro l'interesse proprio. Sul punto *v.* G. Proia, *Manuale di Diritto del lavoro*, cit., 191; P. Pizzuti, *Privacy, libertà di opinione e informazione in azienda. Obbligo di fedeltà e whistleblowing*, cit., 503 ss.; O. Dessì, op. cit., 413 e G. Franza, *La denuncia penale del datore di lavoro è disciplinarmente rilevante solo se calunniosa: la cassazione dimentica l'interesse contrattuale*, in GiustiziaCivile.com, n. 8/2017, 1 ss.

violazione dell'obbligo di fedeltà, salvo che la denuncia sia sorretta da un intento doloso e strumentale, volto a costruire o giustificare una critica priva dei requisiti della continenza sostanziale[17].

Infatti, ai fini della configurabilità del reato di calunnia, non è sufficiente che le dichiarazioni rese dal lavoratore risultino infondate, essendo necessaria la consapevolezza della loro falsità e la volontà di attribuire al datore di lavoro la commissione di fatti illeciti mai perpetrati[18].

La Suprema Corte, a più riprese, ha ribadito come l'esercizio del diritto di critica del lavoratore nei confronti del datore di lavoro è legittimo se "*limitato a difendere la propria posizione soggettiva nel rispetto della verità oggettiva, e con modalità e termini inidonei a ledere*

[17] Cass. 16 febbraio 2017, n. 4125 "*In tema di licenziamento disciplinare, non ne integra giusta causa o giustificato motivo soggettivo la condotta del lavoratore che denunci all'autorità giudiziaria o amministrativa competenti fatti di reato o illeciti amministrativi commessi dal datore di lavoro, salvo che risulti il carattere calunnioso della denuncia o la consapevolezza dell'insussistenza dell'illecito, sempre che il lavoratore si sia astenuto da iniziative volte a dare pubblicità a quanto portato a conoscenza delle autorità competenti". Tale sentenza riprende Cass. 6501/2013 secondo cui "Non costituisce giusta causa o giustificato motivo di licenziamento l'avere il dipendente allegato alla denuncia o all'esposto presentati all'Autorità Giudiziaria documenti aziendali, aventi ad oggetto fatti di potenziale rilevanza penale accaduti presso l'azienda."* con nota di E. Fiata, *La denuncia penale del lavoratore tra diritto di critica e obbligo di fedeltà,* in Giurisprudenza italiana, marzo, 2017, 709 ss.

Cass. 26 settembre 2017, n. 22375 secondo cui *"In tema di licenziamento, non integra giusta causa o giustificato motivo soggettivo la condotta del lavoratore che denunci all'autorità giudiziaria competente fatti di reato commessi dal datore di lavoro, a meno che non risulti il carattere calunnioso della denuncia o la consapevolezza della insussistenza dell'illecito, e sempre che il lavoratore si sia astenuto da iniziative volte a dare pubblicità a quanto portato a conoscenza delle autorità competenti. È di per sé sola irrilevante, in quanto non sufficiente a dimostrarne il carattere calunnioso, la circostanza che la denuncia si riveli infondata e che il procedimento penale venga definito con l'archiviazione della "notitia criminis" o con la sentenza di assoluzione, né in tali ipotesi, a differenza di quelle di esercizio del diritto di critica, rilevano i limiti della continenza sostanziale e formale, superati i quali la condotta assume carattere diffamatorio.".*

[18] V. Cass. 14 novembre 2017, n. 26867, in Corr. giur., 2018, n. 1, 125. Nonché, Cass. 20 giugno 2003, n. 9908, in Riv. it. dir. lav., 2004, 125, con nota di R. Restelli, *La denuncia contro il datore di lavoro, tra uso ed abuso: un caso di mobbing al contrario*; Cass. 8 luglio 2015, n. 14249; Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, cit.; Cass. 16 febbraio 2017, n. 4125, cit.; Cass. 26 settembre 2017, n. 22375, cit; Cass. 18 gennaio 2019, n. 1379, cit.

il decoro del datore di lavoro o del superiore gerarchico e a determinare un pregiudizio per l'impresa"[19].

Pertanto, se il diritto di critica viene esercitato nel rispetto dei limiti sopra indicati, non si può ritenere violato l'obbligo di fedeltà.

Con la diffusione delle nuove forme di comunicazione, il canale attraverso il quale il lavoratore esprime la propria critica è diventato oggetto di maggiore attenzione. Nello specifico, l'ampiezza dei destinatari raggiungibili può incidere sulla rilevanza disciplinare della condotta in base al carattere pubblico o privato della comunicazione. La stessa espressione, infatti, può assumere una diversa rilevanza a seconda che venga rivolta a una cerchia ristretta di persone oppure diffusa attraverso un mezzo (anche *social*) accessibile a un pubblico più ampio. In questo contesto, assume rilievo la tutela prevista dall'art. 15 Cost., che garantisce la libertà e la segretezza delle comunicazioni.

In tal senso, la Suprema Corte ha infatti distinto le comunicazioni effettuate mediante una chat privata, rivolte esclusivamente agli appartenenti a un determinato gruppo e pertanto riconducibili alla tutela dell'art. 15 Cost., dalle esternazioni pubblicate sul profilo Facebook, qualora il mezzo sia idoneo a consentirne la circolazione tra un gruppo indeterminato di persone. Ne deriva che la diffusività del mezzo costituisce un elemento rilevante anche ai fini della qualificazione della comunicazione come riservata o meno (Cass. civ., sez. lav., 13 ottobre 2021, n. 27939)[20].

3. *Il recente orientamento della Cassazione circa l'esercizio del diritto di critica: il caso concreto e i principi affermati*

La vicenda trae origine dal rapporto di lavoro intercorso tra un lavoratore e una società operante nel settore dei servizi ambientali, presso cui il dipendente era assunto con contratto a tempo pieno e indeterminato. Nel corso del rapporto di lavoro il dipendente aveva pubblicato, su una pagina Facebook di cui era membro, diversi post e

[19] Cass. civ., sez. lav., 18 luglio 2017, n. 17735.

[20] "*Premessa l'esigenza di tutela della libertà e segretezza dei messaggi scambiati in una chat privata, in quanto diretti unicamente agli iscritti ad un determinato gruppo e non ad una moltitudine indistinta di persone, pertanto da considerare come la corrispondenza privata, chiusa e inviolabile […], nella fattispecie in esame non sussiste una tale esigenza di protezione […] di un commento offensivo nei confronti della società datrice di lavoro diffuso su Facebook. Il mezzo utilizzato […] è, infatti, idoneo […] a determinare la circolazione del messaggio tra un gruppo indeterminato di persone.*".

commenti lesivi dell'onore e del decoro dell'azienda in cui operava. Inoltre, al lavoratore erano state contestate precedenti condotte rilevanti disciplinarmente e il mancato rispetto di un provvedimento cautelare che gli imponeva di rimuovere alcuni contenuti e di astenersi dalla diffusione di ulteriori pubblicazioni in tal senso.

A seguito della reiterazione delle condotte contestate, il datore di lavoro aveva avviato un procedimento disciplinare, al termine del quale aveva intimato al lavoratore il licenziamento.

Il dipendente aveva quindi impugnato il licenziamento chiedendone l'accertamento dell'illegittimità, ma il giudice di *prime cure* aveva respinto le sue domande, ritenendo legittima la sanzione disciplinare. La decisione era stata successivamente impugnata dal lavoratore, ma il giudice di secondo grado aveva confermato la prima statuizione.

Nel valutare la legittimità del licenziamento, il giudice di appello[21] aveva attribuito particolare rilievo al contenuto delle pubblicazioni diffuse dal lavoratore, ritenendole eccedenti i limiti entro i quali può essere esercitato il diritto di critica. In particolare, era stato ritenuto superato il limite della continenza, anche in considerazione del carattere ritenuto offensivo delle espressioni utilizzate, nonché quello della veridicità, in relazione alla denuncia di fatti relativi alle condizioni di lavoro che non erano risultati adeguatamente dimostrati.

Il giudice collegiale, inoltre, aveva valorizzato la reiterazione delle condotte e il mancato rispetto dell'ordine di rimozione dei contenuti, elementi che avevano contribuito alla valutazione della gravità della condotta e della proporzionalità del licenziamento.

Il lavoratore aveva dunque proposto ricorso per Cassazione contestando, tra gli altri profili, la valutazione operata dai giudici circa i limiti dell'esercizio del diritto di critica e la legittimità della sanzione espulsiva.

Tralasciando gli altri motivi di ricorso, la Corte sottolinea come tale decisione si inserisca nel solco dei principi già elaborati dalla Corte stessa in materia di esercizio del diritto di critica[22].

Richiamando un orientamento giurisprudenziale già consolidato, "*l'esercizio del diritto di critica quale libera estrinsecazione del pensiero è idoneo a scriminare l'illiceità dell'offesa, a condizione che siano rispettati i limiti della continenza verbale, della verità dei fatti attribuiti alla persona offesa e della sussistenza di un interesse pubblico alla conoscen-*

[21] Corte d'Appello di Bari, sez. lavoro, sent., 6 maggio 2025, n. 322.

[22] G. I. Vigliotti, *Licenziamento per diffamazione su Facebook*, nota a Cass. 6 maggio 2024, n. 12142, in www.soluzionilavoro.it; F. Belmonte, *Diritto di critica e licenziamento*, nota a Cass. 6 giugno 2018, n. 14527, in www.soluzionilavoro.it;

za dei fatti oggetto della critica; il requisito della verità anche solo putativa della notizia richiede che la medesima sia il frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca, tanto più attento a fronte della diffusività del mezzo impiegato, che non sussiste quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano dolosamente o anche solo colposamente taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato, ovvero quando i fatti riferiti siano accompagnati da sollecitazioni emotive ovvero da sottintesi, accostamenti, insinuazioni, allusioni o sofismi obiettivamente idonei a creare nella mente del lettore o dell'ascoltatore rappresentazioni della realtà oggettiva false, dovendo in definitiva l'esercizio del diritto di critica essere connotato non soltanto dalla verità oggettiva della notizia, ma anche dall'astensione dall'impiego di maliziose ambiguità ed espressioni potenzialmente fuorvianti"[23].

La Suprema Corte, dunque, ha inteso illustrare come la libertà di espressione può escludere l'illiceità delle espressioni lesive della reputazione altrui, purché siano rispettati i limiti della continenza verbale, della verità dei fatti posti a fondamento della critica e della sussistenza di un interesse alla loro conoscenza. In particolare, il requisito della verità putativa presuppone che l'informazione venga acquisita con un'attività di ricerca seria e diligente, tenendo presente anche la capacità diffusiva del mezzo utilizzato. La verità dei fatti riferiti, infatti, non è sufficiente qualora vengano omessi dolosamente o colposamente altri elementi idonei a modificarne il significato complessivo. Nello stesso senso, l'esercizio del diritto di critica non può ritenersi legittimo quando la rappresentazione dei fatti, pur muovendo da circostanze vere, sia accompagnata da modalità espressive ingiuriose.

Ne deriva che la legittimità della critica non dipende esclusivamente dalla verità dei fatti rappresentati, ma anche dalle modalità attraverso cui vengono comunicati. È necessario che l'esposizione dei fatti mantenga i caratteri della correttezza e continenza, senza ricorrere a formulazioni che possano alterare la rappresentazione dei fatti.

Muovendo da tali considerazioni, la Corte ha ritenuto dunque legittimo e proporzionato il licenziamento.

In tal caso specifico, il mezzo di comunicazione non rappresenta un elemento estraneo alla valutazione della critica, ma concorre a definirne la concreta portata. Nel caso esaminato, pertanto, la legittimità della condotta non poteva essere valutata considerando isolatamente le singole espressioni utilizzate, ma doveva essere ricostruita alla luce del loro contenuto, della loro reiterazione e, soprattutto, delle modalità di diffusione.

[23] Cass. civ., sez. I, ord. 20 luglio 2023, n. 2165.

La continenza formale, infatti, non dipende dalla singola espressione utilizzata, ma deve essere valutata considerando il contesto complessivo della comunicazione.

Un'espressione anche aspra o incisiva può rimanere nell'ambito della critica quando sia funzionale alla manifestazione del dissenso; diversamente, qualora le modalità espressive assumano carattere gratuitamente offensive e risultino prive di una effettiva funzione critica, la tutela della libertà di espressione viene meno.

Nel caso pratico trattato, come già sottolineato, assume particolare rilievo il canale attraverso il quale la comunicazione viene diffusa. L'utilizzo di un *social network*[24], infatti, consente al contenuto di oltrepassare i confini della relazione tra lavoratore e datore di lavoro, raggiungendo una platea più ampia e potenzialmente indeterminata di destinatari. La maggiore diffusività del mezzo non determina, di per sé, l'illiceità della critica, ma può amplificarne la portata e le conseguenze, rendendo necessario considerare con maggiore attenzione le modalità con cui il dissenso viene espresso. La comunicazione digitale, inoltre, presenta una capacità di riproduzione e condivisione che può rendere il contenuto difficilmente circoscrivibile ai destinatari originariamente individuati dall'autore. La stessa Cassazione, nella pronuncia in esame, richiama proprio l'esigenza di una particolare attenzione nella verifica dei fatti posti a fondamento della critica quanto maggiore è la diffusività del mezzo utilizzato.

La valutazione della continenza deve quindi tenere conto non soltanto del linguaggio utilizzato, ma anche del contesto comunicativo, dei destinatari e delle modalità attraverso le quali il messaggio viene portato a conoscenza del pubblico. In questa prospettiva, i *social network* non costituiscono semplicemente uno strumento neutro attraverso il quale viene veicolata la critica, ma rappresentano una mo-

[24] Sul tema del diritto di critica del lavoratore nell'utilizzo dei social network, del rapporto con l'obbligo di fedeltà e delle conseguenze disciplinari delle esternazioni lesive, *v. ex multis*, V. Ricchezza, *L'esercizio del potere disciplinare e il diritto di critica del lavoratore ai tempi dei social network: riflessioni a margine dei recenti interventi giurisprudenziali*, in Lav. dir. eur., n. 1/2026, 1 ss; G. Bandelloni, *Il diritto di critica alla prova dei social network*, in Labour & Law Issues, vol. 8, n. 2/2022, 1 ss; N. Rossi, *Social network e rapporto di lavoro: tra diritto di critica e giusta causa di licenziamento*, cit.

Sul tema della rilevanza disciplinare delle condotte extra-lavorative sui social e la possibile incidenza sul rapporto di lavoro *v.*, C. Timellini, *Le condotte social dei lavoratori sotto la lente della giurisprudenza*, in Arg. dir. lav., 2020, 283 ss; V. Cusumano, *Rilevanza disciplinare dei comportamenti extralavorativi e diffusione di immagini a mezzo "Social Network"*, in Arg. dir. lav. 2017, 493 ss.

dalità di comunicazione capace di incidere sulla sua concreta portata. Ciò non significa, tuttavia, che l'utilizzo di tali strumenti comporti una compressione maggiore della libertà di espressione del lavoratore: ciò che rileva è piuttosto la necessità di valutare la condotta nella sua dimensione complessiva, considerando la relazione tra contenuto dell'esternazione, forma utilizzata e capacità diffusiva del mezzo.

È proprio dalla considerazione congiunta di tali elementi che, nel caso esaminato, la condotta è stata ritenuta eccedente i limiti del diritto di critica e tale da giustificare la sanzione espulsiva. Alla natura delle espressioni utilizzate si sono infatti aggiunte la reiterazione delle pubblicazioni, la diffusione dei contenuti attraverso un *social network* e il mancato rispetto dell'ordine di rimozione precedentemente intimato, elementi che, valutati unitariamente, hanno contribuito a delineare una condotta di particolare gravità e a rendere proporzionata la sanzione adottata.

4. *Considerazioni conclusive*

In conclusione, l'analisi svolta consente di affermare che l'esercizio del diritto di critica da parte del lavoratore, pur trovando il proprio imprescindibile fondamento nell'art. 21 Cost., non può essere considerato avulso dalla complessiva disciplina del rapporto di lavoro e dagli obblighi che su di esso gravano. La libertà di manifestazione del pensiero, infatti, conserva piena rilevanza anche nell'ordinamento digitale, ma non si traduce in una libertà di espressione priva di limiti, soprattutto quando le esternazioni del prestatore siano idonee a incidere sulla reputazione, sull'immagine e sugli interessi dell'impresa o sul vincolo fiduciario[25].

La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dei licenziamenti irrogati per commenti, post o altre esternazioni effettuate mediante *social network*, ha progressivamente valorizzato la necessità di un bilanciamento concreto tra il diritto costituzionalmente garantito e le esigenze di tutela del datore di lavoro verificando, caso per caso, il superamento dei limiti della continenza formale e sostanziale, della verità dei fatti e della pertinenza dell'espressione rispetto all'interesse oggetto di critica.

La diffusione dei canali di comunicazione digitali ha reso tale bilanciamento ancora più complesso perché caratterizzato da una po-

[25] Asnaghi, *Il licenziamento ai tempi di Facebook: rilevanza disciplinare nell'uso dei social network*, in www.clavoro.it, 1 ss.

tenziale diffusività pressoché illimitata e dalla rapidità di propagazione dei contenuti. Tali strumenti possono amplificare le conseguenze di un'espressione che, seppur riconducibile in astratto alla libertà di critica, si traduce in concreto in un'aggressione gratuita, denigratoria o gravemente lesiva della reputazione datoriale. Non è, dunque, la mera utilizzazione del *social network* a determinare l'illegittimità della condotta, né la natura virtuale dello spazio comunicativo può comportare una compressione automatica della libertà di manifestazione del pensiero; ciò che rileva è, piuttosto, il contenuto concreto dell'esternazione, il contesto nel quale essa si colloca, la sua diffusività, la posizione rivestita dal lavoratore e, soprattutto, l'effettiva idoneità della condotta a ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario. Ne deriva che il diritto di critica del lavoratore incontra, nel contesto digitale, i medesimi limiti sostanziali che ne condizionano l'esercizio nello spazio tradizionale, ma deve essere valutato alla luce delle peculiari caratteristiche del mezzo utilizzato. Le esternazioni digitali, infatti, non costituiscono una "zona franca" sottratta alle regole del rapporto di lavoro: la libertà di critica resta garantita, ma il suo esercizio deve necessariamente confrontarsi con i doveri di correttezza, buona fede e fedeltà che discendono dal rapporto contrattuale. Proprio il superamento di tali confini, quando assuma un livello di gravità tale da rendere non più esigibile la prosecuzione del rapporto, può legittimare l'esercizio del potere disciplinare e, nei casi più gravi, il ricorso al licenziamento. La sfida posta dalla comunicazione digitale, pertanto, non sembra richiedere la costruzione di un nuovo diritto di critica "*social*", quanto piuttosto l'adattamento dei tradizionali criteri di valutazione alla nuova dimensione comunicativa, nella quale la distinzione tra sfera privata e sfera professionale, tra comunicazione circoscritta e diffusione pubblica, appare sempre più labile.

In tale prospettiva, il punto di equilibrio individuato dalla giurisprudenza non risiede nella prevalenza aprioristica dell'una o dell'altra posizione, ma in una valutazione rigorosamente casistica, volta a preservare, da un lato, l'effettività della libertà di manifestazione del pensiero del lavoratore e, dall'altro, la tutela della dignità, dell'immagine e dell'affidamento che costituiscono il presupposto indefettibile di ogni relazione di lavoro.

Stefano Quaranta

L'oro nel diritto tributario

Abstract

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di analizzare specifici profili tributari dell'oro, che ha storicamente generato fascino e interesse nel pubblico, anche per la prevalente destinazione d'uso nel mondo della gioielleria, oltre al fatto di costituire un c.d. bene rifugio, nonché più propriamente da investimento.

Tali dinamiche non hanno potuto lasciare indifferente il Legislatore, che ha dedicato una specifica normativa finalizzata alla disciplina civile e tributaria di questo stesso metallo.

Muovendo dalla normativa di cui alla Legge n. 7/2000, recante una specifica disciplina del mercato dell'oro, passando per il D.P.R. n. 633/1972, che altrettanto tratta di esso, verrà tracciata una distinzione tra le nozioni di oro da investimento, di oro industriale e di oro da commercio. Si porrà l'attenzione su questioni afferenti specifici profili fiscali dell'oro da investimento, anche per le interconnessioni che ne derivano ai fini dell'Iva, delle imposte dirette (Irpef) e finanche dell'imposta sulle successioni, per specifiche ipotesi.

Si tratterà, poi, del regime fiscale dell'oro industriale, qualora si presenti sotto forma di "semilavorati", nonché delle ipotesi in cui esso costituisca oggetto di cessione tra operatori *B2B* dopo che lo stesso sia stato ritirato in seno alle attività di c.d. "compro oro".

Infine, si farà menzione delle dinamiche relative alle operazioni di credito su pegno che abbiano ad oggetto l'oro.

This treaty aims to analyze specific tax profiles of gold, which has historically generated fascination and interest among the public, also due to its prevalent use in the jewelry world, as well as the fact that it constitutes a so-called safe haven, and more specifically an investment asset.

These dynamics could not leave the legislator indifferent, who dedicated specific legislation aimed at the civil and tax regulation of this same metal.

Starting from the regulatory framework set out in Law No. 7/2000, which specifically regulates the gold market, through Presidential Decree No. 633/1972, which also deals with it, a distinction will be drawn between the concepts of investment gold, industrial gold, and commercial gold. Attention will be drawn to issues related to specific tax profiles of investment gold, including the interconnections resulting from them for VAT purposes, direct taxes (IRPEF), and even inheritance tax, for specific hypotheses.

This will then be the tax regime for industrial gold, if it comes in the form of "semi-finished products", as well as the cases in which it is the subject

of a transfer between B2B operators after it has been withdrawn within the activities of so-called "gold buying".

Finally, the dynamics regarding pawn-backed credit transactions involving gold will be addressed.

Parole chiave: fiscalità dell'oro, tassazione oro da investimento, tassazione oro industriale, tassazione oro nelle successioni a causa di morte, plusvalenze da cessione dell'oro da investimento, *reverse charge* nelle cessioni di oro.

Keywords: gold taxation, investment gold taxation, industrial gold taxation, death inheritance gold taxation, capital gains from investment gold disposal, reverse charge in gold disposal.

Sommario: 1. L'oro: profili normativi e descrittivi generali. 1.1. L'oro da investimento: regime tributario delle compravendite ai fini Iva e Irpef. 1.2. Profili di fiscalità dell'oro nelle successioni mortis causa. 2. L'oro da investimento: regime di imponibilità e requisiti fisici. 3. Il regime Iva dei semilavorati. Fiscalità dell'oro industriale. 4. Il regime Iva nelle operazioni di cessione dei compro oro. 5. L'oro operazioni di credito su pegno. 6. Considerazioni conclusive.

1. *L'oro: profili normativi e descrittivi generali.*

L'oro si è storicamente contraddistinto per una singolare rilevanza sia dal punto di vista economico, sia sociale, sia, non da ultimo, giuridico.

Da quest'ultimo angolo visuale, in particolare, e a differenza di quanto è accaduto per altri metalli, esso ha destato una specifica attenzione da parte del Legislatore.

In termini civilistici, l'oro appartiene alla categoria dei beni mobili non registrati[1], *ex* art. 812 Cod. Civ. Ma la normativa principale, e direttamente riferibile alla sua disciplina, è quella contenuta nella Legge n. 7 del 17 Gennaio 2000, recante, appunto, la nuova disciplina dell'oro, così come modificata dal D. Lgs. n. 211/2024.

Sennonché, la normativa testé citata non è l'unica fonte, al riguardo, in quanto in maniera piuttosto ampia anche il D.P.R. n. 633/1972

[1] In verità, pur essendo un bene mobile non registrato, può però essere oggetto di numerazione, ove per esempio si consideri all'oro sotto forma di lingotti, che in molti casi sono numerati, e che pertanto in fase di acquisto o di successiva cessione, nella descrizione del documento di vendita (fattura, se la transazione avviene in un contesto *B2C*) è altamente probabile che venga inserito, oltre la grammatura e il titolo del lingotto, anche il numero seriale di produzione.

dedica articoli all'oro, come si vedrà meglio in seguito, seppur ai fini dell'Imposta sul Valore Aggiunto.

Ciò che emerge dal dettato della Legge n. 7/2000 è, all'art. 1, la nozione di "oro da investimento", che viene tenuto distinto dall'"oro ad uso industriale" e dall'"oro c.d. da commercio".

L'art. 1 citato annovera nella nozione di "oro da investimento" i cc.dd. lingotti o le placchette di peso accettato dal mercato dell'oro, ma comunque superiori ad 1 grammo[2], di purezza pari o superiore a 995 millesimi, rappresentato o meno da titoli; le monete d'oro di purezza pari o superiore a 900 millesimi, coniate dopo il 1800, che hanno o hanno avuto corso legale nel paese di origine e sono normalmente vendute a un prezzo che non supera dell'80 % il valore sul mercato libero dell'oro in esse contenuto, nonché le monete aventi le medesime caratteristiche, pur se non tipizzate all'interno di una elencazione che è riportata nella Gazzetta Ufficiale dell'UE. [3]

L'"oro c.d. industriale" è invece rappresentato dalle lamine e, più in generale, dall'oro grezzo, dai semilavorati destinati alla successiva lavorazione o impiego in campi specifici (ad es.: nel settore medico o in quello elettrico), purché di titolo pari o superiore almeno ai 325 millesimi, nonché i lingotti e le placchette non aventi i requisiti di peso, forma e purezza per essere considerati oro da investimento, nonché i rottami d'oro non più idonei al consumo finale destinati ad una successiva lavorazione o trasformazione[4].

L'"oro da commercio", infine, è costituito dai monili in oro di titolo generalmente non superiore ai 750 millesimi[5], rappresentato in genere da monili destinati, appunto, al commercio sotto forma di gioielli e, pertanto, commercializzati nel canale retail delle gioiellerie e oreficerie.

Le distinzioni concettuali in questione, lungi dall'essere solo classificatorie o squisitamente accademiche, incidono ai fini tributari, in relazione alle imposte ad esse eventualmente applicabili e ai conseguenti regimi contabili e fiscali.

Al riguardo, i tributi maggiormente coinvolti sono costituiti

[2] La determinazione del peso è essenziale, in quanto un lingotto da 1 gr sarà assoggettato ad Iva, in caso di cessione in ambito B2C, mentre ove superi tale grammatura sarà esente ai fini Iva e seguirà un regime giuridico e fiscale differente.

[3] Ogni anno gli Stati membri indicano le monete che soddisfano tali criteri negoziate nel loro territorio, mediante pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

[4] cfr. Risoluzione Agenzia delle Entrate 28 novembre 2002, n. 375

[5] Sono rientranti nella nozione di oro da commercio, come tali assoggettati a Iva, i lingotti di peso non superiore ad 1 grammo, pur se di titolo pari a 999,99 millesimi.

dall'Iva, dall'Irpef, senza tralasciare l'imposta sulle successioni e donazioni.

Alla luce delle considerazioni fatte, e come meglio si vedrà in dettaglio, ricondurre un bene ad una classificazione piuttosto che ad un'altra presenta profili di rilevanza tributaria non indifferenti e comporta conseguenze applicative altrettanto considerevoli.

1.1 *L'oro da investimento: regime tributario delle compravendite ai fini Iva e Irpef.*

In prima battuta, è opportuno descrivere il regime giuridico, ai fini tributari, dell'oro da investimento.

Quanto ai requisiti di tipicità, l'art. 1, Legge n. 7/2000, come si è visto al paragrafo precedente, annovera tra i beni in oro da investimento quelli che hanno forma di placchette o lingotti, con titolo superiore ai 995 millesimi[6], e di peso superiore ad 1 grammo.

Dal punto di vista soggettivo, va precisato che tali beni possono essere commercializzati, nell'ambito delle operazioni di compravendita *B2C*, solo da operatori professionali in oro (cc.dd. OPO), che abbiano ricevuto specifica autorizzazione dalla Banca d'Italia e, per essa, dall'OAM[7], nonché iscritti in apposito albo costituito e controllato dall'OAM medesima. Si tratta generalmente dei cc.dd. banco metalli.

Precisato tale punto, bisogna, per chiarezza, specificare che la rilevanza tributaria si esprime per un verso ai fini Iva e per un altro verso ai fini Irpef.

Ai fini Iva, la disciplina prevista dal Legislatore prevede che gli acquisti di lingotti e monete in oro da investimento effettuati da persone fisiche non esercenti attività di impresa e, in ogni caso, non tito-

[6] Nel caso di monete in oro da investimento, come visto in fase intoduttiva, si parla di titolo minimo pari a 900 millesimi.

[7] L'OAM è l'Organismo Agenti e Mediatori, istituito presso il Ministero dello Sviluppo Economico, ha personalità giuridica di diritto privato, nella forma di Fondazione, dotata di autonomia organizzativa, statutaria e finanziaria ed è competente in via esclusiva ed autonoma per la gestione degli Elenchi degli Agenti in attività finanziaria e dei Mediatori creditizi. Essa gestisce in Italia i registri pubblici obbligatori per il settore dell'oro e dei metalli preziosi. Il suo compito principale è vigilare sulla legalità e tenere gli elenchi ufficiali e si occupa del rilascio delle autorizzazioni concernenti gli operatori professionali in oro e dei compro oro.

lari di partita Iva[8], siano esenti dall'Iva, secondo quanto disposto nell'art. 10, comma 1, n. 11), D.P.R. n. 633/1972[9].[10]

La scelta legislativa, dunque, per queste fattispecie, è stata quella dell'esenzione dal tributo sul valore aggiunto.

Tuttavia, ciò non significa che gli acquisti di oro "da investimento" siano privi di rilievo giuridico.

Anzitutto, l'operatore professionale in oro che cede (a titolo oneroso) a privati beni in oro "da investimento" ha l'obbligo, ai fini antiriciclaggio, di comunicare all'UIF (Unità di Informazione Finanziaria) l'operazione, con i dati dell'acquirente, qualora il valore risulti di importo pari o superiore a 10.000,00 euro (in precedenza era 12.500,00 euro), con la precisazione che la dichiarazione è dovuta anche per le operazioni dello stesso tipo eseguite nel corso del mese solare con la medesima controparte, qualora singolarmente pari o superiori a 2.500,00 euro e complessivamente pari o superiori a 10.000,00 euro[11].

[8] Per le ipotesi in cui l'acquisto di oro da investimento venga effettuato da un'impresa commerciale, titolare di partita Iva ed avente per oggetto sociale un'attività diversa da quella di compravendita di oro da investimento, e quindi per le ipotesi in cui tale acquisto rappresenti una forma di investimento della impresa commerciale stessa, entreranno in gioco le disposizioni in tema di plusvalenza relativa ai beni dell'impresa, *ex* artt. 55 e ss. T.U.I.R. relativi al reddito di impresa, e quelle Ires, di cui agli artt. 72 e ss., T.U.I.R.

[9] Tale articolo è stato trasfuso nell'art. 37, lett. n, D. Lgs. 19 Gennaio 2026, n. 10, contenente il nuovo Testo Unico sull'iva, e che entrerà in vigore il 1° Gennaio 2027

[10] Resta inteso che le transazioni riguardanti oro c.d. da commercio – salvo che ricorrano condizioni di non imponibilità specifiche (es: operazioni intracomunitarie, oppure cessioni extra UE in regime di non imponibilità *ex* art. 8, D.P.R. n. 633/1972) – sono operazioni imponibili ai fini Iva, ma non rileveranno fiscalmente (nel senso che non genereranno imponibile allorché il proprietario o cmq il detentore degli stessi decida di "disfarsene", mediante cessione in seno alle attività di compro oro). In tal senso, giovi ricordare che anche il Ministero dell'Economia e delle Finanze, nella Circolare n. 165 del 24 Giugno 1998, al punto 2.2.3 già aveva specificato, in tema di riordino della disciplina dei redditi di capitale e dei redditi diversi di cui al D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, che relativamente alle plusvalenze realizzate mediante cessioni di metalli preziosi (ad esempio, oro, argento o platino), il legislatore ha posto la condizione che gli stessi siano allo stato grezzo o monetato (ad esempio, lingotti, pani, verghe, bottoni e granuli). Restano, quindi, escluse le cessioni di metalli preziosi lavorati come, ad esempio, i gioielli.

[11] Si veda, al riguardo, l'art. 1, comma 2, della legge n. 7/2000, così come modificata dal D.Lgs. n. 211/2024.

Si consideri poi, e più in particolare, che questo stesso articolo prevede, dopo tale modifica, che le operazioni *de quibus*, relative a un dato mese di riferimento devono essere dichiarate alla UIF entro la fine del mese successivo a quello nel quale

La successiva vendita di quell'oro "da investimento"[12] sarà imponibile a fini IRPEF. il Legislatore[13] ha, infatti, assimilato le vendite derivanti dalla cessione di oro "da investimento" alle cc.dd. rendite finanziarie. In relazione a tali cessioni ha previsto[14] che in caso di plusvalenza (c.d. *capital gain*), si applichi un'imposta sostitutiva con aliquota del 26%, commisurata al (e applicata sul) differenziale tra il prezzo di acquisto e il (maggior) prezzo di rivendita.

Come premesso, è essenziale puntualizzare che il reddito derivante dalla plusvalenza conseguente alla cessione di oro da investimento è, ai fini Irpef, da ricondurre alla categoria dei redditi diversi, *ex* art. 67, D.P.R. n. 917/1986, e che il relativo onere dichiarativo graverà sul cedente, mediante inserimento del valore dell'operazione nella dichiarazione dei redditi (nel Quadro RT) dell'anno successivo, rispetto a quello di effettuazione dell'operazione di vendita.

In assenza di una prova documentale (es. fattura, testamento, atto di donazione, dichiarazione successoria, scrittura privata autenticata da un pubblico ufficiale) di acquisto del bene in oro da investimento, l'imposta sostitutiva *de qua* graverà sull'intero ammontare riscosso dalla vendita del bene, con la conseguenza che l'imponibilità sarà del 100%[15].

l'operazione è stata compiuta (segnalazione mensile a consuntivo); i trasferimenti al seguito verso l'estero, invece, devono essere comunicati alla UIF prima dell'attraversamento della frontiera (dichiarazioni preventive). In tali casistiche, copia della dichiarazione e del documento che ne attesta l'avvenuta trasmissione devono accompagnare l'oro al momento dell'attraversamento della frontiera. Qualora la dichiarazione preventiva3, e quindi il trasferimento al seguito verso l'estero, sottenda un atto di disposizione sull'oro, dovrà essere indicata nella dichiarazione preventiva anche la tipologia di operazione e i dati identificativi della controparte. Tale operazione dovrà altresì essere ricompresa nella segnalazione mensile a consuntivo; i trasferimenti al seguito di oro da investimento corrispondente a monete con un tenore in oro di almeno il 90% o a lingotti sotto forma di barre, pepite o aggregati con un tenore in oro di almeno il 99,5%, in entrata o in uscita dal territorio nazionale sono oggetto di dichiarazione e di informativa all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (cfr. d.lgs. 195/2008 come modificato dal D.Lgs. n. 211/2024).

[12] Per la relativa nozione di "oro da investimento" si veda l'art. 1 della Legge n. 7/2000 così come peraltro richiamato in precedenza al *par. 1.*

[13] Si vedano, in combinato disposto, l'art. 67, comma 1, lettera c-ter), D.P.R. n. 917/1986 (T.U.I.R.), e l'art. 3, comma 1, D.L. n. 66/2014 convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89.

[14] SI veda l'art. 68, T.U.I.R.

[15] Fino al 31/12/2023 per queste cessioni priva di documento di acquisto era previsto un regime forfetario, in virtù del quale l'imponibile cui si applicava l'imposta

In merito, è lecito domandarsi se una simile imposizione (peraltro inserita "a sorpresa" dal Legislatore nel 2024) sia coerente in quanto introduce, surrettiziamente, una nuova forma di tassazione patrimoniale.

La questione presenta risvolti applicativi non indifferenti: si pensi all'invalsa consuetudine di regalare lingotti o sterline (o altre monete in oro da investimento) in occasione di eventi come battesimi, comunioni, lauree, ecc. In tutti questi casi, il beneficiario del regalo difficilmente riceverà copia della fattura di acquisto del bene, per intuibili ragioni quantomeno di *bon ton*. All'atto della successiva (ancorché eventuale) rivendita, inevitabilmente, si troverà nella condizione qui discussa: vale a dire, essendo ragionevolmente sprovvisto della fattura di acquisto del dono ricevuto, sarà assoggettato ad imposta (sostitutiva) nella misura del 26% applicata a tutto il valore di cessione del bene entrato a far parte del suo patrimonio senza che ci fosse una sua volontà di investire nello stesso. È in relazione a tali ipotesi, dunque, che sorge la suddetta considerazione circa la riconducibilità di tali casistiche a forme di imposte patrimoniali e non propriamente reddituali.

D'altronde, l'aver optato per la tassazione del 100 % del valore riscosso (in assenza di prova documentale di acquisto storico del bene) è indicativo del fatto che non si sia coscientemente voluto prendere in considerazione un criterio differente. Si sarebbe, al riguardo, potuto rendere imponibile un valore riscosso minore del predetto 100% prevedendo delle forfetizzazioni. D'altro canto, *ante riforma*, in casistiche dello stesso tipo l'aliquota del 26% in questione si applicava sul 25% del corrispettivo di cessione. Ne derivava, alla luce della vecchia normativa, una tassazione del 6,5% del valore totale di cessione, e forse alla base della scelta fatta dal Legislatore vi è stata proprio l'esigenza di estendere l'ambito di imponibilità.

Vero è, allo stesso tempo, che la *ratio* di questa (apparentemente iniqua) norma è costituita anche dall'esigenza di contrastare i fenomeni di evasione e di riciclaggio del denaro attuati proprio mediante l'acquisto di oro da investimento "in nero", con l'obiettivo di cederlo in via ufficiale e quindi conseguendo indebitamente un guadagno "dichiarato".

Tale finalità perseguita dalla norma, pur certamente condivisibile, tuttavia, non appare pienamente risolutiva, poiché il Legislatore ha,

sostitutiva del 26% era determinato nella misura del 25% del valore riscosso dalla cessione.

Sennonché, con la Legge Finanziaria 2024 (Legge del 30 dicembre 2023, n. 213)

probabilmente, dato poco rilievo al fatto che oltre le ipotesi di assenza documentale riconducibili a previe condotte evasive, sussistono casistiche in cui, per prassi, le cessioni a titolo oneroso (o anche gratuito) siano avvenute in maniera non documentale e non documentata (come visto sopra per le casistiche di regali d'uso); tale considerazione vale a maggior ragione ove si consideri che fino a prima dell'avvento della Legge n. 7/2000 non esistevano le prescrizioni e gli adempimenti oggi previsti specificamente in tema di preziosi e queste osservazioni valgono altrettanto per gli anni antecedenti l'avvento della fatturazione elettronica e del c.d. cassetto fiscale, che, di fatto, hanno reso le transazioni più facilmente rintracciabili e tracciate. Di tal che, la disposizione in questione suona come una misura per certi versi eccessiva, ancorché mitigata dal fatto che il possessore di oro "da investimento" acquistato anni addietro, sprovvisto di prova di acquisto, decida di ricederlo in questo momento storico ha, per sua fortuna, massimizzato l'investimento, in considerazione dell'*exploit* che ha contraddistinto le quotazioni del metallo giallo negli ultimi anni[16].

Ciò non toglie che la radice di pretesa di gettito, che trapela da tale norma crei dubbi in merito alla sua ragionevolezza[17].

[16] Tentando di esprimere una considerazione al riguardo, l'aver reso il 100% del riscosso soggetto a tassazione con aliquota del 26% certamente, o molto probabilmente, non genererà la sperata emersione del sommerso che giace da molti anni sotto traccia".

[17] Il fatto che l'introduzione della tassazione al 26% sull'intero imponibile (prevista per le ipotesi di assenza di una prova documentale di acquisto) non sia decollata e abbia generato e lasciato più di qualche perplessità, per non dire l'esigenza di rivedere il meccanismo impositivo, si evince dal fatto che nella Legge di Bilancio 2026 si era tentato di introdurre una misura mitigatrice, di affrancamento con tassazione agevolata. Precisato che l'emendamento in questione non è stato approvato, è comunque interessante coglierne la disciplina: in sintesi, in virtù di esso si era previsto che per i possessori, alla data del 1° Gennaio 2026, di oro da investimento in assenza di un documento di acquisto fosse possibile procedere a rideterminare il costo storico dei beni (meccanismo di *set-up*) in funzione della quotazione corrente, stabilita quindi in base alla attuale *fix* dell'oro, e con applicazione di un'aliquota agevolata del 13%. La data ultima per l'effettuazione di tale sanatoria era stata fissata individuando al 30 Giugno 2026 il termine ultimo per l'espletamento della stessa. Era inoltre previsto che il versamento dell'importo allo Stato in virtù della procedura di definizione agevolata avvenisse in unica rata entro lo stesso 30 Giugno o, in alternativa, in tre rate annuali.

Resta criticabile, e rammarica, il fatto che l'emendamento non abbia ricevuto approvazione, anche perché avrebbe in ogni caso potuto favorire l'emersione di operazioni nate "sommerse", generando immediato gettito Irpef e consentendo di far emergere e non alimentare ulteriormente, fenomeni di "non dichiarato".

1.2 *Profili di fiscalità dell'oro nelle successioni mortis causa.*

Una circostanza che merita di essere analizzata concerne il regime fiscale dell'oro in caso di successioni *mortis causa*.

Sul tema, è doveroso precisare che una successione a causa di morte può porre questioni di rilevanza dei beni in oro, che incidono in una duplice direzione: da un lato, infatti, di essi si tiene conto ai fini dell'imposta di successione[18]; da un altro lato, possono emergere profili rilevanti ai fini delle imposte dirette, con riguardo a eventuali plusvalenze derivanti dalla (successiva) alienazione a titolo oneroso dei beni in oro (da investimento) ereditati.

Orbene, occorre fare chiarezza, definendo i punti della questione.

L'apertura di una successione pone in via necessaria l'esigenza di determinare il valore della massa ereditaria ai fini del tributo successorio e su tale attività incidono ed emergono profili che riguardano la presenza di preziosi in oro.

Il Legislatore, in merito, ha operato un distinguo, nel senso che relativamente all'oro diverso da quello "da investimento" (e quindi in merito a tutti i monili lavorati, rientranti nel novero della c.d. gioielleria o oreficeria o altrimenti detti "oro da commercio"), opera una regola che fa leva su una presunzione[19] *iuris tantum*, per cui si considera sussistente la presenza, nell'asse ereditario, di un 10% del valore totale costituito da monili in oro. Resta, ovviamente, la possibilità, per gli eredi, di dimostrare una presenza inferiore al predetto 10%, con onere della prova a loro carico, certificata da un inventario analitico redatto secondo le disposizioni di cui agli artt. 769 e ss. c.p.c.: esse prevedono, in particolare, che l'operazione inventariale avvenga per atto pubblico, attraverso cancelliere giudiziario del Tribunale o per il tramite di un notaio, con l'ulteriore conseguenza che all'inventario *ex* art. 9 T.U.S. è riconosciuta un'efficacia probatoria speciale *iuris et de iure* vincolante per l'Amministrazione finanziaria, il contribuente e il giudice tributario, limitatamente alla determinazione della base imponibile per l'imposta di successione.[20]

[18] Con l'art. 2, commi da 24 a 54 del D. Lgs. 3 ottobre 2006 n. 262 sono state reintrodotte le imposte su successioni e donazioni.

[19] Si veda, al riguardo, l'art. 9 del Testo unico sulle successioni e donazioni (D. Lgs n. 346/1990), che stabilisce che nell'attivo ereditario si considerano compresi denaro, gioielli e mobilia per un importo pari al dieci per cento del valore netto imponibile dell'asse ereditario, anche se non dichiarati o dichiarati per un importo minore, salvo che da inventario analitico redatto a norma degli articoli 769 e seguenti del codice di procedura civile non ne risulti l'esistenza per un importo diverso.

[20] Resta inteso che la presunzione del 10% non opera, nel senso che viene supe-

Diverso è il discorso concernente l'eventuale presenza di oro da investimento (lingotti, sterline, altre monete in oro con titolo superiore ai 900 millesimi) tra i beni appartenenti al *de cuius*: essi vanno infatti dichiarati esplicitamente e separatamente all'atto di apertura della successione, e il relativo valore concorrerà alla quantificazione della massa ereditaria, nel senso che tale valore si sommerà a quello eventualmente comprensivo (tra gli altri) del suddetto 10% (o minor valore inventariato) in monili in oro "da commercio".

Ma vi è di più: si ammetta, ad esempio, che gli eredi vengano tassati mediante imposta di successione in relazione ai valori della dichiarazione successoria e che decidano di conservare i beni in oro da investimento inventariati e fatti rientrare nell'asse ereditario. In tal caso, *nulla quaestio*, nel senso che l'unico tributo gravante sugli eredi sarà quello dell'imposta di successione.

Si ipotizzi, ora, che uno, o più eredi decidano di cedere (vendere) i beni in oro entrati a far parte del loro patrimonio dopo la successione.

Orbene, come osservato in precedenza, il Legislatore ha previsto che, ove gli oggetti in oro da investimento siano dotati di un titolo originario di acquisto che ne attesti il costo, la plusvalenza tassabile (imposta sostitutiva con aliquota del 26%) in capo agli eredi sia costituita dalla differenza tra il prezzo di acquisto degli stessi (*ante mortem*) risultante dal titolo originario e documentato di acquisto, e il prezzo di realizzo *post mortem*.

La dinamica più interessante, tuttavia, si presenta allorché la documentazione originaria di acquisto (es. fattura, o scrittura privata) manchi. In queste ipotesi interviene un meccanismo di *set-up*, per cui il nuovo valore fiscale di carico degli oggetti in oro "da investimento" viene corrisponde al valore indicato nella dichiarazione di successione, mediante apposita perizia, sicché la plusvalenza tassabile si individuerà nel seguente modo: essa sarà costituita, come base imponibile, dalla differenza tra il (maggior) valore di cessione che l'erede eventualmente ricaverà vendendo *post mortem* e post dichiarazione successoria, utilizzando il costo (valore di carico) definito mediante perizia all'atto della dichiarazione di successione medesima. Ciò, oggi, si risolve in un potenziale netto vantaggio per gli eredi, poiché nella maggior parte dei casi l'oro da essi ceduto *post mortem* con un valore di acquisto rideterminato in sede di dichiarazione di successione era stato acquistato dal *de cuius* precedentemente, quasi certamente in un momento storico caratterizzato da una quotazione del metallo più

rata, a maggior ragione ove l'erede dichiari che "denaro, gioielli e mobilia" abbiano un valore pari o superiore a quello presunto (cfr. Cass. 31806/2019).

bassa[21], e di conseguenza ad un prezzo nettamente inferiore rispetto a quello di *set-up*.

Se il *de cuius*, quando era ancora in vita avesse venduto quei beni, sarebbe stato tassato sull'intero valore di realizzo con aliquota del 26%; diversamente gli eredi, mediante il meccanismo di rideterminazione del valore anzidetto, beneficeranno di una sorta di franchigia e riceveranno un maggior vantaggio a livello impositivo rispetto a quanto si sarebbe verificato ove gli stessi beni fossero stati ceduti, ancora in vita, dal loro *dante causa*: per gli eredi, infatti, come detto, la plusvalenza si sarà calcolata sul differenziale tra il valore di carico determinato in sede di apertura della successione, e il costo di realizzo effettivo derivante dalla vendita dei beni in oro "da investimento".

2. *L'oro da investimento: regime di imponibilità e requisiti fisici*

Quanto al regime di imponibilità, ai fini Iva, delle operazioni di cessione di oro da investimento, si è detto, è quello della esenzione.

È qui opportuno approfondire sinteticamente la connessione tra regime di imponibilità dei beni in oro "da investimento" e requisiti materiali di tipicità degli stessi per poter rientrare in tale regime tributario agevolato.

La tematica, peraltro, ha attirato anche l'attenzione dell'Amministrazione Finanziaria e della Corte di Cassazione, che si sono occupate, appunto, di delineare i confini di applicazione di questo regime di vantaggio, facendo leva (anche) sui profili materiali del bene in oro.

Prima di tutto, occorre muovere dal dato normativo, di cui all'art. 10, comma 1, n. 11), D.P.R. n. 633/1972, che abbiamo visto prevedere l'esenzione dall'Iva per le cessioni di oro da investimento.[22]

[21] Questa considerazione è legata al fatto che il *trend* dell'oro è in tendenziale crescita sul lungo periodo, quindi statisticamente, i beni che vengono rivenduti dopo qualche anno dall'acquisto saranno valutati alla luce di una quotazione più elevata di quella vigente al momento dell'acquisto.

[22] Nel regime di esenzione, si badi, rientrano anche le ipotesi di cessione di oro sotto forma di titoli, per le operazioni finanziarie previste dall'art. 67, comma 1, lett. c-quater) e c-quinquies), del TUIR, se riferite all'oro da investimento, nonché per le intermediazioni relative alle dette operazioni e cessioni di oro da investimento, compreso quello rappresentato da certificati in oro, anche non allocato, oppure scambiato su conti metallo; "swaps", contratti *futures* e *forward*, operazioni di pronti contro termine, nonché altri strumenti finanziari che comportano il trasferimento del relativo diritto di proprietà o di credito sull'oro da investimento; intermediazioni, comprensive delle prestazioni di mandato e di mediazione, relative alle precedenti operazioni.

L'Agenzia delle Entrate, con la consulenza giuridica n. 4 del 13 Aprile 2021, ha fornito una interpretazione restrittiva della disposizione in questione, considerandola una deroga al principio generale di imponibilità delle operazioni rilevanti ai fini IVA. L'esenzione, ad avviso dell'Agenzia, andrebbe circoscritta al solo oro che possieda determinate caratteristiche di forma, peso e purezza (forma di lingotti o placchette, peso superiore a un grammo, purezza pari o superiore a 995 millesimi). In assenza del congiunto ricorrere delle predette caratteristiche formali, il bene in oro sarebbe da considerarsi (non oro da investimento, ma) oro industriale, come tale assoggettato al regime di imponibilità Iva. In definitiva l'Amministrazione ha optato per un'esegesi strettamente restrittiva e letterale, rispetto al disposto normativo di cui all'art. 1, legge n. 7/2000

Di diverso avviso è stata la Corte di Cassazione, per la quale, invece, il requisito di forma, ai fini dell'applicazione dell'esenzione per l'oro da investimento, non è essenziale. I Giudici di Legittimità, con la sentenza n. 13742 del 18 maggio 2023, dopo avere ribadito che il regime di esenzione previsto per l'oro da investimento presuppone il rispetto di specifici parametri di peso, forma e purezza, hanno ritenuto imprescindibili i requisiti relativi al peso e alla purezza, ma non alla forma, in quanto possono beneficiare dell'esenzione anche prodotti in oro la cui fisionomia è diversa dal lingotto o placchetta, come nel caso dell'oro in lamine. [23]A fondamento di tale conclusione, la Suprema Corte ha richiamato la norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 3, comma 11, della L. n. 7/2000, secondo la quale la previsione di esenzione dell'art. 10, comma 1, n. 11), del D.P.R. n. 633/1972 deve intendersi applicabile alle operazioni aventi per oggetto oro in lamina se effettuate anteriormente alla data di entrata in vigore della L. n. 7/2000, che ha parificato le cessioni in oro in lamina – ossia, con la forma in rilievo nella controversia oggetto dell'ordinanza – alle altre cessioni di oro da investimento.[24]

L'esenzione Iva per questi contratti è coerente con l'inquadramento delle operazioni sull'oro da investimento come operazioni finanziarie, e si inserisce nel quadro delle «operazioni finanziarie» tipiche della tesoreria e della finanza d'impresa, che utilizzano strumenti derivati per la copertura dei rischi di prezzo delle materie prime, incluso l'oro.

[23] Si veda anche Cass., 24 marzo 2007, n. 4237

[24] Sul punto, si veda M. Pierolo, *cit*.

Inoltre, coerente con l'impostazione della Cassazione è anche l'orientamento espresso nel "Working paper" n. 1000 del 19 ottobre 2020 dal Comitato Iva della Commissione Europea, laddove si sono ritenute non vincolanti le forme (lingotti o

La posizione della Cassazione appare preferibile, in quanto, diversamente opinando, si assoggetterebbero a Iva, e non a tassazione *ex* artt. 67 e ss. T.U.I.R., monili che, pur non aventi forma di lingotti, siano, di fatto, tali, magari per il semplice fatto che non siano stati prodotti secondo gli standard di creazione dei lingotti medesimi.[25]

3. *Il regime iva dei semilavorati. Fiscalità dell'oro industriale*

Sempre in tema di trattamento fiscale dell'oro, ma cambiando, per così dire, area merceologica, uno dei settori nei quali il metallo giallo "regna" è quello dei cc.dd. semilavorati. La tematica è stata oggetto di attenzione da parte dell'Agenzia delle Entrate, in ordine al regime Iva di tali beni.

Con il termine semilavorati in oro, si fa riferimento a tutti quei manufatti che, in ambito industriale, vengono utilizzati per la realizzazione compiuta di articoli di gioielleria. Si tratta, per dare un'idea concreta di ciò di cui si parla, delle chiusure che si applicano a bracciali e collane (cc.dd. moschettoni), nonché delle strutture "grezze" di anelli o orecchini (cc.dd. castoni) su cui si andranno ad incastonare diamanti o altre pietre, preziose e non.

Tali beni pongono il problema dell'applicabilità, o meno, ad essi, del regime del c.d. *reverse charge*, in quanto, stando ad una interpretazione letterale della norma così come modificata dal D.Lgs n. 211/2024, si tratterebbe di "oro industriale grezzo", soggetto al regime dell'inversione contabile.

Le conseguenze giuridiche e applicative circa l'ammissibilità, o l'esclusione, del regime del *reverse charge* sono non di lieve momento. el caso dell'inversione contabile, infatti, l'onere di assolvere gli adempimenti Iva grava sul cessionario, mentre nel caso delle operazioni

placchette), l'importante è che siano rispettati i requisiti principali della sua composizione: purezza e peso. In prospettiva, infine, in considerazione del fatto che la giurisprudenza di legittimità italiana giudica attendibili le indicazioni della Commissione Europea sul tema, è lecito attendersi un conseguente allineamento della prassi italiana.

[25] A ciò, si aggiunga che il fatto che l'Agenzia delle Entrate ha optato per un'interpretazione di tipo restrittivo, quasi stride con l'approccio estensivo dalla Stessa adottato con la Consulenza Giuridica n. 1 del 3 Febbraio 2025, con cui l'Amministrazione ha esteso, pur se non espressamente prevista, la tassazione in questione anche alle cessioni di palladio – nonché alle già tipizzate ipotesi di argento, platino, e oro – ritenendolo annoverabile tra i cc.dd. metalli preziosi, facendo leva, ai fini di tale considerazione, sul disposto di cui al decreto legislativo n. 251 del 1999, recante la disciplina dei titoli e dei marchi di identificazione dei metalli preziosi

imponibili "*standard*" l'onere di versare l'Iva all'Erario è posto in capo al cedente.

La tematica richiede, pertanto, una distinzione anche concettuale che aiuti a definire bene l'oggetto di cui si discute, in relazione alle specifiche circostanze.

Se, per "semilavorati" si intendono beni come le mollette degli orecchini, o altri oggetti di per sé soli inidonei a considerarsi prodotti finiti (ancorché di titolo superiore ai 375 millesimi), essi dovrebbero considerarsi "oro industriale", quindi assoggettati al regime Iva mediante applicazione dell'inversione contabile, *ex* art. 17, co. 5, D.P.R. n. 633/1972. Più precisamente, si può tener conto di quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, n. 3), D.P.R. n. 150 del 2002, per il quale rientrano in questa categoria i beni che, pur avendo una struttura finita o semifinita e la purezza richiesta, non hanno una funzione autonoma e sono destinati a essere incorporati in oggetti più complessi, garantiti nel loro complesso dal produttore che opera il montaggio.

Ove, di contro, con la locuzione "semilavorati" ci si volesse riferire a beni che, seppur non direttamente utilizzabili dal consumatore, siano però già dotati di una propria identità commerciale, ancorché destinata all'utilizzazione industriale e/o artigianale – a loro volta propedeutiche al consumo degli acquirenti finali privati (consumatori finali) – si tratterebbe di beni imponibili ai fini Iva secondo il normale regime Iva, di tal che le cessioni di essi tra soggetti passivi di imposta, titolari di partita Iva, dovranno avvenire mediante l'addebito dell'imposta al cessionario, e mediante diritto di quest'ultimo di detrarre l'Iva sull'acquisto fatto. Sarebbero, in definitiva, classificabili come operazioni imponibili ai fini Iva, con conseguente applicazione dello schema della rivalsa/detrazione in fase di fatturazione.

L'Agenzia delle Entrate, con la Risposta n. 13 del 22 Settembre 2025[26], in modo condivisibile, ha evidenziato che l'assemblaggio e il montaggio sono processi distinti dalla lavorazione o trasformazione e, pertanto, le componenti destinate a tali attività (assemblaggio/montaggio) devono qualificarsi come prodotti finiti le cui cessioni sono assoggettate a Iva ordinaria.

Orientamento analogo, è stato confermato anche dal Mef[27], secondo cui l'assemblaggio e il montaggio non rappresentano attività di trasformazione tali da qualificare le componenti in esame come semila-

[26] Si veda anche Risoluzione del 12/12/2013 n. 92 dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Centrale Normativa, in *https://def.finanze.it*.

[27] Ci si riferisce a un chiarimento fornito dal Mef l'11 dicembre 2025, nel corso di un incontro tecnico con gli operatori del settore.

vorati assimilabili al «materiale d'oro». Ne deriva, quindi, che i commercianti di queste componenti non soggiacciono ad alcuni degli obblighi previsti dalla Legge n. 7/2000 (dichiarazioni in oro e iscrizione OAM), né a quelli antiriciclaggio (di cui al D.Lgs. n. 231/2007).

Non può sottacersi, dunque, un oggettivo disallineamento tra il tenore letterale delle disposizioni normative che attribuiscono al montaggio il tratto distintivo di un semilavorato, e l'orientamento condiviso dalle citate istituzioni secondo cui lo stesso montaggio non è "trasformazione". Ciò nonostante, viste le dinamiche del ciclo produttivo, nonché le attività commerciali interconnesse degli operatori della filiera di produzione orafa, l'assimilazione delle componenti in esame a veri e propri beni finiti può ritenersi logica e funzionale in relazione all'assoggettamento a Iva ordinaria nei loro passaggi intermedi[28].

Con la Risposta n. 13/2025, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito e confermato, d'altronde, l'ambito di applicazione del meccanismo dell'inversione contabile nelle cessioni di materiale d'oro e di prodotti semilavorati, precisando che beni come, ad esempio, mollette per orecchini, moschettoni, castoni e chiusure per bracciali, pur presentando una struttura apparentemente finita, ma destinata a essere utilizzata in attività di montaggio o incastonatura per la realizzazione di gioielli, non possono essere considerati semilavorati ai fini del *reverse charge*.[29]

Le transazioni commerciali riguardanti la compravendita di tali beni in ambito *B2B* saranno pertanto operazioni imponibili ai fini Iva, secondo il normale regime di funzionamento dell'imposta, con addebito della stessa dal cessionario, da parte del cedente e con diritto del primo di detrarre l'Iva corrisposta sugli acquisti effettuati.

Per riassumere: il criterio distintivo per distinguere semilavorati annoverabili nel concetto di "oro industriale", rispetto a quelli "finiti" (come tali reintranti nella nozione di "oro da commercio" è, sul punto, rappresentato dal fatto che i semilavorati che rientrano nel normale regime di imponibilità Iva sono quelli che non sono destinati alla lavorazione intesa come trasformazione, bensì al mero assemblaggio o montatura, incastonatura, o analoga attività, del prodotto originario, e

[28] Sul punto, si veda N. Ragno, *Semilavorati in oro con regime Iva ordinario*, in *Il Sole 24 Ore, 9 maggio 2026, in https://www.quotidiano.ilsole24ore.com.*

In senso conforme, e precedente alla Risp. n. 13/2025 qui riportata, si veda anche la Risposta Agenzia Entrate 11 novembre 2005 n. 161/E.

[29] Per le leghe auree per odontoiatria destinate ad uso finale (non a impiego intermedio), l'Iva va assolta nei modi ordinari, come chiarito da «Risp. Agenzia Entrate 26 ottobre 2001 n. 168/E, di tal che, vengono ritenuti "semilavorati" finiti, cioè completi.

a cui concorrono in qualità di prodotti finiti ancorché ancora utilizzabili nella "catena di montaggio" che darà vita ad un prodotto finito che, a sua volta, verrà venduto al privato consumatore (ad esempio, sotto forma di gioiello). Tali beni devono dunque essere trattati alla stregua dei prodotti finiti e, di conseguenza, per le relative cessioni non si applica il *reverse charge* di modo che l'Iva deve, in definitiva, essere assolta secondo le regole ordinarie con il tradizionale meccanismo della rivalsa/detrazione.

Se, invece, il bene privo di è uno specifico uso o funzione e necessita di una vera ulteriore lavorazione o trasformazione industriale, allora rientra nel perimetro dei semilavorati grezzi, e le cessioni aventi ad oggetto tali beni saranno disciplinate dall'art. 17, comma 5, D.P.R. N. 633 DEL 1972.

La posizione assunta dall'Agenzia nella Risposta n. 13, di cui sopra, tuttavia, non è nuova.

Già con la risoluzione n. 161/E del 2005 era stato infatti da Essa chiarito che componenti come le montature di anelli o le chiusure per collane e bracciali non potevano essere qualificati come semilavorati ad uso industriale (con regime dell'inversione contabile), bensì come prodotti finiti, poiché hanno già completato il loro processo produttivo, e non necessitano pertanto di ulteriori trasformazioni industriali atteso che svolgono una funzione autonoma. Per essi, infatti, si rendono necessarie le sole attività di assemblaggio, o incastonatura, ma il prodotto è da considerarsi "finito", cioè non destinato a trasformazione che ne alteri le caratteristiche identitarie, né a fusione.

4. *Il regime Iva nelle operazioni di cessione dei compro oro*

Le cessioni di oro che i cc.dd. compro oro[30] effettuano di regola ai cc.dd. banco metalli (e in ogni caso agli operatori professionali in oro abilitati alla fusione, affinazione, recupero, o alla trasformazione e/o rottamazione dei monili in oro e/o argento acquistati – raccolti – dai

[30] È "Operatore Compro oro" chi esercita l'attività commerciale di compravendita, all'ingrosso o al dettaglio, o di permuta, di oggetti usati in oro o altri metalli preziosi (platino, palladio, argento) nella forma del prodotto finito o di gioielleria, o nella forma di rottame, cascame o avanzi di oro e materiale gemmologico. L'attività può essere esercitata in via esclusiva, ovvero in via secondaria rispetto all'attività prevalente.

L'esercizio dell'attività di Operatore Compro oro è subordinato all'iscrizione nell'apposito Registro pubblico tenuto dall'OAM (ai sensi dell'art. 3 del D.lgs. n. 92/2017) per il quale è necessario il possesso della licenza per l'attività in materia di

medesimi compro oro in sede di attività di ritiro dei preziosi usati dai privati)[31] è generalmente considerata una attività soggetta ad Iva, attraverso il sistema del *reverse charge*, di cui all'art. 17, comma 5, D.P.R. n. 633/1972.[32]

Di tal che, sarà onere del cessionario, provvedere agli adempimenti previsti dal regime dell'inversione contabile, in quanto per effetto di essa diventa egli il debitore dell'imposta in luogo del cedente.

Quest'ultimo, pertanto, deve emettere fattura per le cessioni interessate da tale disciplina senza addebito di imposta con l'annotazione "*reverse charge* ai sensi dell'art. 17, co. 5, D.P.R. n. 633/1972"[33] ed il cessionario è tenuto ad integrarla con l'indicazione dell'aliquota e della relativa imposta. Ai fini dell'assolvimento dell'Iva il cessionario annota il documento, così integrato, nel registro delle fatture emesse o dei corrispettivi, di cui agli artt. 23 o 24 del D.P.R. n. 633/1972, entro il mese di ricevimento della merce ovvero anche oltre il mese medesimo, ma comunque entro 15 giorni dal ricevimento e con riferimento al relativo mese; lo stesso documento è annotato anche nel registro di cui all'art. 25 del D.P.R. n. 633/1972, al fine di operare la relativa detrazione. Tali operazioni concorrono a formare il volume d'affari del cedente[34].

oggetti preziosi di cui all'articolo 127 del Regio Decreto del 18 giugno 1931, n. 773 e relative norme esecutive.

[31] Per Operatore Professionale in Oro (OPO) si intende il soggetto che esercita professionalmente il commercio dell'oro, per conto proprio o di terzi, secondo quanto previsto dalla Legge 17 gennaio 2000, n. 7.

In particolare, rientrano nell'oro oggetto della disciplina le materie prime aurifere e i semilavorati di purezza pari o superiore a 995 millesimi, nonché l'oro da investimento nelle condizioni previste dalla normativa.

L'Operatore Professionale in Oro è il soggetto che svolge professionalmente attività di commercio di oro, per conto proprio o di terzi, nel rispetto dei requisiti e degli obblighi stabiliti dalla normativa italiana. Nell'ambito degli OPO rientrano i cc.dd. Banco Metalli, il cui lavoro consiste nella compravendita di oro da investimento, nella fusione e/o rottamazione dell'oro da commercio ritirato in sede di operazione compro oro dalle omonime attività.

[32] Il regime dell'inversione contabile si applica anche alle cessioni di argento in lingotti o grani, di purezza pari o superiore a 900/1000, se l'acquirente è soggetto IVA in Italia.

[33] In tali circostanze, i soggetti "compro oro" emettono fattura applicando il reverse charge di cui all'art. 17, coma 5, del D.P.R. n. 633/1972, utilizzando il codice natura operazione Iva ai fini della fatturazione elettronica "N6.2 Inversione contabile – Cessione di oro e argento ai sensi della legge n. 7 del 2000 nonché di oreficeria usata ad OPO".

[34] Sul tema, si veda M. Pierolo, Il trattamento Iva per compro oro e operatori

Sul punto, occorre ribadire che il regime dell'inversione contabile previsto al riguardo, rappresentando una eccezione alla regola dell'imponibilità ai fini Iva standard, è interpretato nella prassi (Agenzia delle Entrate), e nella giurisprudenza (Corte di Cassazione[35] e Corti di merito), in maniera restrittiva.

È piuttosto recente, al riguardo l'Ordinanza 31536/2025 con cui la Suprema Corte ha confermato che in caso di cessione di preziosi usati, a loro volta previamente ritirati nell'ambito delle operazioni di "compro oro", il cedente deve rendere chiara, trasparente, ed esplicita la destinazione dei beni ceduti, che dovranno essere fusi o rottamati (destinazione industriale) affinché l'operazione di cessione sia effettivamente assoggettabile all'art. 17, co. 5, D.P.R. n. 633/1972.

Diversamente, ove si realizzi una vendita di beni preziosi da parte di privati ad un compro oro e questi stabilisca di non destinarli (come visto fino ad ora) a fusione/affinazione/rottamazione ad un Operatore Professionale in Oro, ma opti per la rivendita dei medesimi a successivi consumatori finali a titolo di beni usati (in tal caso, si avrà una destinazione commerciale dei monili), il regime Iva applicabile ai beni rivenduti sarà quello "del margine": di conseguenza, il compro oro dovrà corrispondere all'Erario l'Iva determinata avendo come base imponibile la differenza tra il prezzo di rivendita (a titolo di bene usato) del monile precedentemente ritirato, e il costo di carico (vale a dire, il prezzo pagato all'originario possessore del monile acquistato dal compro oro in seno a tale attività di ritiro del prezioso)[36] dello stesso.

5. *L'oro nelle operazioni di credito su pegno.*

Un'altra ipotesi destinata a verificarsi nella prassi con sempre maggior frequenza è quella concernente le operazioni di c.d. credito su pegno, vale a dire quella tipologia di prestito che consente al privato che si rivolga ad un operatore professionale che eserciti l'attività in questione, di ottenere liquidità immediata dietro valutazione di beni preziosi dati in pegno.

professionali – Informafisco n. 05 – 2025 del 14 Ottobre 2025, in *https://fiscal-focus.it*.

[35] Cfr., sul punto Cass., Sez. 5, 11927/2021

[36] Sul tema, si veda N. Ragno, Oro usato, reverse charge applicabile solo con prova rigorosa della fusione, in *https://www.quotidiano.ilsole24ore.com, Norme e Tributi*, 5 Dicembre 2025.

Orbene, sul tema, la problematica sorge ove si consideri che la cessione di beni in oro, anche se a mero titolo di pegno, pone in capo all'operatore professionale tutta una serie di obblighi e di adempimenti, in particolar modo per finalità antiriciclaggio[37].

Si tratta di una fattispecie singolare, poiché vi è una dazione di oro che però non genera un immediato trasferimento della proprietà del bene dal soggetto che chiede il prestito (garantito da pegno) all'erogatore il prestito, perché ove il debito connesso al pegno venga estinto, l'oro dato in garanzia del debito verrà restituito all'originario proprietario beneficiario del credito sottoposto a pegno

Sennonché, ove il debito (nascente dall'operazione di credito su pegno) non venga estinto, l'oro dato in garanzia non verrà mai più restituito al debitore, e quindi si determinerà a quel punto, di fatto, una cessione di preziosi (dal debitore alla società erogante il credito). Ove la società venda l'oro all'asta per recuperare il credito opererà alla stessa stregua di un Operatore professionale in oro, e dovrà quindi inviare i dati all'Anagrafe tributaria utilizzando i codici specifici previsti per il monitoraggio dei rapporti finanziari (art. 7, comma 6, D.P.R. n. 605/73). Questo significa che ogni passaggio di proprietà dell'oro diventa trasparente agli occhi del Fisco, indipendentemente dalla finalità iniziale del contratto di pegno.

L'Agenzia delle entrate è intervenuta sul punto con la Risposta dell'Agenzia n. 28 del 10 Febbraio 2026, precisando l'ambito applicativo degli obblighi di comunicazione all'Anagrafe Tributaria in seno alle operazioni di credito su pegno mediante utilizzo in pegno di monili in oro.

Più precisamente, con la Risposta n. 28/2026, l'Agenzia delle Entrate è tornata a pronunciarsi sugli obblighi di comunicazione all'Anagrafe tributaria chiarendo il perimetro applicativo dell'articolo 7, comma 6, del D.p.r. n. 605/73 in merito alle vendite di oro fisico da investimento effettuate nell'ambito delle attività di credito su pegno da parte di soggetti autorizzati.

La vicenda ha tratto origine da un'istanza adi interpello rivolta all'Agenzia da una società esercente l'attività di pegno, iscritta all'Al-

[37] Gli operatori che esercitano il credito su pegno (iscritti *ex* art. 106 TUB) sono considerati a tutti gli effetti intermediari finanziari e sono soggetti a tutti gli obblighi previsti dal D.Lgs. 231/2007 (Decreto Antiriciclaggio). Quando la garanzia è costituita da oggetti in oro o preziosi, i controlli sono particolarmente stringenti per prevenire il riciclaggio di beni di provenienza illecita, e quindi occorrerà procedere con l'identificazione del soggetto, con la dichiarazione che agisca in proprio, che non sia soggetto politicamente esposto, e con la dichiarazione di scopo che motiva l'operazione.

bo degli intermediari finanziari e autorizzata a esercitare esclusivamente il credito su pegno, non iscritta nel Registro OAM degli operatori professionali in oro, ma ugualmente registrata all'Anagrafe tributaria come soggetto *ex* articolo 106 T.U.B. L'attività da essa svolta consisteva nel concedere prestiti a persone fisiche dietro consegna di un bene, che veniva custodito come garanzia. Al cliente veniva rilasciata una polizza di pegno con tutti gli elementi essenziali del finanziamento. Il bene poteva essere riscattato restituendo capitale, interessi e spese; in caso contrario, trascorsi trenta giorni dalla scadenza, la società poteva venderlo all'asta per recuperare il credito, trattenendo quanto dovuto e mettendo a disposizione del cliente l'eventuale eccedenza.

La richiedente precisava che, tra i beni accettati in pegno, rientrava anche l'oro da investimento ed essa ne effettuava la valutazione, erogava il prestito e, se necessario, procedeva alla vendita all'incanto dello stesso oro per recuperare il finanziamento. Da qui nasceva il dubbio: la società, in sostanza, voleva sapere se tali operazioni dovessero essere comunicate all'Anagrafe tributaria come avveniva per gli operatori professionali in oro.

Per rispondere, l'Agenzia ha richiamato la disciplina della richiamata legge n. 7/2000 che distingue, come visto, l'oro da investimento dal materiale d'oro destinato a usi industriali e impone obblighi di comunicazione alla Uif (Unità di informazione finanziaria istituita presso la Banca d'Italia) per operazioni di importo superiore ai 10.000,00 euro.[38] La stessa legge definisce gli operatori professionali in oro come soggetti che esercitano professionalmente il commercio

[38] Circa gli oneri, o meglio, gli obblighi di comunicazioni alle strutture preposte ai fini antiriciclaggio o di monitoraggio delle operazioni finanziarie, val la pena, seppur per ambito applicativo diverso e più ampio rispetto alle operazioni di credito su pegno di cui al presente paragrafo, richiamare la Risposta n. 6/2025 dell'Agenzia delle Entrate. In tale atto, l'Amministrazione ha assimilato l'oro da investimento e l'oro sotto forma di verghe, quindi formalmente da investimento, ma destinato a successiva lavorazione industriale, in relazione agli obblighi comunicativi all'Anagrafe dei Rapporti Finanziari gestita dall'Agenzia delle Entrate. A far data dal D. Lgs. n. 211/2024, infatti, l'oro da investimento mantiene tale qualifica anche se destinato a successiva lavorazione. Cade dunque l'assimilazione automatica all'oro industriale che era maturata in base ai precedenti chiarimenti della Uif (Unità di informazione finanziaria presso Banca d'Italia, 2010). Di conseguenza, gli operatori professionali in oro dovranno trasmettere all'Anagrafe predetta le operazioni rilevanti superiori alle 10.000,00 euro, anche se abbiano ad oggetto oro da investimento compravenduto per successivi fini industriali. La normativa aggiornata chiarisce che la destinazione alla lavorazione non fa decadere la qualifica di "oro da investimento". Sul punto, si veda A. Moro, *Cam-*

in oro e prevede l'iscrizione in un apposito registro tenuto dall'Oam. Inoltre, l'articolo 2 riserva alle banche e agli intermediari abilitati l'esercizio professionale di attività finanziarie sull'oro.

L'Agenzia riepiloga altresì gli obblighi previsti dall'art. 7, D.p.r. n. 605/1973, che impone a banche e intermediari finanziari ovverosia quelli di rilevare e comunicare all'Anagrafe tributaria i dati relativi ai rapporti e alle operazioni finanziarie dei clienti. Le comunicazioni periodiche includono anche l'importo delle operazioni effettuate, secondo quanto stabilito dal D.L. n. 201/2011.

Si aggiunga che, con la propria prassi[39], l'Agenzia ha chiarito che l'obbligo di comunicazione riguarda non solo gli operatori professionali in oro iscritti all'Oam, ma anche coloro che, pur non essendo iscritti, svolgano in via professionale attività di commercio o gestione di oro, come individuati dalla legge n. 7/2000. È il caso, ad esempio, degli intermediari finanziari che trattano oro nell'ambito dei servizi offerti continuativamente ai clienti.

Alla luce di questo quadro, l'Agenzia ha ritenuto che la società richiedente, pur non essendo un operatore professionale in oro in senso stretto, dovesse comunque comunicare all'Anagrafe tributaria le operazioni di vendita di oro da investimento derivanti dall'attività di credito su pegno. Tali operazioni, infatti, erano svolte professionalmente e pertanto da considerarsi rientranti tra i servizi continuativi offerti alla clientela, integrando quindi un rapporto rilevante a tali fini.

L'Agenzia ha precisato, infine, che gli obblighi di comunicazione alla UIF previsti dalla legge n. 7/2000 non sostituiscono quelli verso l'Anagrafe tributaria: si tratta di adempimenti distinti, ciascuno con finalità proprie[40], e come tali entrambi da adempiere, al ricorrere dei rispettivi presupposti.[41]

Il rigore interpretativo adottato dall'Agenzia sembra dunque destinato a voler chiudere ogni possibile falla nel sistema di monitorag-

biano le norme sull'oro da investimento: ecco cosa sapere, in *https://www.italiaoggi.it/diritto-e-fisco/cambiano-le-norme-sulloro-da-investimento-ecco-cosa-sapere*.

[39] Si veda: Nota di chiarimenti per operatori professionali in oro dell'8 agosto 2013.

[40] Le comunicazioni all'Anagrafe dei Rapporti Finanziari sono, in pratica, dirette all'Agenzia delle Entrate, con finalità tributarie e antievasione.

Le comunicazioni all'UIF sono invece dirette alla Banca d'Italia, con finalità antiriciclaggio e di segnalazione delle operazioni sospette.

[41] Sul punto, si veda N. Ragno, *Vendite di oro in pegno segnalate all'Anagrafe*, in *Il Sole 24 Ore, Norme e Tributi,* 11 Febbraio 2026.

Si veda anche, *https://www.fiscooggi.it/portale/-/vendita-di-oro-da-investimento-da-comunicare-all-anagrafe-tributaria*.

gio fiscale. Gli intermediari sono già obbligati a rispettare le norme antiriciclaggio e a inviare la dichiarazione oro alla UIF per operazioni superiori a 10.000,00 euro; a tale adempimento viene aggiunto anche quello per il quale la comunicazione deve essere sistematicamente trasmessa anche verso l'Anagrafe dei Rapporti Finanziari. Non importa se il rapporto nasca come un semplice finanziamento: la vendita dell'oro lo trasforma in un servizio offerto continuativamente al cliente e per questo motivo rientra nel perimetro di controllo. Lo scopo è evitare che dietro il meccanismo del pegno si nascondano compravendite di oro non tracciate. Il Fisco considera queste operazioni come parte integrante dei servizi finanziari offerti professionalmente sul mercato. In sintesi, la vendita forzata o volontaria di un bene prezioso garantisce al fisco una fotografia nitida della situazione patrimoniale dei soggetti coinvolti.[42]

6. *Considerazioni conclusive*

La trattazione degli argomenti di cui al presente tema lascia intuire quanto il Legislatore sia stato lungimirante nel dedicare una apposita disciplina normativa all'oro.

Ciò, come visto, è avvenuto perché esso è presente nelle dinamiche commerciali e di vita dei singoli consumatori e, in ogni caso, di tutti gli individui in maniera diffusa, e anche a prescindere dal previo acquisto volontario dello stesso (si pensi, al riguardo, al fatto che il Legislatore, nelle successioni *mortis causa* ritiene presuntivamente – per quanto *iuris tantum* – che nell'asse ereditario sia presente un 10% di valori sotto forma di oro).

La scelta di legiferare in materia, peraltro, si accompagna anche alla (condivisibile) logica di "mettere ordine" in un mercato che determina lo spostamento di flussi finanziari importanti, come tali sotto la lente anche della normativa antiriciclaggio[43].

Come si è visto su, è apprezzabile sul punto l'orientamento assun-

[42] Sul punto, si veda P. Florio, *Vendere oro in pegno fa scattare il controllo del fisco*, in *https://www.laleggepertutti.it/778319_vendere-oro-in-pegno-fa-scattare-il-controllo-del-fisco*.

[43] Utile qui ricordare come, in connessione con la normativa in tema di utilizzo del contante (giovi ricordare che la Legge di Bilancio 2023 – Legge n. 197/2022 – all'art. 1, comma 384, a partire dal 1° gennaio 2023, ha innalzato il limite massimo per i pagamenti in contanti da 1.000 euro a 5.000 euro), e proprio a dimostrazione della natura peculiare delle operazioni concernenti l'oro, sia previsto che in caso di cessio-

to dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 13742/2023, con cui la stessa ha dimostrato di voler assumere posizione netta sul tema dei requisiti fisici dell'oro da investimento, tralasciando i formalismi, e guardando invece con più pragmatismo alle effettive esigenze di definizione delle vicende, in contrapposizione alla posizione, troppo formalistica, assunta dall'Amministrazione Finanziaria.

Va altresì notata la scelta fatta dal Legislatore nell'operare un distinguo tra oro da investimento e oro industriale e da commercio: in particolare, rileva in tal senso la scelta di limitare alle sole casistiche di acquisto di oro da investimento il regime di esenzione Iva, alla pari di tutte le rendite finanziarie.

Appare equa anche la previsione di meccanismi di *set-up* in casi come quello delle successioni *mortis causa*, ove correttamente si è prevista una rideterminazione del valore di carico dei beni in oro da investimento, seppur garantendo la bontà dell'operazione mediante perizia, e attraverso una procedura che vede l'intervento di pubblici ufficiali (Agenzia delle Entrate, Tribunale, in via eventuale, notaio, altrettanto in via eventuale, e in ogni caso alternativo al Tribunale).

Interessante resta anche il profilo del credito su pegno avente ad oggetto l'oro, soprattutto in relazione al fatto che la dazione dell'oro come garanzia del pegno diventa definitiva solo in via eventuale (con successiva vendita all'incanto dei beni forniti a garanzia del debito), connessa all'insolvenza del debitore beneficiario del credito sottoposto a pegno.

Ciò che va considerato, da ultimo, è che la tematica dei profili fiscali dell'oro è ancor più sentita oggi, a causa dell'impennata (ormai divenuta una costante) delle quotazioni del metallo giallo, tale da generare un aumento dei connessi volumi finanziari, e dei conseguenti rischi di riciclaggio e di evasione ad esso prodromica.

ni di preziosi in oro presso un operatore compro oro, la soglia di utilizzo del contante a saldo dell'operazione di cessione medesima sia pari a 499,99 euro.

Guido Rossi

Il riconoscimento facciale nel processo penale: esigenze di accertamento e garanzie dei diritti fondamentali

Abstract

Il contributo esamina criticamente l'impiego delle tecnologie di riconoscimento facciale nel procedimento penale, inquadrandolo nel più ampio processo di diffusione dei sistemi biometrici fondati sull'intelligenza artificiale. Muovendo dall'analisi dei presupposti tecnico-scientifici e delle modalità operative dei sistemi di identificazione automatizzata, lo studio approfondisce l'incidenza di tali strumenti sui diritti fondamentali, con particolare riguardo ai principi di legalità e proporzionalità, alla presunzione di innocenza e alla protezione dei dati personali.

This paper critically examines the use of facial recognition technologies in criminal proceedings, placing it within the broader development and increasing deployment of artificial intelligence-based biometric systems. Starting with an analysis of the technical and scientific foundations and operational mechanisms of automated identification systems, the study explores their impact on fundamental rights, with particular regard to the principles of legality and proportionality, the presumption of innocence, and the protection of personal data.

Parole chiave: riconoscimento facciale, tecnologie biometriche, AI, processo penale.
Keywords: facial recognition; biometric technologies; artificial intelligence; criminal procedure

Sommario: 1. Origini, sviluppo e impieghi dell'identificazione biometrica facciale in ambito penale e nei settori contigui; 2. Fondamenti tecnico-scientifici del riconoscimento facciale: struttura dei sistemi, modelli algoritmici e processi operativi; 3. Biometria facciale e diritti fondamentali: ricadute sistemiche e profili di tutela; 4. Il quadro normativo del riconoscimento facciale tra ordinamento interno e diritto dell'Unione europea; 5. La comparazione algoritmica dei volti nel procedimento penale: qualificazione giuridica e utilizzabilità probatoria; 6. Riconoscimento facciale e intelligenza artificiale: inquadramento concettuale e questioni giuridiche; 7. Prospettive evolutive e ipotesi di intervento.

1. *Origini, sviluppo e impieghi dell'identificazione biometrica facciale in ambito penale e nei settori contigui*

I sistemi automatizzati di riconoscimento facciale si collocano nel più ampio settore delle tecnologie biometriche, ossia degli strumenti

destinati all'identificazione di un individuo o alla verifica della sua identità attraverso l'analisi di caratteristiche fisiologiche, morfologiche o comportamentali. Più specificamente, tali sistemi operano mediante l'elaborazione algoritmica di immagini digitali o di fotogrammi ricavati da flussi video, allo scopo di stabilire, in termini probabilistici, la corrispondenza tra il volto acquisito e i modelli biometrici associati a identità già censite all'interno di banche dati strutturate[1].

Sotto il profilo tecnico-funzionale, occorre distinguere i sistemi pienamente automatici, contraddistinti da un elevato livello di autonomia nell'elaborazione e nella produzione dell'esito, dai procedimenti automatizzati, nei quali l'intervento umano, pur ridimensionato, conserva una funzione nelle fasi di validazione, interpretazione o impiego del risultato algoritmico. La distinzione trascende il piano meramente classificatorio, assumendo specifico rilievo giuridico tanto ai fini dell'individuazione dei soggetti cui imputare le conseguenze derivanti dall'utilizzo del sistema, quanto nella determinazione dell'intensità del controllo umano necessaria a garantirne la compatibilità con i principi propri di un ordinamento democratico.

Rispetto ad altre tecniche biometriche, il riconoscimento facciale presenta, inoltre, una peculiare efficacia operativa, poiché consente di acquisire e trattare il dato biometrico senza richiedere la partecipazione attiva, né necessariamente la consapevolezza, del soggetto interessato. Proprio tale caratteristica, se da un lato ne accresce l'utilità in ambito investigativo e di sicurezza, dall'altro ne amplifica la capacità intrusiva e impone un più rigoroso scrutinio sotto il profilo della legalità, della necessità e della proporzionalità del trattamento.[2].

L'estrazione dell'immagine del volto avviene infatti in modo non intrusivo e, potenzialmente, a distanza, rendendo la tecnologia idonea a pratiche di identificazione occulta o di monitoraggio sistematico degli individui nello spazio pubblico e, sempre più frequentemente, in contesti para-pubblici o privati[3].

La progressiva digitalizzazione delle relazioni sociali e la massiva circolazione di immagini attraverso piattaforme online e social network hanno ampliato significativamente il bacino informativo utilizzabile per l'addestramento e l'impiego di tali sistemi.

[1] G.A. Magnani-G. Ferretti-P. Rocco, *tecnologie dei sistemi di controllo*, McGraw-Hill, New York, 2011.

[2] G. Mobilio, *tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.

[3] E. Rowe, *Regulating Facial Recognition Technology in the Private Sector*, in *Stanf. Tech. Law Rev*., 2021.

A ciò si aggiunge la capillare diffusione di infrastrutture di videosorveglianza, fisse e mobili, giustificata prevalentemente da esigenze di sicurezza urbana e di ordine pubblico.

Tale convergenza tecnologica ha reso possibile l'analisi in tempo reale di ingenti quantità di dati biometrici, sollevando interrogativi di primaria rilevanza in ordine alla compatibilità di tali pratiche con i principi di necessità, proporzionalità e minimizzazione del trattamento dei dati personali.

Nel settore pubblico, il ricorso ai sistemi di riconoscimento facciale ha progressivamente assunto un ruolo centrale come strumento di supporto alle attività investigative, al controllo delle frontiere, alla gestione dei flussi migratori e all'identificazione di persone scomparse.

Parallelamente, tali tecnologie sono state integrate in procedimenti amministrativi e para-amministrativi, come dimostrano esperienze di larga scala finalizzate alla gestione dell'accesso a prestazioni sociali e servizi pubblici mediante identificazione biometrica univoca[4].

In alcuni contesti, l'impiego del riconoscimento facciale è stato esteso a sistemi di valutazione automatizzata dell'affidabilità individuale, fondati sull'interconnessione tra dati biometrici e informazioni comportamentali[5].

In tali ipotesi, la tecnologia assume una funzione di monitoraggio continuo e di controllo sociale, incidendo direttamente sull'esercizio dei diritti fondamentali e sulla posizione giuridica del soggetto nell'ordinamento.

Anche il settore privato ha conosciuto una crescente diffusione di sistemi di riconoscimento facciale, utilizzati per finalità di sicurezza, gestione degli accessi, personalizzazione dei servizi e ottimizzazione delle strategie commerciali.

L'impiego di tali strumenti in contesti quali istituti bancari, esercizi commerciali, infrastrutture di trasporto, eventi pubblici e ambienti domestici intelligenti evidenzia una progressiva convergenza tra ambito pubblico e privato, con una conseguente sovrapposizione di logiche di sicurezza, efficienza economica e controllo[6].

[4] C. Colapietro, *Intelligenza artificiale e smart cities: a mò di introduzione*, in M. Giannelli-V. Pagnatelli (a cura di), *Smart Cities. Diritti, libertà e governance*, Giappichelli, Torino, 2023.

[5] G. Tessitore, *riconoscimento automatico del volto e confronto in ambito forense*, in P. Di Simone-A. Mangiaracina-L. Parlato (a cura di), *120 anni di polizia scientifica: l'identificazione personale tra scienza e diritto, Palermo University Press*, Palermo, 2023.

[6] G. Mobilio, *tecnologie di riconoscimento facciale*, cit.

Questo scenario contribuisce alla normalizzazione delle pratiche di sorveglianza biometrica, con il rischio di alterare in modo strutturale l'equilibrio tra poteri pubblici e libertà individuali. In particolare, la sorveglianza pervasiva e il monitoraggio continuo degli individui si configurano come strumenti potenzialmente idonei a incidere sulle dinamiche democratiche, producendo effetti disciplinanti sulle condotte sociali e comprimendo gli spazi di autodeterminazione personale[7].

Le criticità risultano ulteriormente accentuate dall'emergere di tecnologie di manipolazione dell'immagine e del volto, quali i *deepfake*[8], che mettono in discussione l'affidabilità probatoria dei contenuti visivi e pongono nuove sfide in termini di tutela dell'identità personale, della reputazione e della veridicità dell'informazione.

A fronte di tali rischi, il dibattito dottrinale e istituzionale si è sviluppato lungo due principali direttrici interpretative: una prima, di carattere più radicale, propugna il divieto generalizzato dell'impiego dei sistemi di riconoscimento facciale, ritenendo insuperabili le criticità connesse alla tutela dei diritti fondamentali e alle disfunzionalità tecniche. Una seconda, di segno più moderato, sostiene invece la necessità di un quadro regolatorio rigoroso, idoneo a circoscrivere l'utilizzo della tecnologia entro confini giuridicamente definiti e coerenti con i principi fondamentali dell'ordinamento.

In ambito europeo, l'assenza di una disciplina organica a livello nazionale è stata progressivamente colmata dall'intervento del legislatore dell'Unione, che ha avviato un processo di regolamentazione volto a promuovere un approccio antropocentrico allo sviluppo e all'impiego dell'intelligenza artificiale[9].

Tale evoluzione normativa rappresenta un primo tentativo di ricomposizione delle tensioni tra innovazione tecnologica, esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, demandando agli Stati

[7] L. Carrer, *Black Box. Sicurezza e sorveglianza nelle nostre città*, Ledizioni, Milano, 2023.

[8] Con il termine *deepfake* si designano contenuti digitali audiovisivi generati o alterati mediante tecniche di *intelligenza artificiale*, in particolare algoritmi di *deep learning*, idonei a riprodurre in modo verosimile le sembianze o la voce di soggetti reali. Tali strumenti pongono rilevanti criticità giuridiche, soprattutto in relazione alla tutela dei diritti della personalità (immagine, identità e reputazione), alla protezione dei dati personali, nonché all'affidabilità della prova digitale e ai fenomeni di manipolazione informativa.

[9] Greens/EFA IN THE EUROPEAN PARLIAMENT, *Biometric Behavioural Mass Surveillance in EU Member States*, 2021, reperibile su http: //extranet.greens-efa.eu/public/media/file/1/7297.

membri il compito di recepire e attuare i principi stabiliti a livello sovranazionale.

In questo contesto, il diritto processuale penale si configura come un osservatorio privilegiato per l'analisi delle interazioni tra tecnologie di riconoscimento facciale e garanzie fondamentali, offrendo strumenti concettuali idonei a valutare la legittimità delle pratiche di identificazione automatizzata e a delineare modelli di disciplina compatibili con i valori costituzionali.

2. *Fondamenti tecnico-scientifici del riconoscimento facciale: struttura dei sistemi, modelli algoritmici e processi operativi*

L'evoluzione delle dinamiche sociali e la crescente articolazione delle relazioni interpersonali hanno conferito ai caratteri corporei un ruolo sempre più rilevante nei procedimenti di identificazione individuale.

Le originarie pratiche empiriche e analogiche hanno così ceduto il passo a metodologie scientifiche e tecnologiche progressivamente più strutturate, favorendo l'affermazione della biometria quale autonomo settore di studio e applicazione.

In tale contesto, l'identificazione della persona non si risolve più in un'attività meramente percettiva o descrittiva, ma costituisce l'esito di un complesso procedimento tecnico, basato sulla rilevazione, sulla misurazione e sulla modellizzazione delle caratteristiche umane, nonché sulla loro successiva elaborazione mediante sistemi automatizzati[10].

In termini generali, la biometria può essere qualificata come l'insieme delle metodologie e delle tecniche destinate alla rilevazione e all'analisi di caratteristiche biologiche, fisiologiche o comportamentali dell'individuo, suscettibili di assumere rilievo nell'ambito dei processi di riconoscimento.

Si tratta, tuttavia, di una nozione priva di un significato univoco e assiologicamente neutro, poiché la sua delimitazione varia in funzione dell'approccio teorico adottato e delle specifiche finalità applicative perseguite.

Alcune ricostruzioni privilegiano la funzione identificativa o verificativa del trattamento biometrico; altre, muovendo da una prospettiva più ampia, concepiscono la biometria come la disciplina preposta allo studio, alla misurazione e all'elaborazione dei dati corporei, anche

[10] S. Amato-F. Cristofari-S. Raciti, *Biometria. I codici a barre del corpo*, Giappichelli, Torino, 2013.

quando tali attività non siano immediatamente rivolte all'accertamento dell'identità personale.

Al di là delle differenti impostazioni definitorie, l'elemento comune è rappresentato dalla natura automatizzata del procedimento.

Il riconoscimento biometrico contemporaneo si avvale, infatti, di sistemi informatici in grado di acquisire determinate caratteristiche individuali, convertirle in rappresentazioni digitali strutturate e sottoporle a confronto, mediante procedure standardizzate, con le informazioni conservate all'interno di una base di dati.

L'automazione non integra, dunque, un profilo meramente eventuale o accessorio, ma costituisce il tratto qualificante che distingue i moderni sistemi biometrici dalle tradizionali tecniche analogiche, tuttora impiegate, seppure in via residuale, in alcune pratiche forensi di carattere manuale.

In tale prospettiva, un sistema biometrico non può essere ridotto al solo algoritmo deputato al riconoscimento, configurandosi piuttosto come un'architettura tecnologica complessa, nella quale interagiscono molteplici componenti funzionalmente coordinate.

Ne fanno parte, anzitutto, gli elementi hardware – quali sensori, telecamere e dispositivi di acquisizione – destinati alla rilevazione delle caratteristiche biometriche.

A essi si affiancano le componenti software, preposte al trattamento delle informazioni, all'estrazione dei tratti rilevanti e alla loro successiva comparazione.

Completano tale architettura i moduli firmware e le infrastrutture di rete, indispensabili per assicurare il funzionamento operativo del sistema, la trasmissione dei dati e la loro conservazione in condizioni adeguate di integrità e sicurezza.

La natura multidimensionale del sistema biometrico incide direttamente sulla qualificazione giuridica dei processi che esso governa.

Il dato biometrico non coincide con la mera caratteristica fisica o comportamentale dell'individuo, ma assume forma informatica attraverso una sequenza di operazioni tecniche che ne determinano la struttura e le modalità di utilizzo[11].

In tal senso, la biometria presenta una duplice dimensione: da un lato, essa è ancorata alla corporeità del soggetto; dall'altro, si traduce in una rappresentazione computazionale, costituita da codificazioni numeriche e modelli matematici funzionali al confronto automatizzato.

Questa duplicità distingue la biometria da altre metodologie di

[11] G. Preite, *il riconoscimento biometrico - sicurezza versus privacy*, Uni Service, Trento, 2007.

identificazione[12] e ne spiega la crescente diffusione in settori eterogenei, quali la sicurezza, la sanità, i servizi digitali e la sorveglianza.

La capacità di elaborare grandi volumi di dati in tempi estremamente ridotti consente ai sistemi biometrici di operare su scala ampia, adattandosi a contesti applicativi differenti. L'innovazione, tuttavia, non risiede nella logica identificativa in sé, che affonda le proprie radici in pratiche antropometriche consolidate, bensì nella potenza computazionale che rende possibile l'automazione sistematica dei processi di riconoscimento.

Si tratta, tuttavia, di una nozione priva di un significato univoco e assiologicamente neutro, poiché la sua delimitazione varia in funzione dell'approccio teorico adottato e delle specifiche finalità applicative perseguite.

Alcune ricostruzioni privilegiano la funzione identificativa o verificativa del trattamento biometrico; altre, muovendo da una prospettiva più ampia, concepiscono la biometria come la disciplina preposta allo studio, alla misurazione e all'elaborazione dei dati corporei, anche quando tali attività non siano immediatamente rivolte all'accertamento dell'identità personale.

Al di là delle differenti impostazioni definitorie, l'elemento comune è rappresentato dalla natura automatizzata del procedimento.

Il riconoscimento biometrico contemporaneo si avvale, infatti, di sistemi informatici in grado di acquisire determinate caratteristiche individuali, convertirle in rappresentazioni digitali strutturate e sottoporle a confronto, mediante procedure standardizzate, con le informazioni conservate all'interno di una base di dati.

L'automazione non integra, dunque, un profilo meramente eventuale o accessorio, ma costituisce il tratto qualificante che distingue i moderni sistemi biometrici dalle tradizionali tecniche analogiche, tuttora impiegate, seppure in via residuale, in alcune pratiche forensi di carattere manuale.

In tale prospettiva, un sistema biometrico non può essere ridotto al solo algoritmo deputato al riconoscimento, configurandosi piuttosto come un'architettura tecnologica complessa, nella quale interagiscono molteplici componenti funzionalmente coordinate.

Ne fanno parte, anzitutto, gli elementi hardware – quali sensori, telecamere e dispositivi di acquisizione – destinati alla rilevazione delle caratteristiche biometriche.

A essi si affiancano le componenti software, preposte al trattamen-

[12] C. Jasserand, *Legal nature of Biometric Data: from "Generic" Personal Data to Sensitive Data*, in *European data protection law review 2*, n. 3, 2016.

to delle informazioni, all'estrazione dei tratti rilevanti e alla loro successiva comparazione.

Completano tale architettura i moduli firmware e le infrastrutture di rete, indispensabili per assicurare il funzionamento operativo del sistema, la trasmissione dei dati e la loro conservazione in condizioni adeguate di integrità e sicurezza.

La natura multidimensionale del sistema biometrico incide direttamente sulla qualificazione giuridica dei processi che esso governa.

Il dato biometrico non coincide con la mera caratteristica fisica o comportamentale dell'individuo, ma assume forma informatica attraverso una sequenza di operazioni tecniche che ne determinano la struttura e le modalità di utilizzo[13].

In tal senso, la biometria presenta una duplice dimensione: da un lato, essa è ancorata alla corporeità del soggetto; dall'altro, si traduce in una rappresentazione computazionale, costituita da codificazioni numeriche e modelli matematici funzionali al confronto automatizzato.

Questa duplicità distingue la biometria da altre metodologie di identificazione[14] e ne spiega la crescente diffusione in settori eterogenei, quali la sicurezza, la sanità, i servizi digitali e la sorveglianza.

La capacità di elaborare grandi volumi di dati in tempi estremamente ridotti consente ai sistemi biometrici di operare su scala ampia, adattandosi a contesti applicativi differenti. L'innovazione, tuttavia, non risiede nella logica identificativa in sé, che affonda le proprie radici in pratiche antropometriche consolidate, bensì nella potenza computazionale che rende possibile l'automazione sistematica dei processi di riconoscimento.

Il funzionamento operativo di un sistema biometrico si articola, in termini generali, in una sequenza di fasi ricorrenti.

La prima è rappresentata dall'acquisizione del dato, mediante sensori idonei a rilevare la caratteristica biometrica di interesse. Segue la fase di pre-elaborazione, volta a normalizzare il dato acquisito e a ridurre eventuali disturbi o variazioni non significative.

Successivamente, il sistema procede all'estrazione delle caratteristiche distintive, che vengono trasformate in un modello digitale.

Tale modello è quindi confrontato con uno o più profili biometri-

[13] G. Preite, *il riconoscimento biometrico - sicurezza versus privacy*, Uni Service, Trento, 2007.

[14] C. Jasserand, *Legal nature of Biometric Data: from "Generic" Personal Data to Sensitive Data*, in *European data protection law review 2*, n. 3, 2016.

ci presenti in una banca dati, al fine di determinare un grado di corrispondenza[15].

L'esito del confronto non consiste, di regola, in un giudizio binario di identità, bensì in un risultato probabilistico, espresso in termini di similarità o distanza tra modelli. Ne deriva che il riconoscimento biometrico non garantisce, ex post, un'identificazione certa, ma opera secondo soglie di accettazione e criteri di verosimiglianza, la cui determinazione assume rilievo decisivo sotto il profilo tecnico e giuridico. L'affidabilità del sistema dipende, pertanto, non solo dalla qualità dei dati acquisiti, ma anche dalle scelte progettuali che regolano le modalità di elaborazione e di decisione.

L'impiego di algoritmi di intelligenza artificiale e di apprendimento automatico ha ulteriormente accentuato tale complessità.[16] Questi strumenti consentono ai sistemi biometrici di migliorare le proprie prestazioni nel tempo, adattandosi a nuovi dati e a contesti variabili. Al contempo, essi introducono elementi di opacità decisionale che incidono sulla trasparenza e sulla verificabilità dei processi di riconoscimento, ponendo interrogativi rilevanti in ordine alla loro regolamentazione[17].

La pluralità di definizioni adottate da organismi nazionali e sovranazionali testimonia l'assenza di un linguaggio tecnico-giuridico pienamente armonizzato in materia di biometria. Tale frammentazione concettuale si riflette nella disomogeneità delle discipline normative e nella difficoltà di individuare standard operativi condivisi. In risposta a questa esigenza, sono stati avviati tentativi di sistematizzazione terminologica, volti a distinguere, in modo coerente, tra dato biometrico, sistema biometrico e processo di riconoscimento.

In questa cornice, il dato biometrico[18] può essere inteso come l'informazione derivata da caratteristiche biologiche o comportamentali di un individuo, dalla quale possono essere estratte caratteristiche

[15] A. Iannuzzi - F. Filosa, *il trattamento dei dati genetici e biometrici*, in Dirittifondamentali.it, 2019.

[16] A. Carcaterra, *Lo stato dell'arte tecnologico, relazione all'incontro di studio su «Gli strumenti dell'intelligenza artificiale e l'attività giudiziaria»* (Scuola Superiore della Magistratura, Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione, 30 settembre 2025): il documento audiovisivo del contributo è consultabile sul canale YouTube «formazione decentrata cassazione».

[17] M. Versiglioni, *Codice Versiglioni e Verità aumentata-mv. Una teoria generale del diritto che c'è (e che forse sarà)*, in V. Mastroiacovo, (a cura di) *Giocare con altri dadi. Giustizia e predittività dell'algoritmo*, Torino, 2024, 291 ss.

[18] C. Jasserand, *Legal nature of Biometric Data: from "Generic" Personal Data to Sensitive Data*, in *European data protection law review 2*, n. 3, 2016.

biometriche ripetibili ai fini del riconoscimento. Il riconoscimento biometrico, a sua volta, si configura come il processo automatizzato di comparazione tra tali caratteristiche, finalizzato alla verifica o all'identificazione di una persona[19]. L'insistenza sull'automazione conferma che la *ratio* della disciplina non risiede nella mera raccolta del dato, ma nel suo trattamento mediante sistemi tecnologici complessi.

Orbene, l'inquadramento tecnico-scientifico della biometria evidenzia come essa costituisca una disciplina intrinsecamente interdisciplinare e dinamica, il cui funzionamento operativo dipende dall'interazione tra elementi biologici e computazionali. Tale carattere impone, *ex ante*[20], un approccio regolatorio consapevole delle specificità tecniche dei sistemi biometrici, al fine di evitare semplificazioni concettuali che rischierebbero di compromettere l'efficacia e la legittimità del loro impiego.

3. *Biometria facciale e diritti fondamentali: ricadute sistemiche e profili di tutela*

L'impiego delle tecnologie di riconoscimento facciale nel contesto dell'azione pubblica, e in particolare nell'ambito penale e di sicurezza, pone in evidenza una trasformazione profonda delle modalità attraverso cui il potere incide sulla sfera individuale. Tali strumenti, per loro natura, non si limitano a operare come mezzi tecnici di identificazione, ma introducono forme di controllo che si collocano lungo confini giuridici tradizionalmente presidiati dalle garanzie della libertà personale e della riservatezza. La loro intrusività non deriva necessariamente da un intervento fisico diretto sulla persona, bensì dalla capacità di inserire l'individuo all'interno di processi automatizzati di osservazione, analisi e classificazione.

In questa prospettiva, la libertà personale non può essere ridotta alla sola assenza di coercizione materiale. Una lettura evolutiva della garanzia costituzionale, già accolta dalla giurisprudenza, valorizza la

[19] J. Wayman, *Biometric Systems, technology, Design and Performance Evaluation*, Springer, London, 2004.

[20] Menna, *Intelligenza artificiale e controllo contenutistico delle "forme" di produzione dei suoi outputs conoscitivi*, in *Arch. pen*., 3, 2024, secondo cui in termini di verifica logico formale, rispetto all'intelligenza generativa, bisognerebbe concentrarsi non tanto sul riscontro *ex ante* della macchina, visto che il percorso di connessioni logico formali e le analogie operate dal sistema operativo mutano, ma sulla possibilità di riscontro ex post del percorso conoscitivo operato dalla macchina.

dimensione psichica e morale della libertà, intesa come espressione dell'autodeterminazione dell'essere umano e come protezione della dignità della persona. La libertà personale si configura, così, come diritto inviolabile che non si esaurisce nella tutela dell'integrità fisica o della libertà di movimento, ma si estende alla piena gestione della propria identità e alla possibilità di non essere assoggettati a forme di controllo degradanti o mortificanti.

Il riconoscimento facciale automatizzato[21] si inserisce in questo quadro come tecnologia capace di incidere sul modo in cui l'individuo percepisce ed esercita la propria libertà. L'acquisizione dell'immagine del volto, specie se effettuata in modo sistematico e generalizzato, consente una tracciabilità potenzialmente continua delle persone, idonea a produrre effetti dissuasivi sull'esercizio di diritti e libertà fondamentali. La consapevolezza di poter essere identificati in ogni momento, anche ex post, può indurre comportamenti di autocontrollo e di adattamento che alterano la spontaneità delle condotte individuali, configurando un fenomeno di compressione indiretta della libertà.

Particolarmente rilevante è la distinzione tra riconoscimento facciale in tempo reale e riconoscimento differito[22]. Sebbene tale distinzione assuma rilievo sul piano tecnico-operativo, essa non esaurisce la valutazione giuridica dell'impatto sui diritti fondamentali. Entrambe le modalità, se utilizzate su larga scala o in contesti sensibili, sono in grado di produrre effetti di sorveglianza diffusa, incidendo sulla libertà personale e sulla libertà morale dell'individuo. La differenza tra le due forme di impiego appare, pertanto, più quantitativa che qualitativa, essendo circoscritta al momento in cui avviene la comparazione dei dati biometrici.

Nel contesto processuale penale, tali criticità si intrecciano con il principio del nemo tenetur se detegere. Tradizionalmente, tale principio è stato inteso come divieto di costringere l'indagato o l'imputato a collaborare attivamente alla propria incriminazione. Tuttavia, l'impiego di strumenti biometrici automatizzati consente l'acquisizione di informazioni identificative anche in assenza di qualsiasi comportamento volontario dell'interessato. Il volto, esposto nello spazio pubblico, diviene una fonte di prova potenziale, suscettibile di essere analizzata e confrontata senza il coinvolgimento attivo del soggetto.

[21] G. Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

[22] C. Borgia, *Profili sistematici delle tecnologie di riconoscimento facciale automatizzato, anche alla luce dei futuribili sviluppi sul fronte eurounitario*, in *Leg. Pen*., 2021.

Questa dinamica sollecita una riflessione sul significato stesso della collaborazione processuale. Se è vero che la giurisprudenza ha ammesso, in determinate condizioni, l'esecuzione di rilievi corporei senza il consenso dell'interessato, è altrettanto vero che il riconoscimento facciale automatizzato si distingue per la sua capacità di operare in modo silente, retrospettivo e massivo[23]. L'assoggettamento dell'individuo a un processo di identificazione algoritmica può produrre effetti giuridici rilevanti senza che egli sia posto nella condizione di opporsi o di esercitare un controllo effettivo sulle modalità del trattamento.[24]

In tale scenario, assume particolare rilievo il divieto di ricorso a tecniche idonee a incidere sulla libertà morale dell'individuo[25], sancito dall'art. 188 c.p.p. La norma esprime un principio di fondo dell'ordinamento processuale, volto a impedire l'utilizzo di metodi capaci di alterare la capacità di autodeterminazione, di valutazione o di reazione del soggetto. Sebbene il riconoscimento facciale non comporti, di regola, una manipolazione psichica diretta, alcune applicazioni avanzate – quali quelle orientate all'analisi delle emozioni o alla ricostruzione di tratti della personalità – rischiano di avvicinarsi pericolosamente a tali forme di interferenza.

La problematicità di tali strumenti è accentuata dalla contestata affidabilità scientifica[26] delle tecniche di analisi facciale finalizzate all'inferenza di stati emotivi o intenzionali. Numerosi studi hanno evidenziato l'assenza di un nesso stabile e replicabile tra micro-espressioni del volto e stati mentali complessi, come la menzogna. L'eventuale impiego processuale di tali metodologie si porrebbe, dunque, in tensione non solo con le garanzie della libertà morale, ma anche con i principi di razionalità e affidabilità della prova.

Il ricorso al riconoscimento facciale solleva, inoltre, questioni di compatibilità con il principio di legalità e con la riserva di legge e di giurisdizione in materia di libertà personale[27]. L'incidenza di tali tecnologie sui diritti fondamentali impone l'esistenza di una base normativa chiara, puntuale e tassativa, che ne definisca presupposti, finalità

[23] F. Nicolicchia, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020.

[24] G. Di Paolo, *"Tecnologie del controllo" e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione,* Cedam, Padova, 2008.

[25] L. Parlato, *libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali,* in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Giuffrè, Milano, 2019.

[26] T. Alesci, *Il corpo umano fonte di prova*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2017.

[27] P. Barile, *diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984.

e modalità di utilizzo. In assenza di una disciplina rigorosa, il rischio è quello di attribuire all'autorità pubblica un potere discrezionale eccessivamente ampio, con conseguente vulnerabilità delle posizioni soggettive[28].

Solo un approccio consapevole delle specificità tecniche di tali strumenti, accompagnato da un solido apparato di garanzie *ex ante*, può evitare che l'innovazione tecnologica si traduca in una compressione indebita dei diritti fondamentali e in un indebolimento dei principi dello Stato di diritto.

4. *Il quadro normativo del riconoscimento facciale tra ordinamento interno e diritto dell'Unione europea*

L'accertamento dei rischi connessi all'impiego delle tecnologie di riconoscimento facciale, in termini di incidenza sui diritti fondamentali e sulle garanzie processuali, rende imprescindibile una riflessione sistematica sulla cornice regolatoria entro cui tali strumenti sono destinati a operare[29]. La questione non attiene soltanto alla legittimità dei singoli utilizzi, ma investe la capacità dell'ordinamento di governare un fenomeno tecnologico caratterizzato da un'elevata pervasività e da una rapida evoluzione. In tale prospettiva, il problema centrale consiste nel verificare se e in che misura il diritto positivo, nazionale e sovranazionale, sia in grado di offrire criteri chiari, prevedibili e coerenti per disciplinare l'uso di tali tecnologie, evitando soluzioni frammentarie o meramente reattive[30].

Nel contesto interno, il dato che emerge con maggiore evidenza è l'assenza di una disciplina organica espressamente dedicata al riconoscimento facciale. L'ordinamento italiano si è confrontato con tali tecnologie attraverso interventi settoriali e spesso indiretti, facendo ricorso a norme concepite per contesti differenti. Emblematica, in tal

[28] L. Parlato, *libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali, in* L. Kalb (a cura di) *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Giuffrè, Milano, 2019.

[29] G. Mobilio, *op. cit.*

[30] V. Maffeo - G. Tessitore, *L'intelligenza artificiale nel giusto processo: impatto sulle indagini e nel contesto transnazionale*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 305.

senso, è l'esperienza del Sistema Automatico di Riconoscimento delle Immagini (SARI)[31], sviluppato in ambito di pubblica sicurezza e oggetto di un acceso dibattito istituzionale[32]. L'utilizzo di tale sistema ha evidenziato una tensione strutturale tra esigenze investigative e carenza di una base normativa puntuale, idonea a delimitare presupposti, finalità e modalità operative del trattamento.

In questo quadro si colloca il c.d. decreto "capienze", che ha introdotto una sospensione temporanea dell'impiego di sistemi di riconoscimento facciale in determinati contesti, salvo specifiche eccezioni. L'intervento normativo, pur rispondendo all'esigenza immediata di contenere i rischi derivanti da un uso non regolato della tecnologia, appare sintomatico di un approccio emergenziale, più orientato a congelare il fenomeno che a disciplinarlo in modo strutturale.[33] La scelta di affidarsi a misure transitorie rivela, infatti, una certa inerzia del legislatore nel confrontarsi in modo sistematico con le implicazioni di lungo periodo del riconoscimento facciale.

La frammentarietà della risposta interna risulta ancor più evidente se confrontata con l'evoluzione del quadro sovranazionale. A livello europeo, la riflessione sul riconoscimento facciale[34] si è sviluppata lungo due direttrici principali: da un lato, la tutela dei diritti fondamentali, dall'altro, la necessità di promuovere un uso responsabile e affidabile dell'intelligenza artificiale. In tale contesto, le iniziative del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea hanno contribuito a delineare principi comuni, pur nella diversità degli strumenti adottati.

Particolare rilievo assume il percorso avviato in seno al Consiglio

[31] Per un approfondimento sul provvedimento cfr. R. Lopez, *Videosorveglianza biometrica tramite riconoscimento facciale: parere negativo del Garante per la privacy*, in *Proc. pen e giust*., 2022.

[32] Il Sistema Automatico di Riconoscimento delle Immagini (SARI) è una tecnologia di riconoscimento facciale adottata dalla Polizia di Stato che consente il confronto automatizzato tra immagini acquisite (ad es. da sistemi di videosorveglianza) e fotografie contenute in banche dati istituzionali, mediante l'elaborazione di template biometrici del volto.

[33] E.C. Raffiotta - M. Baroni, *intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità,* in *BioLaw Journal-Riv. BioDir*., 2022.

[34] J. Della Torre, *Algoritmi di facial recognition e procedimento penale,* in I. Micheli (a cura di), *Ragioni Comuni 2019-2020. Risultati delle attività progettuali realizzate tramite assegni di ricerca finanziati dalla Regione Friuli-Venezia Giulia ai sensi della LR 34/2015, art. 5, c. 29-33*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2023. J. Della Torre, *Quale spazio per i tools di riconoscimento facciale nella Giustizia penale?* in *Intelligenza penale e processo penale*, a cura di G. Di Paolo, L. Presacco, Trento 2022, p. 7 ss.

d'Europa, che ha progressivamente ricondotto le tecnologie di riconoscimento biometrico all'interno di una più ampia riflessione sul rapporto tra intelligenza artificiale, diritti umani, democrazia e Stato di diritto. Tale approccio si caratterizza per l'insistenza sulla necessità di preservare la centralità della persona, subordinando l'uso delle tecnologie di sorveglianza al rispetto dei principi di legalità, proporzionalità e necessità. La prospettiva adottata non è meramente proibitiva, ma mira a costruire uno schema di garanzie *ex ante*, capace di orientare lo sviluppo tecnologico in modo compatibile con i valori fondamentali.

Sul versante dell'Unione europea, il tentativo più ambizioso di sistematizzazione è rappresentato dal regolamento sull'intelligenza artificiale[35]. Per la prima volta, il legislatore europeo ha introdotto una classificazione dei sistemi di IA basata sul livello di rischio, collocando il riconoscimento biometrico a distanza tra le applicazioni più sensibili. Tale scelta segna un punto di svolta, poiché riconosce esplicitamente la capacità di tali strumenti di incidere in modo significativo sui diritti fondamentali.

Il regolamento distingue, in particolare, tra sistemi di riconoscimento biometrico a distanza in tempo reale e sistemi utilizzati a posteriori. Sebbene entrambi siano assoggettati a un regime stringente, il riconoscimento in tempo reale è sottoposto a un divieto generale, temperato da eccezioni rigorosamente tipizzate, legate a finalità di sicurezza pubblica di eccezionale rilevanza[36].

Questa impostazione riflette la consapevolezza del legislatore europeo circa il potenziale intrusivo di tali tecnologie, soprattutto quando impiegate in spazi pubblici e nei confronti di una pluralità indeterminata di soggetti.

Al tempo stesso, la previsione di eccezioni e di margini di flessibilità pone interrogativi rilevanti sul piano applicativo[37]. Il rischio è che la differenziazione tra riconoscimento in tempo reale e riconoscimen-

[35] Artificial Intelligence Act (Regolamento (UE) 2024/1689), entrato in vigore il 1° agosto 2024, introduce un quadro normativo armonizzato fondato su un approccio risk-based alla disciplina dei sistemi di IA, prevedendo divieti per pratiche a rischio inaccettabile, obblighi stringenti per i sistemi ad alto rischio e requisiti di trasparenza per quelli a rischio limitato, con l'obiettivo di garantire sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e certezza giuridica nel mercato interno.

[36] S. Quattrocolo, *intelligenza artificiale e giustizia nella cornice della guardia etica europea. Gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche,* in *Leg. pen.*, 2018

[37] M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assestment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont. online*, 2019.

to differito venga utilizzata come criterio meramente formale, idoneo a giustificare pratiche di sorveglianza estesa attraverso l'uso sistematico di analisi *ex post*. In tal senso, la distinzione temporale, pur rilevante, non esaurisce la valutazione dell'impatto complessivo della tecnologia, che deve essere condotta alla luce degli effetti sostanziali prodotti sulla collettività.

Un ulteriore profilo critico riguarda le ricadute della regolamentazione europea sulla cooperazione di polizia e sui sistemi di scambio e circolazione dei dati. L'interoperabilità delle banche dati biometriche e la crescente integrazione tra sistemi informativi nazionali e sovranazionali amplificano la portata del riconoscimento facciale, rendendo sempre più labile il confine tra utilizzo interno e dimensione transfrontaliera[38]. In assenza di un coordinamento effettivo tra le diverse fonti normative, il rischio è quello di creare asimmetrie applicative e zone d'ombra difficilmente conciliabili con il principio di certezza del diritto.

I tentativi di regolamentazione del riconoscimento facciale rivelano, si conseguenza, un quadro ancora in fase embrionale, caratterizzato da una tensione costante tra esigenze di sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e promozione dell'innovazione tecnologica[39]. La dimensione sovranazionale offre oggi un riferimento imprescindibile per superare la frammentarietà degli approcci nazionali, ma non esonera il legislatore interno dalla responsabilità di tradurre tali principi in norme chiare e operative. Solo un sistema armonizzato di regole, fondato su garanzie *ex ante* e su un controllo effettivo dell'uso delle tecnologie, può evitare che il riconoscimento facciale si trasformi da strumento di supporto all'azione pubblica in fattore di erosione strutturale dei diritti fondamentali.

5. *La comparazione algoritmica dei volti nel procedimento penale: qualificazione giuridica e utilizzabilità probatoria*

La progressiva diffusione di sistemi di comparazione automatizzata fra volti impone una riflessione approfondita sulla loro collocazione all'interno dell'attuale assetto codicistico, con particolare riguardo al diritto processuale penale. Come già emerso nei capitoli precedenti, l'ordinamento non dispone di una disciplina espressamente concepita

[38] G. De Gregorio - P. Dunn, *the European risk based approaches: Connecting constitutional dots in the digital age,* in *Common Market Law Review*, 2022.

[39] A. Vele, *Identificazione, intelligenza artificiale e riconoscimento facciale ai sensi dell'art. 349 c.p.p.*, in *Arch. Pen.* (web), 1/2026.

per governare tali strumenti; ne consegue la necessità di individuare, attraverso un'operazione interpretativa sistematica, le coordinate processuali entro cui la comparazione biometrica possa essere legittimamente utilizzata. Il problema non è meramente classificatorio, ma investe la natura stessa dell'attività di riconoscimento e il suo valore probatorio[40].

Un primo nodo concerne l'acquisizione dei volti a fini di comparazione. La captazione dell'immagine del volto può avvenire secondo modalità eterogenee, che spaziano dalla ripresa in contesti pubblici all'estrazione di frame da sistemi di videosorveglianza, fino all'utilizzo di immagini già presenti in archivi o banche dati.[41] Tali operazioni, pur potendo apparire tecnicamente neutre, assumono rilievo giuridico autonomo, poiché costituiscono il presupposto materiale dell'intero procedimento comparativo. L'assenza di una disciplina specifica impone di ricondurre tali attività alle categorie generali degli atti di acquisizione della prova, valutandone la compatibilità con i principi di legalità, proporzionalità e tutela dei diritti fondamentali.

La questione si complica ulteriormente quando si considera la trasformazione dell'immagine del volto in una rappresentazione digitalizzata.[42] In questa fase, il volto cessa di essere un mero dato visivo per assumere la forma di un modello matematico, elaborato attraverso algoritmi di estrazione di caratteristiche. Tale passaggio segna il definitivo ingresso della comparazione facciale nel *genus* della prova digitale[43], con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di affidabilità, verificabilità e controllabilità del procedimento. Il dato biometrico non è più semplicemente osservabile, ma è mediato da un sistema tecnico che ne condiziona la formazione e l'interpretazione[44].

In questo contesto, si pone l'interrogativo se la comparazione automatizzata fra volti debba essere qualificata come nuovo metodo di prova o come nuovo trattamento di materiali probatori già esistenti.

[40] G. Galluccio Mezio, *Tecnologie di riconoscimento facciale: una riflessione sul loro impiego con finalità investigative e probatorie*, in *Cass. pen.*, 2, 2025.

[41] A. Marandola, *il riconoscimento facciale*, in C. Conti, A. Marandola, *La prova scientifica*, Giuffrè, Milano, 2023.

[42] E. Sacchetto, *Face to face: il complesso rapporto tra automated facial recognition technology e processo penale*, in Leg. pen., 2020.

[43] G. Rossi, *Digital Evidence e Intelligenza artificiale nel processo penale italiano*, in annali dip. Giuridico Unimol, fascicolo, Napoli; *ex multis* L. Cuomo, *La prova digitale*, in G. Canzio - L. Luparia (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2017.

[44] E. Sacchetto, *spunti per una riflessione sul rapporto fra biometria e processo penale,* in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.,* 2, 2019.

La distinzione non è priva di rilievo, poiché incide sulla disciplina applicabile e sul grado di garanzie richieste. L'orientamento più prudente tende a escludere che si tratti di una prova in senso stretto, riconducendo la comparazione biometrica a un'attività di elaborazione tecnica a posteriori di dati legittimamente acquisiti. Tuttavia, tale impostazione rischia di sottovalutare la portata innovativa dello strumento, che non si limita a rielaborare un dato, ma produce un risultato nuovo, fondato su un calcolo probabilistico[45].

La modalità applicativa a posteriori presenta, infatti, caratteristiche peculiari. Il riconoscimento facciale effettuato su immagini già disponibili consente di identificare un soggetto senza alcuna interazione diretta con l'interessato, collocando l'attività investigativa in una dimensione retrospettiva che sfugge alle tradizionali garanzie previste per gli atti compiuti in *praesentia*[46]. Ciò solleva interrogativi sulla qualificazione di tale attività come prova atipica e sulla necessità di assicurare, anche in questa fase, il rispetto del requisito della libertà morale, intesa come assenza di interferenze indebite nella capacità di autodeterminazione del soggetto.

Il problema assume contorni ancora più complessi nella modalità applicativa in tempo reale. In questo caso, la comparazione automatizzata opera contestualmente alla captazione dell'immagine, consentendo l'identificazione immediata di un individuo all'interno di un flusso continuo di persone. Tale forma di utilizzo accentua il carattere intrusivo della tecnologia e rende più stringente l'esigenza di una base normativa chiara e tassativa[47]. La comparazione in tempo reale non si limita a produrre un'informazione ex post, ma incide direttamente sulla libertà di movimento e sulla percezione di essere costantemente sottoposti a controllo, con effetti che possono travalicare il singolo procedimento penale.

Un ulteriore profilo critico riguarda la capacità dimostrativa del match biometrico. Il risultato della comparazione automatizzata non è un'affermazione di identità in senso assoluto, ma l'espressione di un grado di similarità tra due modelli. La forza probatoria del *match* dipende, pertanto, dalla soglia di accettazione impostata dal sistema, dalla qualità dei dati di input e dagli algoritmi utilizzati[48]. Ne deriva

[45] P. Rivello, Tecniche scientifiche e processo penale, in Cass. pen., 4, 2013.

[46] S. Signorato, *Le indagini digitali, profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018.

[47] S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, *in Cass. pen*., 2, 2015.

[48] G. Costabile, *digital forensics & digital investigation: classificazione, tecniche e*

che il *match* biometrico non può essere considerato, *in re ipsa*, una prova piena, ma deve essere valutato come elemento indiziario, suscettibile di corroborazione mediante ulteriori riscontri.

In tale prospettiva, assume particolare rilievo il calcolo del rapporto di verosimiglianza, che consente di esprimere in termini probabilistici il valore del risultato comparativo. L'utilizzo di metriche statistiche raffinate può contribuire a una valutazione più rigorosa dell'attendibilità del *match*, ma introduce al contempo ulteriori livelli di complessità tecnica, difficilmente accessibili agli operatori giuridici. Ciò rende imprescindibile la possibilità di sottoporre il procedimento comparativo a un controllo effettivo, attraverso la trasparenza degli algoritmi e la verificabilità delle scelte metodologiche adottate.

Nel quadro codicistico vigente, la comparazione automatizzata fra volti si colloca, dunque, in una zona grigia, in cui le categorie tradizionali della prova mostrano evidenti limiti di adattamento. La tentazione di ricondurre tali strumenti a schemi noti, senza una riflessione critica sulla loro specificità, rischia di compromettere le garanzie processuali e di attribuire alla tecnologia un ruolo surrettiziamente decisorio. Al contrario, una corretta qualificazione della comparazione biometrica richiede di riconoscerne la natura probabilistica e mediata, evitando letture semplificatrici della sua capacità dimostrativa.

L'attuale assetto codicistico non appare, dunque, pienamente attrezzato per governare la comparazione automatizzata fra volti. L'assenza di coordinate normative chiare impone un uso particolarmente prudente di tali strumenti, fondato su un rigoroso controllo giudiziale e su una valutazione critica del loro valore probatorio. Solo un intervento legislativo mirato, capace di tenere conto delle specificità tecniche della comparazione biometrica, potrà colmare le lacune esistenti e assicurare un equilibrio adeguato tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali.

6. *Riconoscimento facciale e intelligenza artificiale: inquadramento concettuale e questioni giuridiche*

Il riconoscimento facciale rappresenta uno degli ambiti in cui l'impiego di sistemi di IA manifesta con maggiore evidenza la propria capacità di incidere su categorie giuridiche tradizionali. La difficoltà

linee guida nazionali e internazionali, in S. Aterno - F. Cajani - G. Costabile - D. Curtotti (a cura di), *Cyber forensics e indagini digitali. Manuale teorico- giuridico e casi pratici*, Giappichelli, Torino, 2021.

di ricondurre tali tecnologie entro definizioni univoche[49] non costituisce un mero problema terminologico, ma riflette una tensione più profonda tra l'evoluzione tecnica dei sistemi automatizzati e la struttura concettuale del diritto.[50] Chiarire se, e in che misura, il riconoscimento facciale debba essere qualificato come applicazione dell'intelligenza artificiale è, pertanto, un passaggio preliminare indispensabile per valutarne le implicazioni giuridiche.

Sul piano tecnico, il riconoscimento facciale si fonda su una pluralità di strumenti eterogenei, che spaziano da semplici algoritmi di comparazione a sistemi complessi di apprendimento automatico. Non ogni tecnologia di riconoscimento facciale incorpora necessariamente meccanismi di intelligenza artificiale *strictu sensu*. Tuttavia, l'evoluzione più recente del settore mostra una crescente integrazione di modelli di *machine learning*[51] e, in particolare, di *deep learning*[52], capaci di apprendere da grandi quantità di dati e di adattare le proprie prestazioni nel tempo. È soprattutto questa capacità di apprendimento e di generalizzazione che giustifica l'inclusione del riconoscimento facciale tra i sistemi di intelligenza artificiale, almeno nelle sue applicazioni più avanzate.

[49] F. Petrillo, *Prova e giudizio predittivo nel linguaggio giuridico informatizzato dell'AI*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 151.

[50] G. Paolozzi, *Relazione introduttiva*, in L. Luparia - L. Marafioti - G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2019.

[51] Il *machine learning* è un sottoinsieme dell'intelligenza artificiale che sviluppa algoritmi capaci di apprendere schemi e relazioni dai dati, migliorando le proprie prestazioni in un compito specifico senza essere esplicitamente programmati per ogni singola regola; l'apprendimento avviene tramite modelli statistico-matematici che ottimizzano parametri interni sulla base dell'esperienza (dati di addestramento), con applicazioni che spaziano dalla classificazione alla previsione, fino al riconoscimento di pattern complessi.

[52] Il *deep learning* è una sotto area del *machine learning* che utilizza reti neurali artificiali multilivello (con numerosi strati nascosti) per modellare rappresentazioni gerarchiche dei dati; attraverso tecniche di ottimizzazione come la retro propagazione dell'errore (*back propagation*), questi modelli apprendono automaticamente caratteristiche complesse a partire da grandi quantità di dati, risultando particolarmente efficaci in ambiti quali visione artificiale, elaborazione del linguaggio naturale e riconoscimento vocale.

Dal punto di vista giuridico, l'assenza di una definizione universalmente condivisa di intelligenza artificiale ha contribuito a un uso spesso disomogeneo del concetto. In ambito normativo, l'IA viene talora intesa in senso ampio, come insieme di tecniche informatiche idonee a simulare funzioni cognitive umane; in altri casi, il riferimento è più circoscritto a sistemi capaci di autonomia decisionale[53]. Questa oscillazione definitoria incide direttamente sulla qualificazione del riconoscimento facciale, che può essere percepito alternativamente come semplice strumento tecnico di supporto o come sistema decisionale automatizzato con rilevanti effetti giuridici[54].

La qualificazione del riconoscimento facciale come sistema di intelligenza artificiale comporta conseguenze rilevanti sul piano delle garanzie. In *primis*, essa richiama l'attenzione sulla dimensione algoritmica del processo decisionale[55]: il risultato del riconoscimento non è frutto di una valutazione umana immediata, ma di un'elaborazione computazionale fondata su modelli statistici e probabilistici.[56] Ne deriva che l'atto giuridicamente rilevante non coincide con una decisione in senso tradizionale, bensì con l'utilizzo di un output algoritmico come base per ulteriori determinazioni[57]. Questo slittamento solleva

[53] A. De Caro - G. Rossi, *Intelligenza artificiale e giusto processo: itinerari e prospettive tra AI Act e legge n. 132 del 2025*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 15.

[54] M. Caianiello, *Potenzialità e rischi derivanti dall'interazione tra I.A. e giustizia penale preventiva*, in AA.VV., U. Ruffolo (a cura di), XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale, Torino, 2021, p. 267.

[55] G. Sartor-F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto, in Intelligenza artificiale - il diritto, i diritti, l'etica*, 2020, p. 77.

[56] M. Menna - P. Raucci - A. Vele, *Intelligenza artificiale nel processo penale: preparazione, ammissione e acquisizione della prova tra probabilità e verifica logica* in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 63.

[57] G. Romeo, *Il dato digitale e la natura delle cose*, in Diritto, interessi, ermeneutica, a cura di Ballarini, Torino, 2015, p. 98.

interrogativi sulla trasparenza, sulla spiegabilità e sulla controllabilità del processo.

In tale contesto, uno dei principali nodi problematici riguarda l'opacità dei sistemi di intelligenza artificiale[58]. I modelli di apprendimento automatico, soprattutto quelli basati su reti neurali profonde, presentano una struttura interna difficilmente intelligibile anche per gli esperti. La difficoltà di ricostruire il percorso logico che conduce a un determinato risultato compromette la possibilità di esercitare un controllo effettivo sulla correttezza del procedimento.[59] Sul piano giu-

[58] Per un'analisi critica dei rischi algoritmici, cfr. C. Eubanks, *Automating Inequality: How HighTech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, St. Martin's Press, New York, 2018.

[59] A tal riguardo, G. Comandé, *Intelligenza artificiale e giustizia: la sfida dei diritti fondamentali*, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 1, 2022, p. 121-145. Sull'intelligenza predittiva e riflessione sui valori fondamentali cfr., Ubertis, Intelligenza artificiale e giustizia predittiva, in *Sist. pen*., 2023. Sulle diverse criticità della giustizia predittiva v., altresì, il recente contributo di AA.VV., *Intelligenza artificiale e processo penale*, a cura di Di Paolo e Presacco, Trento, 2022 (con contributi di Quattrocolo, Della Torre, Lasagni, Presacco, Maldonato e di Barone), *Giustizia predittiva e certezza del diritto*, Roma, 2024, 9 ss.; sul tema cfr. anche Barone, Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del parlamento europeo. Considerazioni a margine della risoluzione del parlamento europeo del 6 ottobre, 2021, in Cass. pen., 2022, 3, 1182; Contissa, Lasagni, Sartor, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) gli algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in Riv. trim. diritto di internet, 2009, 4, 619 ss.; Gialuz, *Quando il processo penale incontra l'intelligenza artificiale: luci ed ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Sist. Pen.* (web), 2019; Kostoris, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in *Sist. Pen.*, 2021, 1 ss.; ID., Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale, in Discrimen, 5 febbraio 2024, 1 ss.; Luparia - Donati, *Prova giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura*, in *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, a cura di Sallantin e Szxczeciniarz, Milano, 2005; Palesu, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Arch. pen*., 2022, 1; Polidoro, *Tecnologie informatiche e procedimento penale: la giustizia penale "messa alla prova" dall'intelligenza artificiale*, in *Arch. pen*., 2020, 3, 1 ss.; Quattrocolo, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo Espanola de Derecho Procesal*, 2019, 2 ss.; Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in Discrimen, 15 maggio 2020, 1; Nagni, *Artificial intelligence, l'innovativo rapporto di (in)compatibilità tra machina sapiens e processo penale*, in Sist. pen., 2021, 7, 5 ss.; Scerbo, *Equilibrio tra esigenze di tutela della sicurezza collettiva e tutela delle libertà fondamentali. Nuove tecnologie nella giustizia penale? A.I. (artificial intelligence), Trojan horse (captatore infomatico) e gestione dei dati da parte dell'autorità come case studies*, in Arch. pen., 2004, 1, 1 ss.; Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artifi-*

ridico, ciò si traduce in una potenziale compressione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, soprattutto quando il riconoscimento facciale viene utilizzato in ambito penale o amministrativo sanzionatorio.

Un ulteriore profilo di criticità concerne la questione della responsabilità[60]. L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nel riconoscimento facciale frammenta il processo decisionale tra diversi attori: sviluppatori degli algoritmi, fornitori dei sistemi, amministrazioni utilizzatrici. Questa pluralità di soggetti rende complessa l'individuazione del centro di imputazione giuridica in caso di errori, discriminazioni o violazioni dei diritti fondamentali[61]. La tradizionale imputazione della responsabilità all'autorità che adotta il provvedimento rischia di risultare insufficiente, se non accompagnata da meccanismi di *accountability* che tengano conto del ruolo svolto dalla tecnologia[62].

La qualificazione del riconoscimento facciale come sistema di intelligenza artificiale impone, inoltre, di confrontarsi con il tema dei *bias* algoritmici[63]. Numerose ricerche hanno evidenziato come i sistemi di riconoscimento facciale possano presentare margini di errore significativamente differenziati in relazione a fattori quali il genere, l'età o l'origine etnica. Tali distorsioni non sono il risultato di un intento discriminatorio consapevole, ma derivano spesso dalla composizio-

ciale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo, in Riv. dir. proc., 2020, 605; ID., *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana,* ivi, 2021, 101.

[60] V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 547 e ss.

[61] P. Ziccardi, *Giustizia predittiva e processo penale: opportunità, rischi e garanzie*, in Diritto penale contemporaneo, 2020.

[62] G. Di Chiara - B. Alongi, *Decisioni assistite. Tessitura della motivazione e garanzie costituzionali nella Generative AI Era*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 107.

[63] Per *bias algoritmico* si intende una distorsione sistematica nei sistemi di decisione automatizzata che produce effetti discriminatori o iniqui, generalmente riconducibili a dati di addestramento non rappresentativi, a pregiudizi storici incorporati o a scelte progettuali e metriche di ottimizzazione non neutrali. Il fenomeno rileva sotto il profilo giuridico in quanto può integrare ipotesi di discriminazione diretta o indiretta in settori quali lavoro, credito e identificazione biometrica.

ne dei *dataset* utilizzati per l'addestramento degli algoritmi[64]. Ciò non attenua, tuttavia, la rilevanza giuridica del problema, poiché l'effetto discriminatorio si manifesta comunque sul piano sostanziale[65].

In questa prospettiva, l'intelligenza artificiale non può essere considerata un elemento neutro del processo di riconoscimento facciale. Al contrario, essa contribuisce a modellare l'esito dell'operazione e, di conseguenza, a incidere sulle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti[66]. Il diritto è chiamato, pertanto, a interrogarsi non solo sulla liceità dell'uso della tecnologia, ma anche sulle condizioni strutturali che ne garantiscono un funzionamento equo e non discriminatorio[67]. Ciò implica l'adozione di criteri di valutazione *ex ante*, volti a verificare l'affidabilità e l'impatto dei sistemi prima del loro impiego operativo.

Le implicazioni giuridiche del riconoscimento facciale come sistema di intelligenza artificiale si riflettono anche sul piano della qualificazione degli atti amministrativi e processuali che ne fanno uso.

[64] F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge (MA), 2015.

[65] M. Farina, *"Realtà manipolata?" L'impatto dei media sintetici sulle indagini forensi*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 183.

[66] I. Neroni Rezende, *Facial Recognition for Preventive Purposes: The Human Rights Implications of Detecting Emotions in Public Spaces*, in L. Banchmaiern Winter - S. Ruggeri (a cura di), *Investigating and Prevening Crime in the Digital Era. Legal Studies in International, European and Comparative Criminal Law*, vol 7, Springer, Cham, 2022.

[67] P. Del Checco, *L'acquisizione della prova informatica tra tecnicalità operativa, garanzie processuale e sfide introdotte dall'AI Act,* in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 207; F. Corona, *L'acquisizione della prova informatica: criticità, nuove sfide e possibili soluzioni*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 213.

Quando il risultato algoritmico assume un ruolo determinante nella decisione finale, si pone il problema di stabilire se e in che misura l'intervento umano possa essere considerato effettivo e non meramente formale.

Il rischio è quello di una delega surrettizia della funzione decisionale alla macchina, con conseguente svuotamento delle garanzie tradizionalmente associate all'esercizio del potere pubblico[68].

Il delicato rapporto tra riconoscimento facciale e IA solleva questioni definitorie che hanno un impatto diretto sulla qualificazione giuridica degli strumenti e sulle garanzie applicabili[69]. Considerare il riconoscimento facciale come una semplice tecnologia di identificazione rischia di occultarne la complessità algoritmica e le conseguenze sistemiche.

Al contrario, riconoscerne l'appartenenza all'ambito dell'intelligenza artificiale consente di coglierne appieno le implicazioni giuridiche, imponendo un ripensamento delle categorie tradizionali del diritto alla luce delle nuove forme di decisione automatizzata[70]. Solo attraverso una definizione consapevole e rigorosa è possibile costruire un quadro regolatorio capace di governare l'innovazione tecnologica senza sacrificare i principi fondamentali dell'ordinamento.

7. *Prospettive evolutive e ipotesi di intervento*

Alla luce delle considerazioni che precedono, si è visto come certamente il riconoscimento facciale non può essere paragonato ad un mero strumento di supporto tecnico.

La sua integrazione con modelli di intelligenza artificiale trasforma profondamente le modalità di acquisizione, elaborazione e valutazione dell'informazione[71], introducendo una dimensione algoritmica

[68] G. Ubertis, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Giurisdizione penale: intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano 2021.

[69] L. Kalb, *Sicurezza, identità e diritti fondamentali: AI, cognizione giudiziaria, tutele multilivello e sistemi di garanzie*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 299.

[70] G. Cocco, *L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. Alcune vicende esemplari*, in Sistema penale, 25 gennaio 2024

[71] G. Verde, *La valutazione della prova penale alla luce dell'AI Act: i sistemi ad alto rischio delle attività di contrasto*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBER-*

che si interpone tra il dato grezzo e la decisione giuridicamente rilevante[72]. Tale mediazione non è neutra: essa orienta l'interpretazione del fatto, condiziona le scelte dell'operatore e incide, talvolta in modo determinante, sugli esiti del procedimento.

La questione definitoria, lungi dall'essere un problema astratto, assume dunque una rilevanza centrale.

Orbene, qualificare il riconoscimento facciale come applicazione dell'intelligenza artificiale significa riconoscerne la natura probabilistica, adattiva e opaca, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano delle garanzie[73].

In particolare, l'opacità dei modelli decisionali e la difficoltà di ricostruire il percorso logico dell'*output* algoritmico pongono seri interrogativi in ordine alla compatibilità di tali strumenti con il diritto di difesa, con il principio del contraddittorio e con l'esigenza di motivazione degli atti.

Sul piano probatorio, l'analisi ha messo in luce come il *match* biometrico non possa essere considerato, di per sé, una prova piena dell'identità del soggetto.

Esso costituisce piuttosto un indice di corrispondenza statistica, la cui capacità dimostrativa è intrinsecamente limitata e subordinata a una valutazione critica da parte dell'autorità procedente[74].

Il rischio, altrimenti, è quello di attribuire all'*output* tecnologico

SICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 265. *ex multis* F. Romeo, *La valutazione della prova finale alla luce dell'AI Act: cosa cambia e cosa cambierà*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 239.

[72] M. Gialuz, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano, 2021.

[73] R. Blaiotta, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale, in Sistema penale, 23 ottobre 2023; G. Ubertis, Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Giurisdizione penale: intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano 2021.

[74] L. Camaldo, *Intelligenza artificiale e investigazione penale predittiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*, 2024.

una forza persuasiva sproporzionata, finendo per surrogare il giudizio umano con una presunzione di attendibilità fondata sull'apparente oggettività del dato numerico.

L'impatto dei sistemi di riconoscimento facciale non si esaurisce, tuttavia, nella dimensione processuale.

Come evidenziato, l'utilizzo diffuso di tali tecnologie è in grado di produrre effetti di condizionamento sociale, incidendo sulla libertà di autodeterminazione, sulla riservatezza e sulle modalità di esercizio di diritti fondamentali quali la libertà di riunione e di manifestazione del pensiero.

In questo senso, il riconoscimento facciale si configura come uno strumento ad elevata capacità intrusiva, idoneo a generare forme di sorveglianza pervasiva difficilmente conciliabili con i principi dello Stato di diritto.

Il confronto con altre tecniche di identificazione, in primis l'analisi del DNA[75], ha ulteriormente evidenziato l'inadeguatezza dell'attuale assetto normativo.

A fronte di strumenti dotati di un'incidenza crescente sulla sfera personale, il riconoscimento facciale risulta disciplinato in modo frammentario e lacunoso, con un livello di garanzie sensibilmente inferiore rispetto ad altre tecnologie biometriche.

Tale asimmetria non appare più giustificabile alla luce della progressiva normalizzazione dell'uso di sistemi automatizzati di identificazione.

In questa prospettiva, la riflessione *de iure condendo* non può limitarsi all'adozione di soluzioni meramente interdittive o, *ex adverso*, a un affidamento incondizionato alla regolazione tecnica[76]. È invece necessario elaborare un quadro normativo strutturato, costituzionalmente orientato e capace di tenere conto della specificità dei sistemi di intelligenza artificiale[77].

[75] Galluccio Mezio G., *il prelievo di materiale biologico dalla persona sottoposta a restrizione della libertà personale, in una recente pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti,* in *Cass. pen*, 5, 2014.

[76] D. Cimadomo - L. Palmieri, *L'intelligenza artificiale e la pericolosità sociale: misure cautelari e di prevenzione*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 315.

[77] A. De Caro, *Le delicate traiettorie dell'informazione digitale nel processo penale*, *Arch. pen. web*, 2025.

Ciò implica la definizione di limiti chiari all'impiego del riconoscimento facciale, l'individuazione di presupposti rigorosi per il suo utilizzo e l'introduzione di meccanismi effettivi di controllo, trasparenza e responsabilizzazione.

Il riconoscimento facciale e i sistemi di intelligenza artificiale sollecitano una profonda rimeditazione delle categorie giuridiche tradizionali, che deve tuttavia compiersi senza arretramenti rispetto ai principi fondamentali posti a presidio della persona.

La sfida non consiste nel contrastare il progresso tecnologico, ma nel governarlo attraverso regole capaci di garantire che l'innovazione si sviluppi nel rispetto della dignità, della libertà e dell'uguaglianza degli individui[78].

Soltanto muovendo lungo questa direttrice è possibile scongiurare che strumenti concepiti per accrescere l'efficienza dell'azione pubblica finiscano per determinare una progressiva e silente erosione delle garanzie costituzionali.

[78] A. De Marco, *Imparzialità e neutralità del magistrato di fronte all'IA*, in *ACCERTAMENTO PENALE, AI E CYBERSICUREZZA Inventari e prime sperimentazioni nella prospettiva dell'IA ACT e della legge n. 132 del 2025: opportunità, problemi e nuovi diritti, Atti del Convegno di Campobasso* (6 e 7 novembre 2025) (a cura di) Agostino De Caro, Bianca Claudia Alongi, Federica Barbieri, Alessio De Marco, Pasquale Raucci, Guido Rossi, Gaia Tessitore, Antonio Vele, Giuseppe Verde, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, p. 399.

Nico Salomone

Edwin Sutherland tra associazione differenziale e *white-collar crime*. Persistenza e limiti di un paradigma nella criminalità economica contemporanea

Abstract

Il contributo ricostruisce il rapporto tra teoria dell'associazione differenziale e criminalità dei colletti bianchi nell'opera di Edwin Sutherland, mostrando come lo studio del *white-collar crime* consenta di mettere alla prova le spiegazioni criminologiche tradizionalmente fondate sulla marginalità, sulla povertà e sulla patologia individuale. Viene quindi esaminata la tenuta della teoria dell'associazione differenziale di fronte alle forme contemporanee della criminalità economica, con particolare attenzione alla dimensione organizzativa, transnazionale e alle trasformazioni introdotte dalle tecnologie digitali. Ne emerge un giudizio articolato sull'attualità dell'impostazione di Sutherland: essa conserva particolare rilievo nella spiegazione dei processi di apprendimento, ma richiede di essere integrata quando l'illecito prende forma attraverso strutture organizzative, decisioni distribuite e reti complesse.

This article reconstructs the relationship between differential association theory and white-collar crime in Edwin Sutherland's work, showing how the study of *white-collar crime* challenges criminological explanations traditionally grounded in marginality, poverty, and individual pathology. It then examines the extent to which differential association theory remains applicable to contemporary forms of economic crime, with particular attention to the organizational and transnational dimensions and to the transformations brought about by digital technologies. The article thus offers a nuanced assessment of the contemporary relevance of Sutherland's approach: it remains particularly valuable for explaining learning processes, but needs to be supplemented when illegal conduct takes shape through organizational structures, distributed decision-making, and complex networks.

Parole chiave: Edwin Sutherland – Associazione differenziale – Criminalità dei colletti bianchi – Criminalità d'impresa – Criminalità economica.
Keywords: Edwin Sutherland – Differential association – White-collar crime – Corporate crime – Economic crime.

Sommario: 1. Introduzione. Oltre il paradigma della marginalità criminale. – 2. La teoria dell'associazione differenziale: dalla ricerca delle "cause" al processo di apprendimento criminale. – 3. Il *white-collar crime* come verifica della teoria generale del comportamento criminale. – 4. Dall'individuo all'organizzazione: impresa, apprendimento e normalizzazione dell'illecito. – 5. Dalla criminalità dei colletti bianchi

alla criminalità economica contemporanea. – 6. Persistenza e limiti del paradigma di Sutherland. – 7. Conclusioni. L'eredità teorica di Sutherland.

1. *Introduzione. Oltre il paradigma della marginalità criminale*

L'elaborazione criminologica di Edwin Sutherland[1] segna uno dei passaggi teorici più rilevanti nel processo di emancipazione della criminologia dalle spiegazioni del comportamento criminale fondate sulla patologia individuale, sull'inferiorità bio-psichica e sulla deprivazione economica. Il carattere innovativo del suo contributo non consiste, tuttavia, nella mera sostituzione di una causa sociale a precedenti fattori di natura biologica o psicologica. La discontinuità è più profonda e investe tanto l'oggetto quanto il metodo della spiegazione criminologica: il comportamento criminale viene ricondotto ai medesimi processi di interazione, comunicazione e apprendimento attraverso i quali si formano i comportamenti conformi, mentre la criminalità cessa di essere concepita come proprietà peculiare di individui o gruppi collocati ai margini della struttura sociale.

La teoria dell'associazione differenziale costituisce il punto di approdo di tale impostazione. Nella sua formulazione matura, Sutherland assume che il comportamento criminale sia appreso nell'interazione con altre persone e che tale apprendimento non riguardi soltanto le tecniche necessarie alla commissione del reato, ma anche l'orien-

[1] Edwin Hardin Sutherland (Gibbon, Nebraska, 1883 - Bloomington, Indiana, 1950), sociologo e criminologo statunitense, insegnò, tra l'altro, nelle Università dell'Illinois, del Minnesota e di Chicago, prima di trasferirsi nel 1935 all'Indiana University, dove rimase fino alla morte. La sua produzione scientifica occupa una posizione centrale nello sviluppo della criminologia sociologica del Novecento. Tra le opere principali si ricordano *Criminology* (1924), la cui seconda edizione, integralmente riveduta, apparve nel 1934 con il titolo *Principles of Criminology*; *The Professional Thief* (1937); la terza edizione di *Principles of Criminology* (1939), nella quale acquistò più precisa configurazione la teoria dell'associazione differenziale, e *White Collar Crime* (1949). La quarta edizione di *Principles of Criminology* (1947) contiene la formulazione definitiva della teoria. Nel 1939 fu eletto Presidente dell'*American Sociological Society* e, in tale veste, pronunciò – nel dicembre dello stesso anno – il celebre *Presidential Address* dedicato alla *White-Collar Criminality*, pubblicato nel 1940 sull'«American Sociological Review» (5, 1940, 1-12). Per un'ampia ricostruzione biografica e intellettuale, cfr. C. Rinaldi, *Edwin H. Sutherland, un "iconoclasta gentile". Alle origini della "svolta dell'apprendimento" nella teoria sociale e criminologica*, in E.H. Sutherland, *Scritti criminologici. Dalla teoria dell'associazione differenziale ai crimini dei colletti bianchi*, a cura di C. Rinaldi, Varazze, 2025, 11 ss.

tamento dei moventi, le razionalizzazioni e gli atteggiamenti che lo rendono possibile. Il principio decisivo è individuato nella prevalenza delle definizioni favorevoli alla violazione della legge su quelle sfavorevoli, all'interno di associazioni la cui capacità di influenza varia secondo frequenza, durata, priorità e intensità[2]. Il crimine viene così sottratto tanto alla logica della predisposizione quanto a quella di un automatismo determinato dalle condizioni economiche: ciò che occorre spiegare non è l'esistenza di un particolare "tipo" di delinquente, ma il processo attraverso il quale una condotta illecita può essere appresa, praticata e progressivamente dotata di significato all'interno di specifiche relazioni sociali.

La portata di questa prospettiva emerge con particolare evidenza quando l'analisi viene estesa a soggetti socialmente integrati e rispettabili, le cui condotte illecite risultavano scarsamente rappresentate nelle statistiche ufficiali e difficilmente riconducibili alle spiegazioni criminologiche costruite prevalentemente sulla criminalità delle classi inferiori. La riflessione sulla criminalità dei colletti bianchi non rappresenta, nell'opera di Sutherland, il semplice ampliamento dell'indagine criminologica a una nuova categoria di autori e di condotte, ma assume una funzione teorica più radicale: verificare se spiegazioni elaborate a partire da una popolazione criminale socialmente selezionata possano essere elevate a spiegazioni generali del comportamento criminale. Se povertà, disgregazione familiare, deficit intellettivi o altre condizioni comunemente associate alla delinquenza convenzionale fossero condizioni essenziali della criminalità, la presenza di condotte criminali tra soggetti economicamente privilegiati, socialmente integrati e dotati di elevata rispettabilità rappresenterebbe un'anomalia difficilmente riconducibile a quelle spiegazioni. Il *white-collar crime* assume pertanto il valore di un caso critico mediante il quale sottoporre a verifica la capacità esplicativa delle teorie criminologiche generali[3].

È significativo, sotto questo profilo, che nel discorso pronunciato nel dicembre del 1939, successivamente pubblicato con il titolo *White-Collar Criminality*[4], Sutherland non si limiti a richiamare l'esistenza

[2] Cfr. E.H. Sutherland, *Una teoria sociologica del comportamento criminale* [1ª ed. 1947], in Id., *Scritti criminologici*, cit., 92-94. Nella formulazione matura l'apprendimento comprende le tecniche di commissione del reato e l'orientamento dei moventi, delle razionalizzazioni e degli atteggiamenti.

[3] Cfr. E.H. Sutherland, *I reati delle imprese* [1948], in Id., *Scritti criminologici*, cit., 223-224.

[4] Si veda *supra*, nota 1.

di illegalità commesse da appartenenti alle classi superiori. Il bersaglio della critica è anche il processo attraverso il quale le statistiche ufficiali e le pratiche istituzionali di selezione avevano contribuito a costruire una rappresentazione socialmente distorta della criminalità. L'elevata presenza delle classi svantaggiate nelle statistiche giudiziarie non dimostrava, infatti, che il comportamento criminale fosse una loro prerogativa. Al contrario, l'osservazione delle attività delle grandi imprese e dei gruppi professionali mostrava l'esistenza di condotte illecite scarsamente intercettate dalle procedure penali ordinarie e, proprio per questo, insufficientemente rappresentate nelle fonti sulle quali si erano fondate molte delle teorie criminologiche tradizionali. Sutherland precisava inoltre che il riferimento al "colletto bianco", nell'accezione impiegata nel saggio, rinviava essenzialmente alla condizione di soggetto "rispettato", "socialmente accettato", "tenuto in considerazione": la rispettabilità sociale entrava così nella costruzione stessa del problema criminologico[5].

Da questa prospettiva discende una conseguenza che supera la questione terminologica relativa alla definizione del *white-collar crime*. La diversa posizione sociale degli autori incide non soltanto sulle opportunità di commissione delle condotte, ma anche sulla loro visibilità, sulla qualificazione istituzionale e sulle modalità della reazione sociale. La domanda posta da Sutherland nel 1945 – se il delitto del colletto bianco sia "un vero e proprio reato" – investe esattamente questo nodo. La condanna giudiziaria non può essere assunta quale criterio esclusivo per delimitare il campo criminologico, poiché numerose violazioni vengono trattate da organismi amministrativi o mediante procedimenti civili e, più in generale, perché l'assenza di una condanna non equivale all'assenza del comportamento criminale[6]. La sostituzione o l'affiancamento della risposta penale con meccanismi sanzionatori differenti può inoltre sottrarre l'autore allo stigma normalmente connesso alla qualifica di criminale, producendo una forma di applicazione differenziale della legge correlata alla posizione sociale del destinatario[7].

Si delinea così una relazione fra tre livelli analitici distinti ma connessi: l'apprendimento della condotta, la struttura professionale e organizzativa nella quale esso si realizza e la selettività della reazione

[5] E.H. Sutherland, *La criminalità dei colletti bianchi* [1940], in Id., *Scritti criminologici*, cit., 195-196.

[6] Cfr. E.H. Sutherland, *Il "delitto del colletto bianco" è un vero e proprio reato?* [1945], in Id., *Scritti criminologici*, cit., 216-219.

[7] Cfr. *ivi*, 216-217.

sociale. L'ipotesi qui sostenuta è che la perdurante capacità euristica dell'impostazione di Sutherland risieda proprio in questa articolazione. Essa consente di spiegare come tecniche e definizioni favorevoli alla violazione delle norme possano essere apprese in ambienti socialmente integrati, senza per questo trasformare il *white-collar crime* in una categoria capace di ricomprendere indistintamente tutte le forme contemporanee di criminalità economica.

Proprio l'estensione di tale paradigma alla criminalità economica contemporanea impone, tuttavia, una verifica critica. L'impresa odierna, i mercati finanziari, le reti professionali transnazionali e gli ambienti digitali presentano forme di interazione e di organizzazione assai più complesse di quelle sulle quali venne costruita la teoria nella prima metà del Novecento. L'apprendimento di pratiche illecite può svilupparsi all'interno di strutture organizzative nelle quali la responsabilità è frammentata, la decisione distribuita tra più livelli, la distanza tra autore e vittima particolarmente elevata e le condotte lesive incorporate in procedure formalmente neutrali. Allo stesso tempo, le relazioni criminogene non necessariamente coincidono attualmente con gruppi personali caratterizzati da quella prossimità che occupava una posizione centrale nella formulazione originaria dell'associazione differenziale. Nella versione matura della teoria, infatti, Sutherland attribuiva un ruolo fondamentale ai gruppi personali intimi, mentre considerava relativamente meno rilevanti, ai fini dell'apprendimento criminale, le forme impersonali di comunicazione[8]. È precisamente su questo punto che la trasformazione tecnologica e organizzativa delle società contemporanee rende necessaria una verifica della tenuta del modello originario.

La questione non è, dunque, se l'associazione differenziale possa essere semplicemente "applicata" alle nuove forme di criminalità economica, ma quali componenti della teoria conservino capacità esplicativa e quali richiedano integrazioni. L'apprendimento di tecniche e razionalizzazioni mantiene senza dubbio una particolare forza interpretativa; più problematica è la centralità attribuita alle associazioni personali quando la condotta si forma entro organizzazioni complesse, reti transnazionali e interazioni tecnologicamente mediate.

Questa verifica richiede, inoltre, di distinguere categorie che rinviano a differenti criteri di delimitazione del fenomeno. "Criminalità dei colletti bianchi", "criminalità economica" e "criminalità d'impresa" non possono essere utilizzate come espressioni equivalenti. La no-

[8] Cfr. E.H. Sutherland, *Una teoria sociologica del comportamento criminale*, cit., 92-93.

zione elaborata da Sutherland nasce dalla combinazione tra posizione sociale dell'autore e connessione della condotta con la sua occupazione; le successive elaborazioni criminologiche hanno invece progressivamente distinto le condotte realizzate nell'interesse individuale attraverso il ruolo professionale, da quelle commesse nell'interesse dell'organizzazione, mentre la categoria della criminalità economica è venuta ad assumere un'estensione ulteriore e non sempre coincidente con il perimetro originario del *white-collar crime*. La distinzione non ha soltanto valore classificatorio: da essa dipende la possibilità di stabilire fino a quale punto una teoria incentrata sull'apprendimento individuale possa rendere conto di condotte la cui genesi si colloca nel funzionamento dell'organizzazione.

L'obiettivo non è, pertanto, quello di attualizzare retrospettivamente Sutherland, attribuendogli la capacità di anticipare fenomeni appartenenti a contesti economici e tecnologici radicalmente differenti. Si tratta, piuttosto, di verificare la tenuta dell'impostazione teorica di Sutherland, secondo la quale le forme di criminalità esercitate attraverso ruoli professionali, poteri economici e strutture organizzative possono essere comprese soltanto abbandonando la rappresentazione del crimine come espressione di alterità sociale e interrogando i processi ordinari attraverso i quali si apprendono competenze, si condividono definizioni della situazione, si elaborano razionalizzazioni e si consolidano pratiche che l'ambiente di appartenenza può arrivare a considerare normali. La riflessione di Sutherland conserva, da questo punto di vista, una duplice valenza. Da un lato, sposta l'attenzione dalla qualità personale dell'autore ai processi sociali di produzione della condotta; dall'altro, obbliga la criminologia a interrogarsi sui propri criteri di osservazione, mostrando come la visibilità istituzionale del crimine sia essa stessa socialmente differenziata.

È all'interno di questa duplice prospettiva che verranno esaminate, dapprima, la formazione e la progressiva sistemazione della teoria dell'associazione differenziale; successivamente, la funzione assunta dal *white-collar crime* nella verifica della teoria generale del comportamento criminale e il passaggio dalla dimensione individuale a quella professionale e organizzativa; infine, la capacità del paradigma di Sutherland di contribuire alla comprensione delle forme contemporanee di criminalità economica. L'ultima parte sarà dedicata ai limiti del modello, nella convinzione che la persistente attualità di Sutherland non debba essere ricercata nella riproposizione immutata delle sue categorie, ma nella possibilità di sottoporle a verifica di fronte alle trasformazioni delle strutture economiche, delle organizzazioni e dei processi di apprendimento criminale.

2. *La teoria dell'associazione differenziale: dalla ricerca delle "cause" al processo di apprendimento criminale*

La formulazione dell'associazione differenziale non nasce come costruzione teorica compiuta, ma costituisce l'esito di una progressiva revisione del problema della causalità criminale. Nelle diverse edizioni dei *Principles of Criminology*, Sutherland si allontana dalle spiegazioni multifattoriali che aggregavano condizioni biologiche, psicologiche, familiari, economiche e ambientali senza ricondurle a un principio esplicativo generale del comportamento criminale. La ricerca di una teoria generale implica, al contrario, l'individuazione di un meccanismo che possa operare indipendentemente dalla classe sociale dell'autore e dalla specifica forma fenomenologica assunta dalla condotta. È questa esigenza di generalizzazione, prima ancora della successiva sistemazione in proposizioni, a spiegare la rilevanza dell'associazione differenziale nell'evoluzione della criminologia sociologica.

La versione del 1934 presenta ancora una formulazione embrionale. Il conflitto culturale occupa una posizione centrale e Sutherland riconduce il comportamento criminale a situazioni nelle quali il soggetto è esposto a modelli di condotta differenti e confliggenti: l'individuo può essere educato a seguire differenti modelli di condotta e la devianza diviene intelligibile entro situazioni nelle quali i fattori che ne orientano il comportamento risultano incoerenti o conflittuali[9]. Nelle elaborazioni successive, tuttavia, l'attenzione si concentra progressivamente sul processo attraverso il quale il soggetto apprende, nell'interazione con altri, definizioni favorevoli o sfavorevoli alla violazione della legge. Il conflitto normativo resta così sullo sfondo, mentre acquista centralità il processo di apprendimento attraverso l'associazione differenziale.

La formulazione più compiuta consente di cogliere la portata di questo passaggio. Il comportamento criminale è appreso; l'apprendimento avviene attraverso l'interazione e la comunicazione; la sua parte fondamentale si realizza all'interno di gruppi personali intimi; esso comprende sia le tecniche necessarie alla commissione del reato, più o meno complesse, sia l'orientamento specifico di motivazioni, impulsi, razionalizzazioni e atteggiamenti. L'orientamento dei moventi viene appreso attraverso definizioni favorevoli o sfavorevoli alla violazione della legge, e il soggetto diviene delinquente quando le definizioni fa-

[9] Cfr. E.H. Sutherland, *La teoria dell'associazione differenziale del crimine.* Versione contenuta nella seconda edizione dei *Principles of Criminology* [1934], in Id., *Scritti criminologici*, cit., 75 ss.; C. Rinaldi, *Edwin H. Sutherland*, cit., 24-25.

vorevoli alla violazione prevalgono su quelle sfavorevoli. Come già detto, le associazioni differenziali variano, inoltre, secondo frequenza, durata, priorità e intensità, mentre il processo di apprendimento del comportamento criminale non si distingue, nella sua dinamica sostanziale, dall'apprendimento di qualsiasi altro comportamento[10]. È quest'ultimo aspetto a segnare una delle rotture più nette rispetto alle concezioni patologizzanti della criminalità: non occorre postulare un processo eccezionale per spiegare la devianza, poiché sono i contenuti appresi e la configurazione delle associazioni a differire, non la natura generale dell'apprendimento.

Questo passaggio, peraltro, impedisce di ridurre l'associazione differenziale a una teoria della semplice frequentazione di delinquenti. Il concetto di "associazione" non postula una relazione deterministica fra contatto e comportamento. Ciò che rileva è il rapporto differenziale fra modelli criminali e anticriminali e il diverso peso assunto dalle rispettive definizioni nell'esperienza del soggetto. Ne consegue che l'"eccesso" di definizioni favorevoli alla violazione non deve essere interpretato in termini meramente quantitativi: il significato delle associazioni dipende dalla frequenza e dalla durata dei rapporti, ma anche dalla loro priorità e intensità[11]. Il soggetto non diviene criminale perché semplicemente "esposto" alla criminalità; ciò che la teoria tenta di ricostruire è un processo selettivo di apprendimento nel quale determinate relazioni acquistano una forza maggiore rispetto ad altre e rendono disponibili non soltanto strumenti operativi, ma anche criteri interpretativi attraverso cui la condotta può essere riconosciuta come possibile, utile o giustificabile.

La rilevanza delle "definizioni" consente inoltre di comprendere perché la teoria risulti particolarmente feconda quando l'attenzione viene spostata dalla delinquenza convenzionale alla criminalità dei colletti bianchi. Le definizioni favorevoli alla violazione non coincidono necessariamente con un'esplicita adesione a valori criminali. Possono consistere in razionalizzazioni, interpretazioni delle regole, criteri professionali e rappresentazioni della condotta che attenuano il significato della trasgressione o la rendono compatibile con le aspettative dell'ambiente di appartenenza. In questo senso, l'apprendimento non riguarda soltanto il "come" commettere un illecito, ma anche il modo in cui esso viene nominato, interpretato e reso accettabile all'interno del gruppo. La criminalità economica rappresenterà un terreno

[10] Cfr. E.H. Sutherland, *Una teoria sociologica del comportamento criminale*, cit., 92-94.

[11] Cfr. *ibidem*.

particolarmente significativo proprio perché il soggetto può apprendere una condotta illegale senza assumere un'identità criminale e continuando, al contrario, a riconoscersi nei valori e nei ruoli di un ambiente socialmente rispettabile.

Questa connessione non è una ricostruzione estranea al percorso teorico di Sutherland. Quando Sutherland torna espressamente sul crimine dei colletti bianchi, afferma che, pur non consentendo una spiegazione completa, i dati disponibili indicano che esso trae origine dallo stesso processo generale posto alla base delle altre forme di comportamento criminale, vale a dire dall'associazione differenziale. Il punto è teoricamente decisivo: la criminalità dei colletti bianchi non richiede, in linea di principio, una teoria criminologica separata. Essa rappresenta piuttosto il banco di prova di una spiegazione che pretende di valere per il comportamento criminale indipendentemente dallo status dell'autore. È precisamente questa pretesa di generalità – e insieme i problemi che essa solleva – a rendere necessario il passaggio dall'elaborazione dell'associazione differenziale all'analisi del *white-collar crime*[12].

3. *Il white-collar crime come verifica della teoria generale del comportamento criminale*

L'introduzione del *white-collar crime* nel campo della ricerca criminologica non costituisce, per Sutherland, il semplice ampliamento di un catalogo di condotte già definito. Il problema è più radicale e investe i presupposti sui quali era stata costruita una parte consistente delle spiegazioni causali della criminalità. Se queste ultime derivavano prevalentemente dall'osservazione di soggetti appartenenti alle classi sociali inferiori e individuavano nella povertà, nella disgregazione sociale o in condizioni patologiche dell'individuo i fattori esplicativi del comportamento criminale, l'esistenza di violazioni sistematicamente commesse da persone socialmente integrate e professionalmente rispettabili imponeva di verificare se quelle correlazioni potessero essere elevate al rango di cause generali. È lo stesso Sutherland a chiarire che lo studio delle violazioni di legge nel mondo degli affari era stato intrapreso con l'obiettivo di contribuire allo sviluppo di una spiegazione generale del comportamento criminale. In questa prospettiva, il colletto bianco assume la funzione metodologica di un caso capace di

[12] Cfr. E.H. Sutherland, *Una teoria per il crimine dei colletti bianchi* [1ª ed. 1949], in Id., *Scritti criminologici*, cit., 241-242.

mettere alla prova teorie elaborate su una popolazione criminale selezionata dalle modalità ordinarie del controllo sociale[13].

La questione era stata posta con particolare nettezza già nel discorso del 1939. La tesi secondo cui la criminalità sarebbe concentrata prevalentemente nelle classi inferiori risultava, secondo Sutherland, condizionata dalle fonti sulle quali si fondava. Le statistiche giudiziarie registravano soprattutto quei comportamenti che attraversavano il sistema penale ordinario e raggiungevano le sue sedi formali di accertamento, mentre una parte rilevante delle violazioni realizzate nell'esercizio di attività economiche veniva trattata attraverso procedimenti differenti o rimaneva comunque estranea alla rappresentazione statistica convenzionale. La conseguenza non era soltanto una sottostima quantitativa della criminalità delle classi superiori. Era la costruzione di un'immagine qualitativamente deformata del fenomeno criminale, dalla quale venivano successivamente ricavate teorie causali destinate a confermare le caratteristiche della popolazione dalla quale erano state originariamente desunte. Il problema della selettività delle fonti diviene così interno alla teoria criminologica: una spiegazione generale non può essere costruita assumendo come universo del crimine ciò che costituisce, almeno in parte, il prodotto selettivo delle istituzioni incaricate di individuarlo e sanzionarlo[14].

È in questo quadro che deve essere collocata la definizione del *white-collar crime*. Nell'elaborazione di Sutherland, i due elementi costituiti dalla posizione sociale dell'autore e dalla connessione della condotta con l'attività professionale concorrono alla delimitazione della categoria e spiegano perché essa non possa essere sovrapposta, senza ulteriori specificazioni, alla più ampia nozione di criminalità economica. Il riferimento alla rispettabilità, in particolare, non svolge una funzione meramente descrittiva. Esso consente di mettere in discussione l'associazione simbolica tra criminalità e appartenenza alle classi marginali, mostrando che la posizione sociale dell'autore può concorrere non soltanto a creare particolari opportunità di violazione, ma anche a condizionare il modo in cui quella violazione viene percepita e istituzionalmente trattata[15].

La qualificazione di tali condotte come "criminali" sembrerebbe, tuttavia, costituire un nodo problematico nell'elaborazione di Sutherland. Una parte delle violazioni considerate nelle sue ricerche non conduceva, infatti, a una condanna pronunciata da un giudice penale,

[13] Cfr. E.H. Sutherland, *I reati delle imprese*, cit., 223-224.
[14] Cfr. E.H. Sutherland, *La criminalità dei colletti bianchi*, cit., 191-197.
[15] Cfr. *ivi*, 195-196.

ma era oggetto di decisioni amministrative, provvedimenti civili o altre forme di intervento istituzionale. Se la condanna penale fosse stata assunta quale criterio necessario per qualificare una condotta come criminale, una quota rilevante delle violazioni commesse dagli uomini d'affari non avrebbe potuto essere ricompresa nella categoria dei crimini. Sutherland respinge questa conclusione: la condanna non rappresenta un criterio adeguato per stabilire se una condotta appartenga o no al campo della criminalità, poiché il carattere illecito del comportamento non viene meno per il solo fatto che l'ordinamento preveda o utilizzi procedure diverse da quella penale ordinaria. La scelta metodologica ha una funzione critica evidente, perché impedisce che le categorie prodotte dal sistema di controllo coincidano automaticamente con quelle dell'analisi criminologica[16].

Il punto, tuttavia, non consiste nel cancellare ogni distinzione tra illecito penale, civile e amministrativo. Una simile lettura trasformerebbe l'argomento di Sutherland in una generica assimilazione di fenomeni giuridicamente differenti e ne indebolirebbe la portata. Ciò che viene posto in discussione è, piuttosto, l'uso della reazione istituzionale come criterio esclusivo per determinare la natura criminologica della condotta. L'attenzione si sposta dalla forma del procedimento alla sostanza del comportamento e, contemporaneamente, alle ragioni per le quali violazioni riconducibili al medesimo ambito economico possono essere sottoposte a forme di controllo differenti. In questo senso, la questione definitoria rinvia immediatamente a un problema di stratificazione sociale: la rispettabilità e il potere economico dell'autore possono concorrere a sottrarre determinate condotte non soltanto alla pena, ma alla stessa attribuzione pubblica dell'etichetta criminale.

Sutherland individua precisamente in tale differenziazione uno degli elementi che separano la criminalità convenzionale da quella dei colletti bianchi. Il trattamento riservato agli uomini d'affari tende a evitare lo stigma che accompagna l'autore comune di reato; la violazione può essere ricondotta a una irregolarità professionale, a un'infrazione regolatoria o a una controversia economica senza che al suo autore venga attribuita l'identità sociale del criminale. La differenza non è priva di conseguenze: se la stessa nozione socialmente condivisa di "criminale" è costruita attraverso pratiche selettive di controllo, la rispettabilità non costituisce semplicemente una caratteristica antecedente dell'autore, ma una risorsa che può sopravvivere alla violazione

[16] Cfr. E.H. Sutherland, *Il "delitto del colletto bianco" è un vero e proprio reato?*, cit., 216-219.

e contribuire alla sua neutralizzazione simbolica. Il soggetto può continuare a occupare una posizione riconosciuta e a percepirsi come membro legittimo del proprio gruppo professionale, anche quando le condotte poste in essere integrano violazioni reiterate della legge[17].

La ricerca sulle imprese accentua ulteriormente questo profilo. Esaminando le condotte illecite delle grandi società, Sutherland mostra come esse non possano essere considerate necessariamente deviazioni episodiche o accidentali del singolo uomo d'affari. L'attenzione rivolta alla ripetizione delle violazioni e alla loro collocazione entro l'attività delle imprese orienta l'analisi verso la continuità delle pratiche e verso il contesto organizzativo nel quale esse vengono prodotte. Il dato assume un significato teorico che supera la semplice dimostrazione della diffusione del fenomeno: quando determinati comportamenti si ripresentano nell'attività economica organizzata, diviene necessario interrogarsi sui processi attraverso i quali essi vengono trasmessi, giustificati e incorporati nelle modalità ordinarie di perseguimento degli obiettivi aziendali. L'impresa emerge così non soltanto come luogo nel quale il soggetto dispone delle opportunità necessarie alla commissione dell'illecito, ma come ambiente entro il quale possono consolidarsi modi ricorrenti di interpretare le regole e di affrontare i vincoli normativi[18].

È su questo terreno che l'associazione differenziale acquista una specifica capacità esplicativa. Nel tentativo di applicare la teoria alla criminalità dei colletti bianchi, Sutherland formula il nesso in termini particolarmente netti: "Secondo la teoria dell'associazione differenziale, il comportamento criminale è appreso a contatto con individui che definiscono tale comportamento in modo favorevole e in isolamento da altri individui che di esso danno una definizione sfavorevole; nelle condizioni adatte, una certa persona tiene un comportamento criminale soltanto se le definizioni favorevoli prevalgono su quelle sfavorevoli"[19].

L'apprendimento riguarda allora tanto le modalità operative quanto le ragioni attraverso le quali esse vengono rese accettabili. La violazione può essere rappresentata come una necessità connessa all'attività economica, come una pratica ammessa nell'ambiente professionale o come una condotta priva della gravità attribuita ai reati convenzionali. Il ruolo delle razionalizzazioni, già interno alla formulazione generale dell'associazione differenziale, diviene qui particolarmen-

[17] Cfr. *ibidem*.
[18] Cfr. E.H. Sutherland, *I reati delle imprese*, cit., 223-240.
[19] E.H. Sutherland, *Una teoria per il crimine dei colletti bianchi*, cit., 241.

te visibile perché consente di comprendere come il soggetto possa partecipare a pratiche illegali senza percepire una frattura radicale tra quelle condotte e la propria identità professionale[20].

La forza dell'argomento risiede precisamente nel rifiuto di postulare una differenza qualitativa tra l'apprendimento della criminalità convenzionale e quello delle condotte degli uomini d'affari. Tecniche e definizioni cambiano in relazione al contesto, ma – nell'ipotesi di Sutherland – il processo generale rimane il medesimo. Nella criminalità convenzionale potranno essere apprese modalità di esecuzione proprie della delinquenza tradizionale; nella criminalità dei colletti bianchi, competenze professionali suscettibili di essere impiegate nella realizzazione o nell'occultamento di condotte illecite. Ciò che accomuna le due situazioni non è dunque il contenuto dell'azione, né la condizione sociale dell'autore, ma il processo attraverso il quale determinate pratiche e le definizioni che le sostengono vengono apprese nelle relazioni con altri soggetti.

Questa impostazione consente anche di precisare in quale senso il *white-collar crime* costituisca una verifica della teoria generale. Non si tratta di dimostrare che ogni violazione economica derivi necessariamente dall'associazione con altri autori di reato, né di ridurre la complessità delle decisioni imprenditoriali a un unico meccanismo causale. Lo stesso Sutherland riconosce che i dati disponibili non consentono una spiegazione completa della criminalità dei colletti bianchi e considera l'associazione differenziale l'ipotesi maggiormente coerente con le evidenze raccolte, non una dimostrazione conclusiva. Il valore teorico dell'operazione risiede altrove: se un medesimo processo di apprendimento può concorrere alla genesi di condotte criminali tanto nei gruppi marginali quanto negli ambienti economicamente privilegiati, vengono meno le basi empiriche per identificare le cause generali della criminalità con condizioni proprie delle sole classi inferiori[21].

Il *white-collar crime* produce pertanto un duplice spostamento. Sul piano eziologico, trasferisce l'attenzione dalle caratteristiche patologiche o deficitarie dell'autore ai processi attraverso i quali la condotta viene socialmente appresa. Sul piano della reazione sociale, mostra che la distribuzione ufficialmente registrata della criminalità non è indipendente dalla posizione dei soggetti e dalle forme attraverso le quali le istituzioni qualificano e trattano le violazioni. I due profili non sono sovrapponibili, ma risultano strettamente connessi. La stessa integrazione sociale che rende disponibili al soggetto competenze, rela-

[20] Cfr. *ivi*, 241-242.
[21] Cfr. *ibidem*.

zioni e opportunità proprie dell'attività economica può contribuire a preservarne la rispettabilità anche quando quelle risorse vengono impiegate illecitamente. La criminalità dei colletti bianchi mette così in crisi non soltanto le tradizionali spiegazioni delle cause del crimine, ma anche l'idea che alla commissione di una condotta criminale corrispondano necessariamente l'attribuzione di un'identità criminale al suo autore e una reazione di natura penale.

Rimane, tuttavia, il problema di stabilire fino a che punto una teoria centrata sull'apprendimento del comportamento individuale possa spiegare condotte che prendono forma all'interno dell'impresa; una parte rilevante delle violazioni economiche studiate da Sutherland si manifesta, infatti, all'interno di organizzazioni dotate di strutture gerarchiche, divisione dei compiti e continuità che trascende la permanenza delle singole persone che ne fanno parte. La reiterazione delle condotte da parte delle imprese suggerisce che l'illecito possa acquisire una stabilità che non coincide integralmente con gli orientamenti o gli apprendimenti di un singolo agente. Occorre allora verificare in quale misura le categorie dell'associazione differenziale possano essere trasferite dal livello delle relazioni individuali a quello delle pratiche organizzative e se l'organizzazione debba essere considerata non soltanto il contesto nel quale il comportamento viene appreso, ma una dimensione autonoma della sua produzione. È da questo passaggio che prende forma la successiva distinzione tra criminalità commessa attraverso il ruolo professionale e criminalità realizzata nell'interesse dell'impresa.

4. *Dall'individuo all'organizzazione: impresa, apprendimento e normalizzazione dell'illecito*

La distinzione assume rilievo teorico prima ancora che classificatorio. Una condotta realizzata mediante le opportunità offerte da una posizione professionale può essere ricondotta all'azione di un soggetto che utilizza competenze, informazioni o poteri connessi al proprio ruolo per perseguire un interesse personale. Diversa è la situazione nella quale l'illecito si inserisce nell'attività dell'impresa e viene posto in essere per conseguire obiettivi propri dell'organizzazione. In questo secondo caso, l'analisi non può arrestarsi alle motivazioni o agli apprendimenti del singolo agente, perché occorre spiegare come una pratica illegale possa persistere anche quando cambiano le persone che la realizzano e come decisioni individuali possano coordinarsi all'interno dell'impresa verso risultati convergenti.

Gli stessi materiali empirici utilizzati da Sutherland mostrano come la dimensione organizzativa non possa essere ridotta al semplice contesto nel quale si collocano le condotte individuali. Nello studio delle violazioni commesse dalle grandi imprese (*I reati delle imprese*, 1948), l'illegalità non appare necessariamente come il risultato di iniziative isolate dei singoli. Sutherland osserva, al riguardo, che determinate condotte perseguono "politiche definite" in materia di concorrenza, rapporti di lavoro, frode e comunicazione pubblicitaria[22]. Il riferimento è significativo perché sposta il fuoco dalla singola trasgressione alla regolarità della pratica: quando la violazione risponde a modalità ricorrenti di perseguimento degli obiettivi economici, la questione criminologica non riguarda più soltanto il soggetto che apprende il comportamento criminale, ma le condizioni attraverso le quali l'organizzazione rende quella violazione praticabile, riproducibile e compatibile con il proprio funzionamento ordinario. Nello stesso scritto, inoltre, la persistenza della rispettabilità dell'uomo d'affari anche dopo l'accertamento di condotte fraudolente e la svalutazione delle istituzioni chiamate a regolare l'attività economica sono poste in relazione con un ambiente professionale nel quale il giudizio del gruppo di appartenenza può divergere profondamente dalla qualificazione giuridica della condotta[23].

Per comprendere fino a che punto la teoria di Sutherland possa interpretare la dimensione organizzativa della criminalità d'impresa occorre distinguere due piani della sua elaborazione. L'associazione differenziale riguarda il processo attraverso il quale il singolo apprende il comportamento criminale; con il concetto di "organizzazione sociale differenziale", Sutherland intende invece rendere conto delle variazioni dei tassi di criminalità tra gruppi[24]. Tali variazioni vengono ricondotte alla presenza di forme di organizzazione favorevoli alla condotta criminale e di altre che, al contrario, vi si oppongono[25].

La distinzione è essenziale per evitare di identificare l'organizzazio-

[22] E.H. Sutherland, *I reati delle imprese*, cit., 238-239.

[23] Cfr. *ibidem*.

[24] E.H. Sutherland, *Una teoria sociologica del comportamento criminale*, cit., 95-96; si veda, in tema, anche un altro scritto di Sutherland, *Sviluppo della teoria* [1942], in Id., *Scritti criminologici. Dalla teoria dell'associazione differenziale ai crimini dei colletti bianchi*, cit., 105, ove il concetto è formulato come "organizzazione di gruppo differenziale" e distinto dall'associazione differenziale, chiamata a spiegare il comportamento criminale del singolo.

[25] Cfr. E.H. Sutherland, *Una teoria sociologica del comportamento criminale*, cit., 95-96.

ne sociale differenziale con l'impresa. La prima è una categoria teorica riferita alla diversa incidenza della criminalità nei gruppi; la seconda è una concreta realtà economica, caratterizzata da gerarchie, divisione delle competenze e delle responsabilità, sistemi di incentivazione, regole informali e pratiche consolidate. Nell'analisi della criminalità d'impresa occorre pertanto compiere un passo ulteriore e chiedersi in quale misura tali caratteristiche possano favorire non soltanto l'apprendimento, ma anche la realizzazione e la reiterazione delle condotte illecite.

È su questo punto che l'elaborazione di Sutherland mostra un limite. L'introduzione dell'organizzazione sociale differenziale estende l'analisi al piano collettivo, ma non modifica il modo in cui viene ricostruita la genesi della condotta criminale, che continua a essere ricondotta all'associazione differenziale e, dunque, all'apprendimento del singolo nell'interazione con altri[26]. Non viene sviluppata una specifica indagine del modo in cui le caratteristiche interne dell'impresa – gerarchie, procedure, incentivi e distribuzione delle responsabilità – possano contribuire alla formazione e alla continuità dell'illecito. È in questo senso – e non perché Sutherland trascuri la dimensione organizzativa – che la sua teoria rimane prevalentemente incentrata sull'individuo.

L'impresa costituisce un ambiente di relazioni entro il quale circolano competenze tecniche e definizioni normative. Il nuovo membro non entra in un ambiente socialmente neutro: incontra criteri già consolidati per distinguere ciò che è professionalmente appropriato da ciò che non lo è, apprende quali obiettivi siano prioritari, quali procedure possano essere adattate alle esigenze operative e quali violazioni siano percepite come incompatibili con l'identità del gruppo oppure, al contrario, tollerate in quanto funzionali al risultato. In tale prospettiva, l'associazione differenziale permette di cogliere un aspetto essenziale della socializzazione organizzativa: insieme alle competenze lecite necessarie all'esercizio del ruolo possono essere trasmessi modi di interpretare la norma che ne attenuano la forza vincolante.

L'apprendimento, tuttavia, non esaurisce il fenomeno. Nelle organizzazioni complesse la realizzazione dell'illecito può coinvolgere una pluralità di contributi parziali, ciascuno dei quali assume un significato diverso se considerato isolatamente dal processo complessivo. La divisione del lavoro separa chi definisce gli obiettivi da chi individua i mezzi per conseguirli, chi autorizza una determinata operazione da chi la esegue e chi dispone delle informazioni necessarie a valutarne integralmente gli effetti. In queste condizioni, l'illecito può consolidarsi senza richiedere che tutti i partecipanti condividano nella stessa

[26] Cfr. C. Rinaldi, *Edwin H. Sutherland*, cit., 47.

misura una definizione favorevole alla violazione. I soggetti collocati nei diversi segmenti dell'organizzazione possono limitarsi a svolgere quanto richiesto dal proprio ruolo, mentre la responsabilità per il risultato complessivo tende a disperdersi lungo la catena decisionale. L'associazione differenziale non consente, da sola, di rendere interamente conto di questa dinamica, perché l'illecito può derivare dal coordinamento di attività e decisioni distribuite tra più soggetti senza essere riconducibile al comportamento di uno solo di essi.

La normalizzazione dell'illecito rappresenta allora un livello ulteriore rispetto al suo apprendimento. Una pratica ripetuta, tollerata dai superiori, condivisa dai colleghi o premiata attraverso i risultati che consente di raggiungere può perdere progressivamente, all'interno dell'organizzazione, il significato di condotta eccezionale. Non è necessario che la norma giuridica venga apertamente rifiutata: può essere reinterpretata come un vincolo eccessivamente rigido, come un ostacolo all'efficienza o come una prescrizione rispetto alla quale l'esperienza professionale suggerisce margini di adattamento. Sotto questo profilo, acquistano particolare rilievo le osservazioni di Sutherland sugli uomini d'affari che, pur consapevoli della violazione, continuano a considerarsi persone oneste e attribuiscono alla legge, piuttosto che alla propria condotta, il carattere problematico. La distanza dallo stereotipo sociale del criminale e la conservazione della rispettabilità rendono possibile una rappresentazione dell'illecito compatibile con l'identità professionale[27].

Questa dinamica mostra perché la criminalità d'impresa non possa essere spiegata considerando separatamente le condotte dei singoli membri dell'organizzazione. L'impresa seleziona e distribuisce opportunità, struttura le relazioni tra i partecipanti, stabilisce criteri di successo e produce aspettative rispetto ai comportamenti considerati adeguati al ruolo. Emergono così, al tempo stesso, la fecondità e il limite della teoria di Sutherland. L'associazione differenziale consente di comprendere come tecniche e razionalizzazioni favorevoli alla violazione possano essere apprese all'interno dell'attività economica, ma richiede di essere integrata quando procedure, incentivi e decisioni distribuite concorrono autonomamente alla produzione dell'illecito.

Il diverso rilievo assunto dal ruolo professionale e dall'organizzazione consente anche di precisare le categorie utilizzate nell'analisi. La criminalità commessa nell'esercizio di un'attività professionale e quella realizzata nell'interesse dell'impresa possono sovrapporsi sul piano empirico, ma rispondono a logiche differenti. Nel primo caso, il ruolo

[27] Cfr. E.H. Sutherland, *I reati delle imprese*, cit., 238-239.

professionale fornisce al soggetto l'occasione, le conoscenze o le risorse necessarie alla condotta orientata prevalentemente verso un vantaggio personale; nel secondo, il comportamento è funzionalmente collegato agli obiettivi dell'organizzazione, anche quando dalla sua realizzazione possano derivare benefici individuali. La distinzione impedisce di trasformare il *white-collar crime* in una categoria indistinta e prepara, al tempo stesso, il passaggio a una nozione più ampia di criminalità economica, entro la quale la posizione sociale dell'autore non costituisce più necessariamente il criterio determinante.

5. *Dalla criminalità dei colletti bianchi alla criminalità economica contemporanea*

La distinzione tra criminalità commessa attraverso il ruolo professionale e criminalità realizzata nell'interesse dell'impresa consente di comprendere perché la categoria del *white-collar crime* non possa essere semplicemente estesa fino a coincidere con quella di criminalità economica. La nota tipologia proposta da Marshall B. Clinard e Richard Quinney separa l'*occupational crime*, nel quale l'autore utilizza l'attività professionale per un vantaggio proprio, dal *corporate crime*, riferito alle violazioni commesse dai funzionari nell'interesse della società o dalla società stessa[28]. La distinzione non smentisce l'intuizione originaria di Sutherland, ma ne modifica il criterio ordinatore: lo status dell'autore perde parte della propria centralità e acquistano maggiore rilievo la funzione esercitata dalla condotta, il soggetto che ne trae beneficio e il contesto organizzativo nel quale essa viene prodotta.

Il passaggio alla criminalità economica contemporanea richiede un'ulteriore cautela. L'espressione designa un campo più ampio del crimine dei colletti bianchi e non individua un tipo criminologico unitario. Vi confluiscono condotte differenti per autore, struttura, bene leso e modalità di realizzazione: frodi societarie e finanziarie, corruzione, riciclaggio, illeciti fiscali, manipolazioni dei mercati, violazioni commesse nell'attività d'impresa e forme di criminalità che utilizzano strutture economiche lecite per finalità illegali. Il problema scientifico consiste allora nel verificare se, e in quale misura, fenomeni così diversi possano ancora essere interpretati alla luce dell'apprendimento, della dimensione organizzativa e della selettività della reazione sociale messi in luce da Sutherland.

[28] Cfr. M.B. Clinard, R. Quinney, *Criminal Behavior Systems: A Typology*, 2ª ed., New York, 1973, 188.

Una delle trasformazioni più rilevanti riguarda la permeabilità dei confini tra economia legale e circuiti criminali. Tale permeabilità si manifesta nelle relazioni tra soggetti operanti nell'economia legale e attori coinvolti in attività criminali, attraverso la circolazione di competenze, servizi, opportunità e risorse. È stato osservato, proprio muovendo dall'eredità di Sutherland, che lo sviluppo della ricerca ha mostrato la crescente rilevanza delle relazioni tra imprese e attori criminali e la conseguente difficoltà di tracciare una separazione tra attività lecite e illecite[29]. Queste relazioni possono costituire anche canali di apprendimento, attraverso i quali tecniche e definizioni favorevoli all'illecito circolano tra soggetti inseriti in contesti differenti. Ciò non comporta, tuttavia, il venir meno delle differenze tra le forme di criminalità coinvolte. Legalità e illegalità possono intrecciarsi in configurazioni reticolari, nelle quali attori dotati di identità e finalità differenti cooperano senza perdere necessariamente la propria collocazione originaria.

Una seconda trasformazione concerne la dimensione transnazionale e tecnologica delle attività economiche. La circolazione istantanea di capitali, dati e servizi, la frammentazione delle operazioni tra più ordinamenti e l'impiego di infrastrutture digitali ampliano le opportunità di realizzazione e occultamento delle condotte. Le più recenti valutazioni europee sulla criminalità finanziaria ed economica descrivono un ecosistema nel quale frodi, riciclaggio, corruzione e altre forme di illecito risultano connesse a mutamenti tecnologici e geopolitici; nel settore delle frodi online, inoltre, le catene operative assumono caratteristiche sempre più simili a quelle di un'attività economica organizzata e possono avvalersi di servizi criminali accessibili sul mercato[30]. Il dato è rilevante non perché trasformi ogni criminalità digitale in criminalità dei colletti bianchi, ma perché mostra come competenze tecniche, infrastrutture e relazioni economiche possano essere separate e ricombinate tra soggetti diversi.

Proprio la mediazione tecnologica impone una verifica particolarmente severa della teoria dell'associazione differenziale. Nella formulazione del 1947 Sutherland attribuiva la parte fondamentale dell'apprendimento criminale ai gruppi caratterizzati da rapporti personali stretti e assegnava ai mezzi di comunicazione impersonali, come film e

[29] Cfr. V. Ruggiero, *Prefazione*, in E.H. Sutherland, *Scritti criminologici*, cit., 8-9.

[30] Cfr. Europol, *The Other Side of the Coin. An Analysis of Financial and Economic Crime*, Luxembourg, 2023, 1; Id., *Online Fraud Schemes: A Web of Deceit*, Luxembourg, 2023, 4.

giornali, un ruolo relativamente limitato[31]. Quel presupposto rifletteva una struttura delle comunicazioni profondamente diversa da quella attuale. Le interazioni digitali contemporanee possono essere impersonali rispetto alla compresenza fisica e, nello stesso tempo, intense, ripetute, selettive e capaci di creare appartenenze durevoli. Reti professionali, piattaforme comunicative, comunità tecniche e ambienti digitali possono consentire la trasmissione di competenze e giustificazioni senza richiedere la prossimità personale che costituiva il modello empirico privilegiato da Sutherland. Il nucleo della teoria – il carattere appreso della condotta – conserva pertanto una notevole capacità interpretativa, mentre necessita di revisione il modo storico nel quale veniva delimitato lo spazio sociale dell'apprendimento.

La crescente rilevanza della tecnologia non rende, tuttavia, meno importanti i processi attraverso i quali le pratiche illecite vengono apprese e giustificate. Anche nelle forme più avanzate di criminalità economica, infatti, l'apprendimento conserva un ruolo rilevante, insieme alle definizioni favorevoli alla realizzazione dell'illecito: ciò che viene rappresentato come normale prassi commerciale, aggressiva strategia competitiva, ottimizzazione o semplice adattamento alle condizioni del mercato può contribuire a ridurre la distanza simbolica tra condotta lecita e condotta vietata. Sutherland aveva colto il possibile conflitto tra le regole operanti nel mondo degli affari e le norme giuridiche, osservando che la pressione competitiva può spingere un operatore ad adottare metodi già praticati dai concorrenti[32]. La forza dell'argomento non risiede nell'affermare che la concorrenza produca necessariamente criminalità, ma nel mostrare come l'ambiente economico possa generare definizioni favorevoli alla violazione quando il rispetto della norma viene percepito come incompatibile con gli standard di comportamento del gruppo.

In questo quadro, più che mutare radicalmente la figura dell'autore, si amplia la varietà dei soggetti che possono concorrere alla realizzazione dell'illecito. Il modello classico del colletto bianco conserva infatti una notevole capacità descrittiva: imprenditori, dirigenti, professionisti e altri soggetti socialmente integrati continuano a occupare una posizione centrale in molte forme di criminalità economica. Nelle condotte più complesse, tuttavia, accanto a questi attori possono intervenire soggetti con posizioni e funzioni differenti, la cui partecipazione non è definibile sulla base dello status sociale elevato. Il passaggio dal *white-collar crime* alla più ampia criminalità economica non

[31] Cfr. E.H. Sutherland, *Una teoria sociologica del comportamento criminale*, cit., 93.
[32] E.H. Sutherland, *La criminalità dei colletti bianchi*, cit., 204-205.

comporta, dunque, il superamento della figura individuata da Sutherland, ma rende insufficiente assumerla come modello per tutti i soggetti coinvolti.

L'ampliamento del campo della criminalità economica produce, infine, conseguenze sul versante del controllo. Quanto più la condotta è incorporata in operazioni tecniche, transnazionali o organizzativamente frammentate, tanto più la sua individuazione dipende da competenze specialistiche e dalla cooperazione tra autorità, regolatori e soggetti privati. La minore visibilità del fatto non deriva necessariamente dalla posizione sociale e dalla rispettabilità dell'autore, centrali nell'analisi di Sutherland, ma può dipendere dalla complessità stessa dell'operazione e dalla distanza tra il momento della decisione, quello dell'esecuzione e quello nel quale si manifestano gli effetti dannosi. La selettività del controllo, dunque, non scompare; mutano i meccanismi attraverso i quali essa si produce.

È su questo terreno che la capacità esplicativa della teoria dell'associazione differenziale incontra uno dei suoi principali punti critici. L'apprendimento di tecniche, definizioni e razionalizzazioni favorevoli alla violazione conserva rilievo anche nei contesti economici contemporanei; non sempre, tuttavia, è sufficiente a spiegare condotte che prendono forma entro organizzazioni complesse, attraverso decisioni distribuite, divisione delle responsabilità e relazioni tecnologicamente mediate. Il problema si sposta, allora, dall'apprendimento individuale dell'illecito alle condizioni organizzative e relazionali che ne favoriscono la stabilizzazione e la riproduzione. È su questi elementi di continuità e di criticità che occorre ora soffermarsi.

6. *Persistenza e limiti del paradigma di Sutherland*

Il confronto con le forme contemporanee della criminalità economica consente, a questo punto, di formulare un giudizio più preciso sulla durevole capacità esplicativa della teoria dell'associazione differenziale. Il suo valore non dipende dalla possibilità di ricondurre ogni illecito economico a una sequenza uniforme di relazioni interpersonali, né dalla pretesa di trasformare una teoria elaborata nella prima metà del Novecento in una spiegazione compiuta di fenomeni profondamente mutati. La sua perdurante rilevanza risiede, piuttosto, nell'aver individuato un meccanismo generale: la condotta criminale non presuppone necessariamente marginalità, patologia o estraneità all'ordine sociale, ma può essere appresa attraverso gli stessi processi di interazione mediante i quali vengono trasmesse competenze, criteri di giudizio e modelli di comportamento conformi. Proprio la ricerca di

meccanismi capaci di operare al di là delle differenti condizioni concrete costituiva l'ambizione teorica di Sutherland[33].

Questo nucleo conserva particolare forza nell'analisi dei reati economici. Il dirigente che apprende come aggirare un controllo, il professionista che interiorizza una prassi illecita come modalità ordinaria di esercizio del ruolo o il componente di un'organizzazione che assimila razionalizzazioni favorevoli alla violazione mostrano come la socializzazione possa assumere una direzione criminogena. Un'importante elaborazione dell'impostazione di Sutherland si deve al criminologo statunitense Ronald L. Akers, che, muovendo dalla teoria dell'associazione differenziale, ne ha precisato e ampliato i meccanismi esplicativi nell'ambito della teoria dell'apprendimento sociale. Akers affianca all'associazione con altri soggetti e alle definizioni favorevoli o sfavorevoli alla violazione il ruolo dell'imitazione e del rinforzo differenziale: una condotta tende a consolidarsi quando produce conseguenze positive o consente di evitare conseguenze negative, oppure quando il soggetto prevede che possa avere uno di questi effetti. Il modello considera, inoltre, il rapporto tra apprendimento e struttura sociale: la posizione occupata dal soggetto, i gruppi ai quali appartiene e i contesti nei quali opera contribuiscono a determinare con chi entra in relazione, quali definizioni della condotta apprende e quali conseguenze può attendersi dal proprio comportamento[34].

Il primo limite riguarda, dunque, il grado di specificazione causale. Affermare che il comportamento criminale è appreso e che le definizioni favorevoli alla violazione possono prevalere su quelle sfavorevoli identifica la direzione del processo, ma non risolve integralmente il problema di stabilire quando, attraverso quali passaggi e con quale peso le associazioni producano effettivamente una condotta. Le variabili indicate da Sutherland – frequenza, durata, priorità e intensità – esprimono l'esigenza di differenziare le relazioni sociali, ma risultano difficili da tradurre in criteri empirici univoci. Parte della letteratura critica successiva ha sottolineato proprio questo punto: i princìpi generali della teoria mantengono una consistente capacità euristica, ma richiedono una più precisa specificazione del loro contenuto concreto per accrescere verificabilità e capacità predittiva[35].

[33] Cfr. E.H. Sutherland, *Una teoria sociologica del comportamento criminale*, cit., 95-96; R.L. Matsueda, *Differential Social Organization, Collective Action, and Crime*, in «Crime, Law and Social Change», 46, 2006, 3-33, spec. 3-4.

[34] Cfr. R.L. Akers, *Social Learning and Social Structure: A General Theory of Crime and Deviance*, Boston, 1998, 50-53 e 322.

[35] Cfr., ad esempio, R.L. Matsueda, *The Current State of Differential Association Theory*, in «Crime & Delinquency», 34, 1988, 277-306, spec. 300-301.

Un secondo limite emerge dal rapporto tra apprendimento e scelta. Una lettura rigidamente deterministica delle definizioni apprese rischierebbe di rappresentare l'attore come destinatario quasi passivo delle influenze dei gruppi ai quali è associato, riducendo lo spazio dell'interpretazione situazionale e della decisione. Il problema assume particolare rilievo nei reati economici, nei quali gli autori possono disporre di elevate competenze, valutare alternative e modulare consapevolmente rischi e vantaggi. Apprendimento, opportunità e decisione vanno pertanto considerati come momenti distinti, sebbene interdipendenti, del medesimo processo.

Il terzo limite concerne l'unità di analisi. Sutherland affianca – come si è visto – all'associazione differenziale il concetto di organizzazione sociale differenziale, distinguendo il processo che spiega la condotta individuale da quello riferito alle variazioni dei tassi di criminalità tra gruppi. Questa distinzione amplia il quadro oltre le relazioni interpersonali, ma non fornisce ancora una teoria compiuta dei processi organizzativi attraverso i quali l'illecito d'impresa viene prodotto, coordinato e stabilizzato.

La distanza diviene ancora più evidente quando l'azione è distribuita tra una pluralità di soggetti. Una decisione formalmente lecita in un segmento dell'organizzazione può acquistare significato illecito se collegata ad altre decisioni, informazioni o omissioni. In tali situazioni, non sempre è possibile individuare un gruppo ristretto nel quale venga trasmessa una definizione esplicitamente favorevole alla violazione. L'organizzazione può produrre il risultato attraverso obiettivi incompatibili, pressioni al rendimento, routine consolidate o forme di compartimentazione che consentono ai partecipanti di non rappresentarsi integralmente gli effetti della propria attività. La prospettiva dell'apprendimento resta utile per comprendere la formazione delle pratiche e delle giustificazioni, ma deve essere integrata da un'analisi delle condizioni strutturali che rendono possibile la coordinazione dell'azione.

Un quarto profilo critico riguarda le trasformazioni della comunicazione. Come si è osservato, il primato assegnato da Sutherland ai gruppi caratterizzati da relazioni personali strette risente del contesto storico nel quale la teoria fu formulata. La comunicazione digitale rende oggi meno significativa la contrapposizione tra relazione personale e mezzo impersonale: interazioni prive di prossimità fisica possono essere frequenti, durevoli, selettive e dotate di forte intensità simbolica. Ciò suggerisce di preservare il principio dell'apprendimento attraverso l'interazione, abbandonando però una identificazione troppo rigida dell'interazione criminogena con il gruppo primario. Il pun-

to teoricamente fecondo non è la forma materiale del contatto, ma la capacità della relazione di trasmettere tecniche, definizioni, aspettative e criteri di legittimazione.

Resta, infine, il problema della reazione sociale, che nella riflessione di Sutherland non costituisce un elemento esterno alla spiegazione del *white-collar crime*. La diversa applicazione della legge, la conservazione della rispettabilità e la capacità dei soggetti economicamente potenti di non identificarsi con lo stereotipo del criminale mostrano che la qualificazione sociale dell'illecito interviene sulle condizioni nelle quali le condotte possono riprodursi. Sotto questo profilo, l'eredità di Sutherland non si esaurisce nella teoria dell'associazione differenziale: la sua analisi obbliga a considerare congiuntamente genesi del comportamento, organizzazione dei gruppi e selettività del controllo. La considerazione congiunta di questi profili impedisce di ridurre il crimine economico alla sola condotta individuale o, all'opposto, di ricondurlo interamente alle condizioni organizzative nelle quali si realizza.

Il confronto svolto consente, dunque, di precisare la tenuta del paradigma di Sutherland di fronte alle trasformazioni della criminalità economica. La teoria dell'associazione differenziale continua a offrire una chiave interpretativa efficace per comprendere come tecniche, definizioni e razionalizzazioni favorevoli alla violazione possano essere apprese e trasmesse anche in contesti profondamente diversi da quelli nei quali fu elaborata. Richiede, invece, di essere integrata quando l'illecito prende forma attraverso decisioni distribuite, procedure organizzative e contributi frammentati, non riconducibili interamente ai processi di apprendimento dei singoli. Sul versante del controllo, resta centrale l'intuizione della sua selettività, mentre cambiano le condizioni che possono ostacolare l'individuazione e la qualificazione delle condotte. Ne deriva che l'attualità di Sutherland deve essere valutata in modo differenziato. Il paradigma conserva particolare rilievo nella spiegazione dei processi di apprendimento, incontra limiti più evidenti di fronte alla dimensione organizzativa dell'illecito e mantiene la propria fecondità nell'analisi della selettività del controllo, pur nel mutamento delle condizioni nelle quali essa opera.

7. *Conclusioni. L'eredità teorica di Sutherland*

Teoria dell'associazione differenziale e studio dei crimini dei colletti bianchi appartengono, nell'opera di Sutherland, a un medesimo programma esplicativo. Il *white-collar crime* costituisce un banco di prova decisivo della teoria: mostra che una teoria costruita sulla po-

vertà, sulla marginalità o sulla patologia non può aspirare a spiegare in termini generali la criminalità se non rende conto anche delle violazioni commesse da soggetti socialmente integrati e rispettabili. La rottura introdotta da Sutherland consiste precisamente nel separare il comportamento criminale dallo stereotipo sociale del criminale.

È in questa operazione che risiede la parte più duratura dell'eredità di Sutherland. L'associazione differenziale mostra che tecniche, motivazioni, razionalizzazioni e definizioni favorevoli alla violazione possono essere apprese all'interno di relazioni sociali perfettamente integrate nella vita economica e professionale. La conformità sociale dell'autore non rappresenta quindi l'opposto della criminalità: può costituire il contesto entro il quale alcune forme di illegalità vengono apprese, giustificate e riprodotte. Il superamento del nesso necessario tra crimine e marginalità modifica, nello stesso tempo, l'oggetto della criminologia e il modo di costruirne le spiegazioni.

Le trasformazioni della criminalità economica contemporanea non smentiscono questa intuizione, ma ne delimitano la portata. Quando l'illecito deriva da decisioni distribuite, incentivi organizzativi, divisione specialistica del lavoro e relazioni sviluppate attraverso strumenti digitali, l'apprendimento resta rilevante, ma non è sufficiente a spiegare la condotta: deve essere collocato entro l'analisi delle strutture nelle quali questa viene prodotta e coordinata.

Ciò vale anche per il concetto di *white-collar crime*. La sua importanza storica non impone di trasformarlo in una categoria onnicomprensiva. Al contrario, distinguere la criminalità commessa attraverso il ruolo professionale, quella realizzata nell'interesse dell'impresa e il più ampio campo della criminalità economica permette di conservare precisione analitica. Lo status elevato dell'autore rimane fondamentale per comprendere la rottura epistemologica prodotta da Sutherland e la selettività della reazione sociale, ma non costituisce un criterio sufficiente per descrivere tutte le forme attuali di illegalità economica. Le successive ricerche sul *corporate crime* e sull'*occupational crime* hanno sviluppato proprio questa esigenza di differenziazione, confermando al tempo stesso la capacità dell'opera di Sutherland di generare nuovi programmi di ricerca[36].

Il problema della reazione istituzionale completa questo quadro. Sutherland aveva mostrato che la minore visibilità della criminalità dei colletti bianchi non poteva essere considerata una prova della sua

[36] Cfr. J.M. Eassey, M.D. Krohn, *Differential Association, Differential Social Organization, and White-Collar Crime*, in R.A. Triplett (a cura di), *The Handbook of the History and Philosophy of Criminology*, Hoboken, 2018, 159-176.

minore gravità e che la diversa applicazione della legge contribuiva a separare socialmente i suoi autori dai delinquenti convenzionali. Questa indicazione conserva valore anche quando mutano le forme dell'illecito: la produzione statistica, le modalità di accertamento e la qualificazione giuridica non sono passaggi neutrali rispetto alla conoscenza criminologica. Studiare la criminalità economica significa, pertanto, interrogare non soltanto le condizioni nelle quali essa viene prodotta, ma anche quelle attraverso le quali diventa visibile, viene definita e riceve una risposta istituzionale.

L'attualità di Sutherland non consiste dunque nella possibilità di trovare nel suo lavoro una spiegazione anticipata di fenomeni che egli non avrebbe potuto conoscere. Consiste nel metodo con il quale egli mise in discussione categorie apparentemente consolidate della criminologia. L'introduzione dei crimini dei colletti bianchi dimostrò che una teoria può essere giudicata generale soltanto se è capace di confrontarsi con i casi che ne mettono in crisi le premesse; la teoria dell'associazione differenziale, a sua volta, trasferì l'attenzione dalle caratteristiche presunte del criminale ai processi sociali attraverso i quali il comportamento viene appreso e dotato di significato. È questa duplice operazione – ampliamento dell'oggetto empirico e revisione del modello esplicativo – a rendere il suo contributo ancora efficace e attuale.

A distanza di oltre ottant'anni, la lezione di Sutherland conserva così un valore eminentemente metodologico: rifiutare l'identificazione tra criminalità e marginalità, osservare i processi di apprendimento nei luoghi ordinari dell'attività economica e sottoporre a verifica le stesse categorie attraverso le quali la criminologia seleziona e rende visibili i fenomeni che intende spiegare. Andare oltre il *white-collar crime* significa, in questo senso, non oltrepassare Sutherland, ma continuare a utilizzare criticamente il problema teorico che egli ha consegnato alla riflessione criminologica.

Ludovica Scarselli

La fiscalità degli enti del Terzo settore tra istanze solidaristiche e dimensione imprenditoriale: i regimi speciali di ODV, APS ed enti filantropici alla luce della prassi recente

Abstract

Il contributo analizza i regimi fiscali di ODV, APS ed enti filantropici nel CTS, alla luce della prassi recente e del confronto con l'impresa sociale. Si sostiene che la riforma delinei un sistema composito di tecniche fiscali, accomunate dalla funzione di garantire la destinazione delle risorse a finalità di interesse generale, ma ancora segnato da asimmetrie applicative e potenziali frizioni concorrenziali.

This paper examines the tax regimes of volunteer organisations, social promotion associations and philanthropic entities under the Third Sector Code, in light of recent guidance and the comparison with social enterprises. It argues that different tax techniques share the function of ensuring that resources remain allocated to general-interest purposes, while still displaying application asymmetries and potential competitive frictions.

Parole chiave: Terzo settore – favor fiscalis – non commercialità – enti associativi – impresa sociale
Keywords: Third Sector – tax incentives – non-commercial status – associations – social enterprise

Sommario: 1. Introduzione – 2. Inquadramento sistematico: dal criterio soggettivo al criterio delle attività nel Codice del Terzo settore – 3. La qualificazione fiscale degli ETS e i criteri di non commercialità – 4. I regimi fiscali speciali di ODV ed enti filantropici – 5. Le APS tra mutualità associativa e attività economica – 6. Profili fiscali dell'impresa sociale e raccordi sistematici con la disciplina del CTS – 6.1. La fisionomia dell'impresa sociale nel d.lgs. n. 112/2017 – 6.2. Un confronto tra la logica patrimoniale-mutualistica e la dimensione produttiva – 7. Conclusioni

1. *Introduzione*

Il Terzo settore occupa, nell'ordinamento italiano, una posizione che sfugge alle tradizionali contrapposizioni tra attività lucrativa e attività non lucrativa, tra iniziativa privata e funzione pubblica. Gli enti che vi appartengono perseguono, senza scopo di lucro, finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, ma possono svolgere attività eco-

nomicamente rilevanti e, in alcuni casi, anche in forma imprenditoriale. La presenza, tra gli ETS, delle imprese sociali rende quindi improprio contrapporre in termini assoluti Terzo settore e impresa. Il problema tributario consiste piuttosto nell'individuare a quali condizioni l'esercizio di attività economiche, anche organizzate secondo modelli imprenditoriali, possa conciliarsi con il perseguimento di finalità solidaristiche e con il riconoscimento del *favor fiscalis*.

Il legislatore ha tentato di rispondere a questa domanda con la riforma del 2017, attuata attraverso il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore, di seguito "CTS") e il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 sull'impresa sociale. L'obiettivo dichiarato non era semplicemente razionalizzare un sistema frammentato, ma rafforzare, nella qualificazione fiscale degli ETS, il rilievo delle modalità concrete di svolgimento delle attività, superando un assetto fortemente condizionato dall'inquadramento soggettivo e statutario dell'ente. Il fulcro di questa trasformazione è l'art. 79 del CTS, che introduce parametri economico-quantitativi per distinguere le attività commerciali da quelle non commerciali, facendo dipendere la qualifica fiscale anche dalla verifica oggettiva delle attività effettivamente esercitate.

Il presente contributo si propone di esaminare criticamente se questo nuovo modello riesca a realizzare l'obiettivo che si prefigge: consentire agli enti del Terzo settore di svolgere finalità solidaristiche anche attraverso modalità parzialmente imprenditoriali, senza perdere il *favor fiscalis* che ne costituisce il presupposto operativo. L'analisi muove dalla ricostruzione del quadro sistematico introdotto dalla riforma e dei criteri generali di non commercialità, per poi esaminare i regimi speciali previsti per le organizzazioni di volontariato e gli enti filantropici e per le associazioni di promozione sociale. L'analisi tiene conto della Circolare n. 1/E del 19 febbraio 2026 dell'Agenzia delle Entrate, primo intervento sistematico di prassi amministrativa sul Titolo X del CTS, di cui si valuterà tanto il contributo chiarificatore, quanto i profili di ambiguità che ancora permangono.

La tesi che si intende dimostrare è che il sistema risultante dalla riforma non realizzi un passaggio lineare dal criterio soggettivo a quello oggettivo, bensì costruisca un modello di qualificazione fiscale composito. Nell'art. 79 prevale il dato economico delle modalità di esercizio; negli artt. 84 e 85 assumono rilievo anche la categoria dell'ente, la qualità dei destinatari e la struttura del rapporto associativo; nell'impresa sociale il baricentro si sposta, invece, sulla destinazione del risultato economico. L'unità del sistema va pertanto ricercata non nell'uniformità dei criteri tecnici, ma nella loro comune funzione selettiva: circoscrivere il *favor fiscalis* alle forme organizzative e operati-

ve nelle quali l'impiego delle risorse rimane funzionalmente vincolato al perseguimento di finalità di interesse generale. È alla luce di questa chiave di lettura che saranno valutate anche le residue asimmetrie tra i diversi modelli.

2. *Inquadramento sistematico: dal criterio soggettivo al criterio delle attività nel Codice del Terzo settore*

Prima della riforma del 2017, la fiscalità degli enti non profit era frammentata tra regimi eterogenei: ONLUS, organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, cooperative sociali e disciplina residuale degli enti non commerciali del TUIR[1]. Il sistema attribuiva rilievo prevalente all'inquadramento soggettivo e statutario, pur considerando le modalità concrete di esercizio delle attività, con il rischio di trattamenti differenti per enti sostanzialmente analoghi[2].

Il CTS ha perseguito una maggiore unità sistematica, attribuendo rilievo centrale alle modalità di svolgimento delle attività di interesse generale, senza rendere irrilevanti i requisiti soggettivi e organizzativi di accesso alla disciplina.

L'art. 79 CTS esprime questa innovazione metodologica: la qualificazione fiscale valorizza natura e modalità delle attività concretamente esercitate mediante parametri economico-quantitativi. Il problema diviene consentire agli ETS di utilizzare anche strumenti imprenditoriali senza snaturarne la funzione solidaristica né produrre vantaggi incompatibili con la neutralità concorrenziale[3].

Il Titolo X del CTS non introduce un sistema tributario autonomo rispetto all'ordinamento vigente, bensì un complesso di disposizioni speciali destinate a operare in rapporto di specialità con la disciplina generale del TUIR, le cui norme continuano a trovare applicazione nei confronti degli ETS *"in quanto compatibili"* con la disciplina speciale prevista dal Codice. Ne discende un coordinamento tale per cui «*ai fini della soggettività passiva ai fini IRES gli ETS saranno ricondotti*

[1] AA.VV., *Dal non profit al Terzo settore. Una riforma in cammino. 2° Rapporto sullo stato e le prospettive del diritto del Terzo settore in Italia*, Terzjus Report 2022, Napoli, 2022, 86, 91, 240, 309.

[2] G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, in AA.VV., *Dal non profit al Terzo settore. Una riforma in cammino. 2° Rapporto sullo stato e le prospettive del diritto del Terzo settore in Italia, cit.*, 86-88 e 91.

[3] *Ivi*, 86-87, 91, 95 e 104; D. Canè, *Profilo teorico delle "Agevolazioni tributarie" per il Terzo Settore*, in *Società e diritti*, 2024, 82 ss.

tra gli enti di cui alla lettera b) del comma 1 dell'art. 73 t.u.i.r., se saranno qualificati in base alle nuove regole contenute nel CTS come enti commerciali, mentre saranno ricondotti nella lettera c), se qualificati come enti non commerciali». Così si esprime la Circolare n. 1/E (par. 1.7), secondo cui *"Il legislatore della riforma ha inserito le disposizioni fiscali dedicate agli ETS all'interno del Codice (Titolo X), non prevedendo nel TUIR norme specifiche dedicate agli enti iscritti nel RUNTS"*. Le imprese sociali restano invece escluse dal modello di qualificazione fiscale delineato dall'art. 79 CTS, trovando la propria disciplina fiscale principalmente nel d.lgs. n. 112/2017, ferme le disposizioni di coordinamento applicabili.

Il RUNTS costituisce il presupposto soggettivo per l'accesso alla disciplina fiscale speciale, ma l'iscrizione è condizione necessaria e non sufficiente: la qualifica fiscale dipende anche dalla verifica delle attività concretamente esercitate. Il nuovo modello coordina così requisiti organizzativi e statutari con il successivo test fiscale sulle attività[4].

L'operatività delle disposizioni fiscali del Titolo X era stata originariamente subordinata al procedimento europeo previsto dagli artt. 101, comma 10, e 104, comma 2, CTS. A seguito della comfort letter del 7 marzo 2025, con la quale i Servizi della Direzione generale Concorrenza della Commissione europea hanno espresso una valutazione preliminare favorevole su alcune delle misure sottoposte al loro esame, il legislatore è intervenuto con l'art. 8 del d.l. n. 84/2025[5], rimuovendo, per le disposizioni interessate, la condizione sospensiva dell'autorizzazione europea e prevedendone l'applicazione a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2025. Il coordinamento con il diritto dell'Unione resta, tuttavia, un vincolo interpretativo permanente, in particolare rispetto alla concorrenza e alla parità di trattamento tra operatori economici.

In questa prospettiva, la Circolare rappresenta il primo intervento sistematico di prassi amministrativa che affronta organicamente i profili applicativi del Titolo X del CTS, fornendo chiarimenti sui criteri di non commercialità, sul trattamento delle attività di interesse generale,

[4] A. Fici, *Le principali novità di un anno di riforma*, *ivi*, 51; G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, *ivi*, 86; G. Ponzanelli, *Enti del Terzo settore: un primo commento*, in AA.VV., *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, Milano, 2017, 13 e ss.; Circ. Agenzia delle Entrate n. 1/E, cit., parr. 1.3 e 2.1.

[5] Cfr. Commissione europea, DG Concorrenza, Comfort Letter per il Terzo settore, caso SA.63927, 7 marzo 2025; art. 8, d.l. 17 giugno 2025, n. 84, conv., con modif., dalla l. 30 luglio 2025, n. 108.

sui regimi speciali delle singole categorie di enti e sulle modalità di coordinamento con la disciplina previgente[6]. Non si tratta, tuttavia, di un documento privo di ambiguità, poiché alcune soluzioni interpretative proposte dalla Circolare sollevano interrogativi di coerenza sistematica, sui quali si avrà modo di tornare nei paragrafi che seguono.

La principale innovazione della riforma non consiste, dunque, nell'introduzione di nuove agevolazioni fiscali, bensì nell'adozione di un diverso criterio di qualificazione degli enti, fondato sull'analisi delle attività effettivamente svolte e del loro equilibrio economico. Resta allora da verificare se il nuovo modello sia effettivamente idoneo a realizzare tale equilibrio, ovvero se permangano profili di criticità applicativa nella distinzione tra attività non commerciali e attività svolte secondo logiche di mercato.

3. *La qualificazione fiscale degli ETS e i criteri di non commercialità*

L'art. 79 CTS rappresenta il fulcro della riforma tributaria. Occorre tuttavia distinguere la qualifica civilistica di ETS, legata all'iscrizione al RUNTS e ai requisiti del Codice, dalla qualifica fiscale di ente non commerciale: un ETS può essere fiscalmente commerciale o non commerciale e non tutti gli enti non commerciali appartengono al Terzo settore[7].

Nel sistema previgente, tuttora applicabile agli enti non commerciali non iscritti al RUNTS, la qualificazione fiscale era incentrata sull'oggetto esclusivo o principale risultante dall'atto costitutivo e dallo statuto.

Gli indici dell'art. 149 TUIR intervenivano come parametri presuntivi per verificare lo scostamento tra configurazione formale ed effettiva operatività, senza sostituire il criterio statutario.

Ne derivava un sistema nel quale la qualificazione fiscale risultava fortemente condizionata dalle previsioni contenute nello statuto, con il rischio che enti sostanzialmente analoghi sotto il profilo dell'attività concretamente svolta ricevessero un differente trattamento tributario in ragione della diversa formulazione dell'oggetto istituzionale.

[6] A. Fici, *op. cit.*, 23; G. Sepio, *op. cit.*, 95-96, 102; L. Gallo, *L'evoluzione dell'"amministrazione condivisa", ivi*, 128; L. Bobba, *Una riforma in cammino. Cosa resta da fare e cosa c'è da cambiare*, *ivi*, 438; G. Ponzanelli, *op. cit.*, 16-17; Circ. Agenzia delle Entrate n. 1/E, cit., Premessa e parr. 1.6, 1.7, 2.1-2.3.

[7] Sul tema, cfr. L. Castaldi, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi,* Torino, 1999, 313 ss.

Con il CTS, per gli ETS la qualificazione fiscale non è più prevalentemente ancorata al solo inquadramento soggettivo e statutario, ma attribuisce rilievo determinante alle attività concretamente esercitate secondo i parametri dell'art. 79[8].

Ai sensi dell'art. 79 del CTS, le attività di interesse generale elencate all'art. 5 si considerano non commerciali quando sono svolte a titolo gratuito ovvero dietro corrispettivi che non eccedono i costi effettivi sostenuti per la loro produzione. Il raffronto è, dunque, tra entrate e costi reali, non tra finalità statutarie e natura dell'attività. Ciò implica che la stessa attività, per esempio la gestione di un servizio socio-sanitario o di un'attività educativa, può essere fiscalmente commerciale o non commerciale a seconda delle modalità economiche con cui viene svolta. Se i corrispettivi non eccedono i costi, l'attività è non commerciale; ove li superino, assume natura commerciale e concorre alla determinazione del reddito d'impresa, fatta salva la specifica soglia di tolleranza prevista dall'art. 79, comma 2-bis, CTS[9].

La Circolare n. 1/E del 2026, aderendo all'interpretazione estensiva, ha chiarito che nella nozione di "costi effettivi" rientrano non solo i costi direttamente imputabili all'attività di interesse generale, ma anche quelli indiretti e generali, inclusi gli oneri finanziari e tributari[10]. La determinazione può avvenire secondo il criterio di cassa o di competenza adottato dall'ente nella propria contabilità, nel rispetto delle regole contabili applicabili e di criteri stabili nel tempo. Restano esclusi i costi figurativi, ossia i valori che non corrispondono a uscite effettive, tra cui il valore economico del lavoro volontario. Per gli enti con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate non superiori a 300.000 euro, il test può essere effettuato unitariamente; ove le attività siano disomogenee e prive di collegamento organizzativo, costi e ricavi vanno valutati separatamente[11].

Sul piano applicativo, questa impostazione trasferisce sull'ente un

[8] G. Sepio, *op. cit.*, 86, 94-96, 103; G. Ponzanelli, *op. cit.*, 14; G.M. Colombo, *Per una rilettura dell'art. 79 del Codice del Terzo Settore*, in *Società e diritti*, 2024, 22 ss.; T. Tassani, *Qualificazione e disciplina degli enti del Terzo Settore (ETS) nelle imposte sui redditi*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2025, 383 ss.; Circ. Agenzia delle Entrate n. 1/E, cit., parr. 2.1 e 2.3.

[9] *Ivi*, 95-96, 98, 103; A. Chiampi, *Regime fiscale degli enti del Terzo settore*, in *European Journal of Volunteering and Community-Based Projects*, 1/2020, 80-89; T. Tassani, *op. cit.,* 383 ss.; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., parr. 2.2.1 e 2.2.2, pp. 31 ss. e 38 ss. Fermo restando che il CTS consente alcuni scostamenti entro i limiti di tolleranza di cui all'art. 79, c. 2-*bis*, come meglio si dirà in seguito.

[10] *Ivi*, par. 2.2.1, pp. 32-33.

[11] *Ivi*, par. 2.1.

significativo onere di documentazione e imputazione, particolarmente gravoso per le realtà prive di contabilità analitica articolata[12].

Un secondo profilo critico riguarda il trattamento dei costi figurativi del volontariato, vale a dire dei costi convenzionalmente attribuiti all'attività prestata gratuitamente dai volontari, pur in assenza di un'effettiva uscita finanziaria. La nozione di costi effettivi accolta dall'art. 79 CTS, come chiarita dalla Circolare n. 1/E del 2026, comporta che i costi figurativi non siano computabili ai fini del test di non commercialità delle attività di interesse generale. La *ratio* è comprensibile, poiché il test è costruito sul raffronto tra corrispettivi e costi effettivamente sostenuti, escludendo così che valori privi di una corrispondente manifestazione economico-finanziaria incidano sulla verifica della non commercialità[13]. Tale esclusione, tuttavia, si applica solo al test di non commercialità di cui all'art. 79 e non opera nei confronti delle "attività diverse" di cui all'art. 6 del CTS. Per verificare la natura secondaria di queste ultime, il D.M. n. 107/2021 all'art. 3, comma 3, consente espressamente di valorizzare i costi figurativi del volontariato ai fini del calcolo del limite del 66% dei costi complessivi dell'ente.

La diversa disciplina dei costi figurativi pone, pertanto, un problema di coordinamento sistematico e induce a interrogarsi sulle ragioni che giustificano il differente trattamento nei due distinti test[14]. L'asimmetria tra il trattamento dei costi figurativi ai fini dell'art. 79 e quello previsto dal D.M. n. 107/2021 ai fini dell'art. 6 rivela una tensione di fondo nel disegno legislativo tra l'esigenza di selettività del regime agevolativo, che impone di fondare la non commercialità su costi effettivamente sostenuti, e la volontà di valorizzare il contributo del volontariato come elemento qualificante del modello organizzativo degli ETS. Il legislatore ha risolto questa tensione in maniera differenziata, a seconda del contesto normativo, senza però spiegarne le ragioni e la Circolare n. 1/E del 2026 non ha colmato questa lacuna interpretativa.

La disciplina distingue tra entrate e attività soggette a regole differenti: contributi, liberalità e quote associative seguono le previsioni dell'art. 79; i redditi patrimoniali le rispettive regole reddituali e le eventuali agevolazioni speciali; le attività di interesse generale sono

[12] Circ. Agenzia delle Entrate, cit., par. 2.2.1, 32-33; G. Sepio, *op. cit.*, 95.

[13] Circ. Agenzia delle Entrate n. 1/E del 19 febbraio 2026, p. 33, nota 73; cfr., per il diverso criterio previsto ai fini delle attività diverse, art. 3, comma 3, lett. *a)*, del D.M. 19 maggio 2021, n. 107.

[14] Circ. Agenzia delle Entrate n. 1/E, cit., p. 33, nota 73; G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, *ivi*, 86, 95; *Idem*, *Le attività "diverse" degli enti del Terzo settore*, *ivi*, 246-247; G.M. Colombo, *op. cit.*, 25.

sottoposte al test di non commercialità, mentre le attività diverse ex art. 6, secondarie e strumentali, restano ordinariamente commerciali entro i limiti del D.M. n. 107/2021[15].

Per le attività diverse non opera il test dell'art. 79: la natura commerciale è valutata secondo le regole ordinarie del TUIR, ferma la possibile qualificazione come redditi diversi quando l'attività sia occasionale.

Il test di prevalenza annuale determina la qualifica fiscale complessiva dell'ente, sicché la prevalenza dei proventi derivanti da attività svolte in forma d'impresa rispetto alle entrate da attività non commerciali incide sulla qualificazione dell'ETS ai sensi dell'art. 79 CTS. Distinto è il margine di tolleranza previsto dal comma 2-*bis* per le singole attività di interesse generale: esse restano non commerciali quando i ricavi non superano di oltre il 6% i relativi costi, purché tale scostamento non si protragga per più di tre periodi d'imposta consecutivi. Nel quarto periodo, pertanto, un nuovo avanzo, anche contenuto entro il 6%, comporta la qualificazione commerciale dell'attività; resta ferma la possibilità di tornare ad applicare il margine di tolleranza dopo un periodo nel quale i corrispettivi non superino i costi effettivi[16].

Questi strumenti di flessibilità rispondono a una preoccupazione legittima poiché gli enti del Terzo settore operano spesso in condizioni di incertezza economica e una regola di qualificazione rigidamente ancorata al singolo esercizio avrebbe rischiato di penalizzare gli enti più virtuosi in caso di fluttuazioni temporanee dei proventi[17].

Tuttavia, la loro presenza non risolve la questione di fondo: il sistema così congegnato, articolato, flessibile, fondato su parametri oggettivi è effettivamente adeguato a garantire che gli enti possano svolgere le proprie finalità solidaristiche anche con modalità parzialmente imprenditoriali, senza perdere il *favor fiscalis* che ne costituisce il presupposto operativo[18]? La risposta richiede di esaminare i regimi speciali previsti per le più importanti categorie di enti, ai quali sono dedicati i paragrafi che seguono.

[15] G. Sepio, *op. cit.,* 91, 97, 104; *Idem*, *Le attività "diverse" degli enti del Terzo settore*, *ivi*, 240, 249-250; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., parr. 2.1 e 2.3.

[16] *Ivi*, 95-96, 103-104; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 39-41, 83-84.

[17] *Ivi*, 94, 96-97; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 39-40.

[18] G. Sepio, *op. cit.,* 86, 91, 105; *Idem*, *Le attività "diverse" degli enti del Terzo settore*, *ivi*, 248; C. Caltabiano, *ETS ai nastri di partenza*, *ivi*, 420; D. Canè, *op. cit.*, 82 ss.; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 55, 59.

4. *I regimi fiscali speciali di ODV ed enti filantropici*

Il CTS affianca al regime generale discipline differenziate per specifiche categorie[19]. Per ODV ed enti filantropici, la giustificazione sistematica del trattamento va ricercata nella specifica funzione svolta nel quadro della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost[20]. Occorre quindi verificare se le agevolazioni siano coerenti con tale funzione solidaristica.

L'analisi si concentra su ODV, APS ed enti filantropici perché il CTS riserva loro specifiche fattispecie agevolative negli artt. 84 e 85, mentre gli altri ETS restano soggetti, in via generale, all'art. 79.

Le ODV svolgono attività di interesse generale prevalentemente in favore di terzi estranei alla compagine associativa e si fondano strutturalmente sull'apporto dei volontari: l'art. 32, comma 1, CTS impone che esse si avvalgano in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati, mentre l'art. 33, comma 1, stabilisce che il numero dei lavoratori impiegati non possa essere superiore al 50% del numero dei volontari. Il limite non esclude in assoluto il ricorso al lavoro retribuito, ma preserva la connotazione volontaristica propria della categoria.

Le APS si distinguono soprattutto per la dimensione mutualistica, potendo rivolgere le attività anche ad associati e familiari. Il volontariato resta però strutturale: l'art. 35 ne richiede la prevalenza e l'art. 36 limita il lavoro retribuito al 50% dei volontari o al 20% degli associati. La differenza rispetto alle ODV riguarda quindi soprattutto la proiezione dell'attività verso la base associativa.

Questi elementi strutturali concorrono a delimitare la specificità delle ODV rispetto agli altri ETS[21].

[19] G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, *ivi*, 86-87, 91, 100; A. Fici, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, in ACRI, *Fondazioni di origine bancaria. XXIII Rapporto annuale 2017*, Roma, 2018, 333; F. Loffredo, *Gli enti del Terzo settore*, II ed., Napoli, 2018, 21; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 55, 59.

[20] G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, *ivi*, 86; A. Fici, *I primi dati sulle iscrizioni al RUNTS e uno studio di caso*, *ivi*, 225; *Idem*, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, *ivi*, 323; G. Boletto, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020. Il suo (possibile) impatto nel sistema di imposizione dei redditi del Terzo settore*, in *Impresa Sociale*, 2/2021, 7-16, consultabile al link: https://rivistaimpresasociale.s3ImpresaSociale-2021-02-boletto.pdf; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 57, 59.

[21] A. Fici, *Le principali novità di un anno di riforma*, *ivi*, 49-50; *Idem*, *I primi dati*

Gli enti filantropici, disciplinati dagli artt. 37-40 del CTS, si caratterizzano invece per l'erogazione di denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale, secondo il modello delineato dall'art. 37 CTS[22]. In entrambi i casi, il legislatore individua una funzione redistributiva[23] che giustifica un trattamento fiscale differenziato rispetto agli ETS che operano con modelli organizzativi più prossimi all'impresa.

Nella prospettiva qui proposta, il relativo indice selettivo risiede soprattutto nella destinazione patrimoniale delle risorse, ove il vincolo solidaristico si manifesta nella loro funzionalizzazione al sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale, più che nelle modalità economiche di una singola prestazione.

L'art. 84 CTS individua per le ODV specifiche fattispecie non commerciali, purché prive di mezzi organizzati professionalmente per fini concorrenziali: tra esse, determinate vendite di beni acquisiti gratuitamente o prodotti da assistiti e volontari e la somministrazione occasionale di alimenti e bevande in manifestazioni. Non si tratta di una decommercializzazione generale delle prestazioni agli associati, propria invece, a specifiche condizioni, dell'art. 85 per le APS[24].

La *ratio* della disposizione è quella di sottrarre a imposizione alcune attività tipicamente utilizzate dalle ODV per reperire risorse destinate al perseguimento delle finalità istituzionali, purché siano rispettate le condizioni tassativamente previste dalla norma. Il *favor fiscalis* non discende, pertanto, dalla mera assenza di scopo di lucro, né impli-

sulle iscrizioni al RUNTS e uno studio di caso, *ivi*, 225; *Idem*, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, *op. cit.*, 335.

[22] A. Fici, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria, op. cit.,* 335-336*; Idem*, *I primi dati sulle iscrizioni al RUNTS e uno studio di caso*, *ivi*, 232; G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, *ivi*, 106; L. Bobba, *op. cit.*, 443; V. Montani, *Associazioni e fondazioni del Terzo settore: le regole di governance*, in *Jus*, 2/2022, 162-163; A. Fici, *Gli enti filantropici del terzo settore: natura giuridica, fattispecie e disciplina*, Studio n. 28-2024/CTS, Consiglio Nazionale del Notariato, 2024, 8 ss.; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 57.

[23] G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, *ivi*, 86-87, 102, 105; A. Fici, *Le principali novità di un anno di riforma*, *ivi*, 32, 81; L. Bobba, *op. cit.*, 437; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 57-58; v. altresì Corte Cost., 15 marzo 2022, n. 72. La Corte costituzionale ha ritenuto non irragionevole riservare determinati benefici alle sole ODV in ragione della prevalenza del volontariato.

[24] G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, *ivi*, 101; *Idem*, *Le attività "diverse" degli enti del Terzo settore*, *ivi*, 242-243; A. Fici, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, *op. cit.*, 335; A. Chiampi, *op. cit.*; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., par. 2.2.8, 56.

ca che l'ODV sia ontologicamente estranea a qualsiasi attività economicamente rilevante, ma è collegato alle caratteristiche concrete delle fattispecie agevolate e alla funzione solidaristica dell'ente.

A completamento del quadro, l'art. 86 CTS prevede per ODV e APS un regime forfetario opzionale relativo alle attività commerciali svolte. Possono accedervi gli enti che, nel periodo d'imposta precedente, abbiano percepito ricavi, ragguagliati al periodo d'imposta, non superiori a 85.000 euro. Il reddito imponibile è determinato applicando ai ricavi percepiti un coefficiente di redditività pari all'1% per le ODV e al 3% per le APS.

La soglia di 85.000 euro costituisce, dunque, il limite dei ricavi commerciali rilevante ai fini dell'accesso al regime[25].

Un ulteriore profilo agevolativo, distinto dal regime forfetario dell'art. 86, riguarda i redditi immobiliari. L'art. 84, commi 2 e 2-bis, prevede per ODV ed enti filantropici l'esenzione IRES dei redditi degli immobili destinati in via esclusiva allo svolgimento di attività non commerciale. La Circolare n. 1/E chiarisce, tuttavia, che il vincolo di destinazione va riferito ai redditi ricavati dagli immobili: l'agevolazione comprende anche i redditi derivanti dalla gestione immobiliare, inclusa la locazione, purché gli immobili non siano inseriti in un contesto produttivo e i relativi proventi siano destinati al sostegno delle attività istituzionali non commerciali.

La precisazione è rilevante perché evita di identificare l'agevolazione con il solo impiego strumentale diretto dell'immobile. Il criterio selettivo si sposta sulla natura fondiaria del reddito, sull'assenza di una gestione organizzata in forma d'impresa e sulla destinazione dei proventi alle finalità istituzionali dell'ente.

La Circolare precisa inoltre che i proventi immobiliari non devono essere necessariamente impiegati integralmente nel medesimo periodo d'imposta: la destinazione può realizzarsi nel tempo o riguarda-

[25] L'art. 86 non introduce un'imposta sostitutiva, ma disciplina la determinazione forfetaria del reddito imponibile derivante dalle attività commerciali, sul quale trova applicazione l'IRES secondo le regole proprie dell'imposta. Ai fini IRAP, la disciplina va coordinata con l'art. 82-bis CTS, introdotto dall'art. 30 del d.lgs. 7 agosto 2026, n. 148, che, per gli ETS diversi dalle imprese sociali, rinvia alle disposizioni del TUIR per la qualificazione fiscale dell'attività svolta. L'art. 86 contiene inoltre una disciplina specifica ai fini IVA e semplificazioni degli adempimenti, profili che, per la loro ampiezza, non vengono ulteriormente approfonditi in questa sede. Sul punto, v. M.C. De Cesari - G. Sepio, *Irap ed enti del Terzo settore con clausola di salvaguardia*, in Il Sole 24 Ore, Norme e Tributi, 11 giugno 2026; M. Orlandi, *Regime speciale IRAP per gli enti del Terzo Settore*, in IPSOA Quotidiano, 25 giugno 2026.

re progetti futuri, purché l'ente sia in grado di documentare l'effettivo utilizzo delle somme per le finalità istituzionali non commerciali[26]. Il profilo problematico riguarda, pertanto, la delimitazione delle condizioni alle quali tale destinazione dei redditi può considerarsi sufficientemente documentata e funzionalmente collegata alle attività non commerciali dell'ente[27].

In termini sistematici, il chiarimento amministrativo amplia la portata applicativa dell'esenzione senza trasformarla in una detassazione generalizzata del patrimonio immobiliare. Restano esclusi i redditi riconducibili a una gestione organizzata in forma d'impresa; per contro, la mera locazione o gestione patrimoniale può rientrare nell'agevolazione quando sia finalizzata a ricavare redditi fondiari destinati alle attività istituzionali non commerciali. Il punto problematico si concentra, pertanto, non sull'uso esclusivo materiale del bene, ma sulla distinzione concreta tra gestione patrimoniale e attività imprenditoriale, distinzione che conserva inevitabili margini valutativi.

Quanto alle erogazioni liberali, il riferimento centrale è l'art. 83 CTS, che riconosce detrazioni e deduzioni ai soggetti che effettuano liberalità a favore degli ETS non commerciali, secondo i presupposti e i limiti stabiliti dalla norma. Il trattamento è più favorevole per le erogazioni in denaro a favore delle ODV: per le persone fisiche la detrazione è pari al 35%, rispetto al 30% previsto, in via generale, per le erogazioni agli altri ETS ammessi al beneficio. La differenziazione conferma la particolare valorizzazione legislativa del modello volontaristico, già riconosciuta anche dalla giurisprudenza costituzionale[28].

Il meccanismo previsto dall'art. 83 si articola su due strumenti alternativi. Per le persone fisiche è riconosciuta una detrazione dall'imposta lorda, nei limiti previsti dal comma 1; in alternativa, il comma 2 consente la deduzione delle liberalità dal reddito complessivo netto entro il limite del 10% del reddito complessivo dichiarato, con possibilità di riportare l'eventuale eccedenza nei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il quarto[29].

[26] G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, *ivi*, 86, 93, 109; *Idem*, *Le attività "diverse" degli enti del Terzo settore*, *ivi*, 232; F. Loffredo, *op. cit.*, 15; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 59.

[27] G. Sepio, *La leva fiscale per lo sviluppo dell'economia sociale*, ivi, 86 e ss.; *Idem*, *Le attività "diverse" degli enti del Terzo settore*, ivi, 243; L. Gallo, *op. cit.*, 147; L. Bobba, *op. cit.*, 433; V. Montani, *op. cit.*, 130; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 58.

[28] G. Sepio, *op. cit.*, 87 e ss.; L. Bobba, *op. cit.*, 437.

[29] Cfr. art. 83, commi 1 e 2, del CTS. V. altresì G. Sepio, *op. cit.*, 117; *A due passi dalla meta. Verso il completamento della riforma. 4° Rapporto sullo stato e sull'evolu-*

La presenza di limiti quantitativi e temporali impone, soprattutto per le erogazioni di maggiore entità, una valutazione comparativa tra detrazione e deduzione. Più che configurare un'assenza di beneficio per l'eccedenza, il sistema distribuisce l'incentivo secondo meccanismi differenti, lasciando al contribuente la scelta dello strumento fiscalmente più conveniente nel caso concreto.

Nel complesso, il regime riflette la funzione solidaristica delle ODV e quella redistributiva degli enti filantropici. Restano tuttavia profili problematici connessi alla verifica dell'effettiva destinazione dei proventi esenti e alla differenziazione delle liberalità tra categorie di ETS.

5. *Le APS tra mutualità associativa e attività economica*

Se il regime delle ODV e degli enti filantropici si giustifica con la funzione redistributiva e il carattere patrimoniale della loro operatività, il regime fiscale delle associazioni di promozione sociale (APS) pone una questione strutturalmente diversa e, per certi versi, più complessa[30]. La domanda che attraversa l'intera disciplina delle APS non è se il *favor fiscalis* sia giustificato, ma se il modello su cui esso si fonda, la decommercializzazione delle attività svolte nei confronti degli associati, sia ancora coerente con la realtà operativa di questi enti, sempre più caratterizzata da una dimensione economica che fatica a ricondursi alla semplice mutualità associativa.

Il fondamento del regime speciale delle APS risiede nell'art. 85 del CTS, che considera non commerciali le attività svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali verso corrispettivi specifici nei confronti dei propri associati e dei familiari conviventi degli stessi, nonché degli associati di altre APS che svolgono la medesima attività e che, per legge, regolamento, atto costitutivo o statuto, fanno parte di un'unica organizzazione locale o nazionale, e dei relativi familiari conviventi. La *ratio* è quella di non assimilare il rapporto associativo a un rapporto di mercato[31]; l'associato non è un cliente, ma un partecipante alla

zione del diritto del Terzo settore in Italia, Sintesi del Terzjus Report 2024, Roma, 2024; C. Caltabiano, *op. cit.*, 396 e ss.

[30] A. Fici, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria, op. cit.*, 335 e ss.; F. Loffredo, *op. cit.*, 42; G. Sepio, *op. cit.*, 102 e 103; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 60 e 62.

[31] Cfr. art. 85, commi 1 e 3, e art. 89, commi 1 e 4, CTS. V. G. Sepio, *op. cit.*, 101 e ss.; A. Fici, *op. cit.*, 335; A. Chiampi, *op. cit.*; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 60 e ss.

vita dell'ente e il corrispettivo che versa non è il prezzo di un servizio, ma il contributo alla realizzazione di uno scopo condiviso. Questa impostazione appare coerente con il modello originario delle associazioni di promozione sociale, intese come enti di piccole o medie dimensioni, radicati nel territorio, con una base associativa omogenea e partecipe[32].

Il problema emerge quando si considera la realtà attuale delle APS di maggiori dimensioni. Un'associazione con migliaia di associati, che eroga servizi in modo sistematico e strutturato, con personale retribuito e strutture organizzative complesse, può presentare caratteristiche organizzative prossime a quelle di un operatore di mercato, pur restando soggetta ai requisiti propri della categoria. Tale evoluzione solleva tuttavia l'interrogativo se, e a quali condizioni, la decommercializzazione prevista dall'art. 85 possa determinare asimmetrie competitive rispetto a operatori che svolgono attività analoghe in regime di piena imposizione. Il problema non implica l'introduzione di un autonomo criterio concorrenziale estraneo alla fattispecie normativa: esso si pone, piuttosto, sul piano della verifica sostanziale dei presupposti ai quali lo stesso art. 85 collega la decommercializzazione, in particolare la qualità dei destinatari e la diretta attuazione degli scopi istituzionali. La Circolare n. 1/E del 2026, al par. 2.2.9, non affronta esplicitamente questo profilo, limitandosi a confermare i criteri di applicazione dell'art. 85 CTS senza interrogarsi sulla loro adeguatezza rispetto all'evoluzione strutturale delle APS. In assenza di ulteriori chiarimenti della prassi, la questione resta pertanto aperta e richiede una verifica concreta, ferma restando la necessità di accertare puntualmente la sussistenza dei presupposti normativi della decommercializzazione.

Il punto è allora stabilire fino a quale limite la qualità di associato resti un indice attendibile dell'assenza di una relazione di mercato. Quanto più la prestazione diviene stabile e standardizzata, tanto più occorre verificare l'effettività della partecipazione associativa, affinché la posizione formale del destinatario non coincida, sul piano sostanziale, con quella del cliente. Non si tratta di subordinare l'agevolazione a requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore, ma di verificare che i presupposti relazionali espressamente valorizzati dal-

[32] Cfr. artt. 13, 23 e 35 CTS; v. ITALIA NON PROFIT, *Tra riforma e RUNTS: l'indagine online*, *ivi*, 182 e ss.; *A due passi dalla meta. Verso il completamento della riforma. 4° Rapporto sullo stato e sull'evoluzione del diritto del Terzo settore in Italia, Sintesi del Terzjus Report 2024*, cit.; C. CALTABIANO, *op. cit.*, 397; A. FICI, *Le principali novità di un anno di riforma*, ivi, 61; V. MONTANI, *op. cit.*, 131, 142 e 146; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 63.

l'art. 85 conservino, nell'applicazione concreta, la funzione selettiva che giustifica la decommercializzazione. Tale verifica non può arrestarsi alla qualificazione formale del destinatario come associato, ma deve considerare l'effettività della partecipazione alla vita dell'ente e la riconducibilità della prestazione alla diretta attuazione degli scopi istituzionali.

L'art. 85, comma 3, mantiene in linea generale commerciali la somministrazione di alimenti e bevande e l'organizzazione di viaggi e soggiorni. Il comma 4 prevede una deroga circoscritta per determinate APS con finalità assistenziali riconosciute, se le attività sono complementari a quelle istituzionali, rese ad associati e familiari conviventi e prive di pubblicità verso terzi, nei limiti della disciplina *de minimis*[33].

La deroga deve essere letta restrittivamente proprio perché eccezionale rispetto alla regola di commercialità. Ne deriva che il problema della possibile sovrapposizione con attività offerte sul mercato non può essere risolto facendo leva sulla sola qualità di associato del destinatario: assumono rilievo anche la stretta complementarità rispetto agli scopi istituzionali, i requisiti soggettivi dell'APS e l'assenza di pubblicità verso il pubblico indistinto. Il comma 7 dell'art. 85 ha invece un oggetto diverso, poiché disciplina l'esenzione IRES dei redditi degli immobili destinati in via esclusiva allo svolgimento di attività non commerciale da parte delle APS.

ODV e APS condividono la prevalenza del volontariato, ma differiscono per destinatari e struttura dei regimi speciali: le prime operano prevalentemente verso terzi, le seconde anche verso associati e familiari[34]. Per le APS, la tenuta del sistema richiede quindi anche l'effettività del rapporto associativo e delle condizioni dell'art. 85[35].

Su questo piano, la prassi amministrativa ha ancora molto da fare e la Circolare n. 1/E del 2026 rappresenta un primo passo importante ma non risolutivo.

[33] Cfr. art. 85, commi 3, 4 e 7, CTS. V. G. Sepio, *op. cit.*, 102; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., par. 2.2.9.

[34] La distinzione tra ODV e APS risiede principalmente nella diversa proiezione soggettiva delle attività di interesse generale: le prime le svolgono prevalentemente in favore di terzi e si caratterizzano per la prevalenza strutturale dell'apporto volontario, mentre le seconde possono rivolgerle anche agli associati e ai loro familiari, valorizzando la dimensione mutualistica; sul punto cfr. artt. 32 e 35 CTS; Corte Cost., sent. n. 72 del 2022. Cfr. A. Fici, *op. cit.*, 32, 225, 335 e ss.; G. Sepio, op. cit., 101 e 102; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 62.

[35] Cfr. artt. 35 e 85 CTS. Sul tema cfr. G. Sepio, *op. cit.*; A. Fici, *op. cit.*; V. Montani, *op. cit.*, 131; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 62 e 63.

6. *Profili fiscali dell'impresa sociale e raccordi sistematici con la disciplina del CTS*

6.1. *La fisionomia dell'impresa sociale nel d.lgs. n. 112/2017*

L'analisi dei regimi speciali di ODV, APS ed enti filantropici, svolta nei paragrafi precedenti, ha messo in luce un sistema nel quale il *favor fiscalis* è riconosciuto attraverso criteri e fattispecie differenziati, collegati alla natura delle attività, alle modalità del loro svolgimento e alla funzione solidaristica o redistributiva dell'ente. L'impresa sociale, disciplinata dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, si colloca in una posizione strutturalmente diversa e solleva quindi una domanda preliminare: perché il legislatore ha scelto di non applicarle il modello della non commercialità previsto dall'art. 79 del CTS[36]?

La scelta di escludere l'impresa sociale dal test dell'art. 79 dipende dalla natura stabilmente imprenditoriale delle attività di interesse generale, che possono richiedere personale remunerato e investimenti rilevanti. Il legislatore sposta quindi il controllo sulla destinazione degli utili e degli avanzi: l'art. 18 del d.lgs. n. 112/2017 esclude dal reddito imponibile, alle condizioni previste, le somme destinate alle riserve vincolate e al contributo per l'attività ispettiva[37].

Si pensi, a titolo esemplificativo, a un centro medico e riabilitativo costituito in forma di impresa sociale, che eroga prestazioni a tariffe agevolate: esso può assumere personale interamente remunerato, applicare corrispettivi di mercato e generare avanzi di gestione, beneficiando comunque, nei limiti e alle condizioni sopra illustrati, dell'esclusione dal reddito imponibile prevista dall'art. 18 del d.lgs. n. 112/2017 per le somme destinate a riserva. Lo stesso ente, costituito in forma di ODV, non potrebbe invece adottare una struttura nella quale i lavoratori retribuiti superino il limite previsto dall'art. 33 CTS.

Il modello si fonda sul vincolo di destinazione degli utili e degli avanzi e sul divieto di distribuzione diretta o indiretta, pur ammettendo, per alcune forme societarie, una limitata remunerazione del capitale nei limiti dell'art. 3. Il *favor fiscalis* dell'art. 18 resta collegato alle somme destinate alle finalità e riserve indicate dalla norma[38].

[36] Cfr. artt. 79, 84 e 85 CTS; art. 18 del d.lgs. n. 112 del 2017. Cfr. G. Sepio, *op. cit.*, 86-87 e 105.

[37] Cfr. artt. 32 ss. e 79 ss. CTS; v. altresì art. 18, d.lgs. n. 112/2017; Corte Cost., sent. n. 72 del 2022. Cfr. G. Sepio, *op. cit.*, 87-89, 102 e 106; A. Fici, *op. cit.*, 14, 27 e 32; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 59 e 63.

[38] Cfr. artt. 3 co. 2 e 18 del d.lgs. n. 112/2017. Cfr. G. Sepio, *op. cit.*, 106-107; A. Fici, *La nuova disciplina dell'impresa sociale: una prima lettura sistematica*, in Impresa

La Circolare n. 1/E chiarisce inoltre il meccanismo di neutralità dell'art. 18, comma 2, volto a evitare che la ricchezza esclusa perché reinvestita sia tassata per effetto delle ordinarie variazioni fiscali. La neutralizzazione opera proporzionalmente sull'utile destinato a incremento patrimoniale, ma non in caso di distribuzione, perdita o pareggio.

Va segnalato che il regime dell'impresa sociale non prevede un test di non commercialità analogo a quello dell'art. 79 del CTS. L'impresa sociale svolge, per definizione, attività d'impresa di interesse generale in forma stabile e principale e non deve quindi dimostrare, ai fini del proprio regime speciale, che i corrispettivi non eccedano i costi secondo il test previsto per gli ETS diversi dalle imprese sociali. Il controllo sull'utilizzo delle risorse avviene invece attraverso i vincoli di destinazione, gli obblighi di rendicontazione e il bilancio sociale, che documentano l'attività svolta e la destinazione degli avanzi. Questo sistema, coerente con la natura imprenditoriale dell'attività, pone l'esigenza di strumenti di verifica efficaci, la cui effettiva implementazione sembra ancora in corso di consolidamento[39].

6.2. *Un confronto tra la logica patrimoniale-mutualistica e la dimensione produttiva*

Il confronto tra ODV, APS ed enti filantropici e impresa sociale mostra che la linea di confine interna al Terzo settore non coincide con la tradizionale opposizione profit/no-profit. Si confrontano piuttosto modelli diversi di organizzazione e destinazione delle risorse, senza escludere che anche gli ETS diversi dalle imprese sociali svolgano attività economicamente rilevanti.

ODV, APS ed enti filantropici valorizzano, con tecniche differenti, non commercialità e destinazione solidaristica delle risorse: volon-

Sociale, 9/2017, 11 e 31-32; A. Mazzullo, *Diritto nell'imprenditoria sociale*, Torino, 2019, 304; L. Bobba - C. Gagliardi, *Le "nuove" imprese sociali*, ivi, 212; G.M. Colombo, *La fiscalità dell'impresa sociale*, in *Impresa Sociale*, 2/2021, 17-20, consultabile al link: https://rivistaimpresasociale.ImpresaSociale-2021-02-colombo.pdf; F. Scalvini, *Il cantiere della fiscalità dell'impresa sociale*, in *Impresa Sociale*, 2/2021, 6; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 110 e 111.

[39] Cfr. art. 79 CTS; v. altresì artt. 1, 9 e 10 del d.lgs. n. 112/2017. Cfr. A. Fici, *op. cit.*, 15 e 41; G. Sepio, *op. cit.*, 60; L. Bobba, *op. cit.*, 433; A. Fici, *ivi,* 8; D.M. 4 luglio 2019, *Adozione delle Linee guida per la redazione del bilancio sociale degli enti del Terzo settore*, spec. §§ 1-2.

tariato e proiezione verso terzi per le ODV, mutualità e partecipazione per le APS, funzione redistributiva per gli enti filantropici. Nell'impresa sociale, invece, il regime fiscale assume come baricentro la destinazione degli utili e degli avanzi.

Rimane aperta la questione se questa separazione sia pienamente coerente con gli obiettivi della riforma o se non generi invece zone di sovrapposizione e concorrenza tra modelli. Un'impresa sociale che gestisce un servizio educativo può, ad esempio, trovarsi a competere con una APS che svolge un'attività analoga beneficiando, quando ne ricorrono i presupposti, della decommercializzazione prevista dall'art. 85 CTS. La distinzione tra i due modelli non può essere ricondotta al solo rapporto tra corrispettivi e costi: per le APS l'art. 85 prevede specifiche fattispecie di decommercializzazione fondate anche sulla qualità dei destinatari e sulla diretta attuazione degli scopi istituzionali, mentre l'impresa sociale resta assoggettata alla propria disciplina fiscale. Possono così emergere asimmetrie competitive che il legislatore non ha del tutto risolto[40].

Il confronto consente, dunque, di precisare la tesi ricostruttiva proposta. Le differenze di trattamento non dipendono da una contrapposizione tra enti "non economici" ed enti imprenditoriali, che il sistema positivo smentisce, ma dal diverso indice assunto dal legislatore come garanzia della destinazione solidaristica delle risorse. Per gli ETS soggetti all'art. 79 tale indice è anzitutto il rapporto economico tra corrispettivi e costi; per le APS si aggiungono la relazione associativa e la diretta attuazione degli scopi istituzionali; per le ODV rileva in modo qualificante la struttura volontaristica; per l'impresa sociale, infine, il controllo si concentra sulla destinazione dell'utile e sugli obblighi di rendicontazione. Ne emerge un pluralismo di tecniche fiscali riconducibile a una medesima *ratio*, ma non privo di frizioni[41]. In questa prospettiva, la diversità dei regimi è sistematicamente giustificabile

[40] Cfr. P. Venturi - F. Zandonai, *L'impresa sociale come leva per la trasformazione sociale*, in *Terzjus Report 2022*, cit., 150; A. Fici, *op. cit.*, 15; *A due passi dalla meta. Verso il completamento della riforma. 4° Rapporto sullo stato e sull'evoluzione del diritto del Terzo settore in Italia*, Sintesi del Terzjus Report 2024, cit., 120 e 143; G. Sepio, *op. cit.*, 86 e 87; L. Bobba, *op. cit.*, 433; L. Gallo, *op. cit.*, 147; Circ. Agenzia delle Entrate, cit., 28 ss. e 110; P. Venturi - S. Rago, *Teoria e modelli delle organizzazioni ibride*, in *Ibridi organizzativi. L'innovazione sociale generata dal Gruppo Cooperativo CGM*, a cura di P. Venturi - F. Zandonai, Bologna, 2014, 4.

[41] L. Gori - G. Marocchi, *La riforma del Terzo settore tra unità e differenziazione*, in *Impresa Sociale*, 2/2021, 3-5, consultabile al seguente link: https://rivistaimpresasocialempresaSociale-2021-02-editoriale.pdf?.

finché resta correlata a differenze effettive nella struttura e nella funzione degli enti; richiede invece particolare cautela applicativa quando attività sostanzialmente analoghe siano assoggettate a discipline differenti per il solo operare di presupposti soggettivi o relazionali.

7. *Conclusioni*

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti consente di formulare alcune considerazioni conclusive sull'adeguatezza del sistema fiscale del Terzo settore rispetto agli obiettivi che la riforma si era prefissata. Il punto di partenza era una domanda precisa: il nuovo modello di qualificazione introdotto dal d.lgs. n. 117/2017 riesce effettivamente a consentire agli ETS di svolgere finalità solidaristiche anche attraverso modalità parzialmente imprenditoriali, senza perdere il *favor fiscalis* che ne costituisce il presupposto operativo?

Nel complesso, il modello può essere valutato positivamente, pur con criticità applicative. Il rafforzamento dei criteri riferiti alle modalità concrete di svolgimento delle attività riduce le distorsioni di una qualificazione prevalentemente formale. I regimi di ODV, APS ed enti filantropici rispondono a una differenziazione funzionale, giustificata dalle rispettive caratteristiche strutturali, come conferma anche Corte cost. n. 72/2022. La compatibilità tra solidarietà e dimensione imprenditoriale non è quindi affidata a un unico test, ma a una pluralità coordinata di tecniche selettive. La razionalità unitaria del sistema non risiede, pertanto, nella contrapposizione tra commercialità e non commercialità, bensì nella capacità dei diversi indici normativi di garantire che il vantaggio fiscale resti correlato alla destinazione sostanziale delle risorse a finalità di interesse generale[42].

In questo quadro permangono alcuni profili applicativi che non contraddicono la tenuta della ricostruzione, ma ne individuano i principali punti di assestamento interpretativo.

Quattro, in particolare, appaiono le principali aree di assestamento: imputazione dei costi effettivi, soprattutto per gli enti minori; asimmetria dei costi figurativi del volontariato tra art. 79 e D.M. n.

[42] Cfr. Corte Cost., sent. 15 marzo 2022, n. 72, che ha ritenuto non irragionevole il trattamento differenziato delle ODV in ragione della loro «connotazione sostanziale», segnata dalla prevalenza del volontariato e dal vincolo di gratuità, formulando al contempo un auspicio di estensione alle APS caratterizzate da analoga prevalenza di volontari. Per un commento, v. A. Fici, *op. cit.*, 32. V. altresì D. Canè, *op. cit.*, 82 ss; T. Tassani, *op. cit.,* 383 ss.

107/2021; delimitazione dell'esenzione IRES immobiliare; decommercializzazione delle APS più strutturate in senso imprenditoriale.

Sul piano interpretativo servono criteri più precisi per l'imputazione dei costi indiretti. Sul piano normativo merita inoltre riesame l'asimmetria dei costi figurativi del volontariato, valutando condizioni e limiti di un'eventuale valorizzazione anche nel test di non commercialità.

L'evoluzione del sistema sembra destinata a svilupparsi lungo due direttrici. La prima riguarda il coordinamento con il diritto dell'Unione. Nella comfort letter del 7 marzo 2025, i Servizi della Direzione generale Concorrenza della Commissione europea hanno ritenuto, in via preliminare, che le misure sottoposte al loro esame non presentassero carattere selettivo e non sembrassero, pertanto, configurare aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. Resta tuttavia necessario verificare, nell'applicazione concreta, che il *favor fiscalis* non produca indebiti vantaggi competitivi rispetto a operatori che svolgono attività analoghe.

Una seconda direttrice può essere individuata, in prospettiva, nella digitalizzazione e nella trasparenza. La crescente disponibilità, attraverso il RUNTS, di informazioni relative agli enti potrebbe favorire forme più efficaci di verifica del rispetto delle condizioni di accesso ai regimi agevolativi; si tratta, tuttavia, di una possibile evoluzione applicativa, la cui portata dipenderà dalle concrete modalità di utilizzo e integrazione dei dati disponibili[43]. Il problema futuro non sarà dunque soltanto quello di precisare i singoli presupposti delle agevolazioni, ma di verificare se gli indici selezionati dal legislatore continuino a rappresentare, nell'evoluzione concreta degli ETS, indicatori attendibili della destinazione delle risorse a finalità di interesse generale. È precisamente su questa capacità selettiva, e non sulla rigida alternativa tra commercialità e non commercialità, che si misura la coerenza sistematica della nuova fiscalità del Terzo settore; la differenziazione dei regimi rimane giustificabile nella misura in cui ciascun indice continui a esprimere un collegamento effettivo tra il *favor fiscalis* e la destinazione solidaristica delle risorse.

[43] D. Indino, *RUNTS e riforma delle procedure di iscrizione: il D.M. 13 gennaio 2026 tra semplificazione, digitalizzazione e rafforzamento della trasparenza*, in *Impresa Sociale*, 27 marzo 2026, consultabile al link: https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/approvato-il-decreto-su-iscrizione-al-runts.

Andrea Schioppa*

La *class action*: analisi storica e comparatistica di un istituto dalle radici lontane

Abstract

Il contributo si propone di approfondire le origini delle azioni di classe nel common law, partendo dall'istituto dei 'rapresentative suit' nell'Inghilterra medievale fino alla class action statunitense. Si tenterà di mostrare i passaggi fondamentali dell'evoluzione delle azioni collettive, evidenziando le ragioni storiche che spiegano i vari sviluppi legislativi e giurisprudenziali, che hanno portato fino all'elaborazione di uno degli istituti più particolari e famosi della pratica giudiziaria di common law.

The paper traces the origins of class actions in common law, starting from the institution of 'representative suits' in medieval England up to the American class action. We will trace the key steps in the evolution of collective action, highlighting the historical reasons behind the legislative and judicial developments that led to one of the most distinctive and well-known institutions of common law judicial practice.

Parole chiave: azione di classe; tutela aggregata; danni punitivi; opzione di inclusione; opzione di esclusione
Keywords: Class Action; Collective redress; Punitive damages; opt-in; opt-out

Sommario: 1. Introduzione all'azione di classe: nascita, sviluppo e diffusione. – 2. Le origini inglesi: le *reprasentative suits*. – 3. La diffusione della tutela aggregata: la *class action* americana. – 3.1. La *Rule 23* (1938-1966). – 3.2. Dalla *overdeterrence* al *Class Action Fairness Act* (CAFA) del 2005. 4. Conclusioni

1. *Introduzione all'azione di classe: nascita, sviluppo e diffusione*

L'espressione 'azione di classe' è quella recentemente adottata nell'ordinamento italiano[1], per designare un istituto che, sebbene recepito nel nostro sistema giuridico in epoca relativamente recente quale modello di derivazione straniera, affonda le proprie radici in

* Dottorando in Diritto ed Economia (*Law & Economics*) presso l'Università degli Studi del Molise.

[1] Appare ufficialmente solo nel 2019, con la legge che ha introdotto l'azione di classe all'art. 840-bis del codice di procedura civile.

una tradizione giuridica ben più risalente; la sua configurazione nella forma moderna si è progressivamente delineata, in particolare, nell'esperienza degli ordinamenti di common law, nei quali l'istituto è comunemente indicato con la locuzione '*class action*'[2].

Ricostruendo lo sviluppo e la circolazione di quegli strumenti ideati per la tutela "*in forma aggregata degli interessi superindividuali omogenei*"[3], si deve ripercorrere la nascita, l'elaborazione e la diffusione di istituti molto eterogenei e lontani centinaia o migliaia di anni tra loro, ma con la medesima finalità della tutela collettiva. Infatti, il fine dei meccanismi per la tutela aggregata di interessi collettivi è sempre stato quello di rimediare ad una oggettiva situazione di svantaggio, cioè una naturale (o 'istituzionale') condizione di debolezza di una parte nei confronti dell'altra[4]. Vale a dire situazioni in cui le parti si trovano in contrasto in merito all'attribuzione, all'allocazione, alla quantificazione o alla ricognizione di un diritto, con un elemento 'dimensionale' che rischia di costituire un'insuperabile 'asimmetria' nell'esercizio dell'azione giudiziaria, dunque un problematico fallimento del 'mercato dei diritti'.

In particolare, in questo tipo di controversie si possono individuare tre possibili 'problemi dimensionali' che i meccanismi di tutela collettiva tentano di risolvere (o limitare): i) la numerosità dei potenziali ricorrenti; ii) la frammentazione dei potenziali ricorrenti; iii) la numerosità e frammentazione dei danneggianti. Quest'ultima eventualità rappresenta una rarità nei ricorsi collettivi moderni, ma, come si vedrà, era la norma all'origine di questo istituto.

La prima attestazione storica di un istituto volto a consentire a un gruppo di individui di tutelare un interesse comune risale già al diritto romano: sono le cd. *actio popularis*[5].

Queste *actiones* erano concesse *civis et populo* a tutela sia delle *res sacrae* che delle *res publicae*[6] e costituivano uno strumento che permetteva di difendere la proprietà pubblica di un bene o il diritto *in*

[2] Si può dunque osservare come il legislatore italiano abbia optato per una traduzione letterale del termine nordamericano, evitando una delle tante formulazioni impiegate in tutto il mondo (*collective regress, group action, action collective, representative proceedings, réparation collective*…).

[3] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, Torino, 2024, 4.

[4] *Ibidem.*

[5] D. 47, 23, 1: «*Eam popularem actionem dicimus quae suum ius populi tuetur*».

[6] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 7.

rem su una *res in usu publico*[7]. Queste *res* erano una tipologia di beni di cui potevano fruire tutti i cittadini, senza un chiaro rinvio e prescindendo dalle comuni categorie della proprietà, pubblica o privata, ma delineando piuttosto un tipo di diritto *sui generis* del sistema romanistico[8].

Tramite un'analisi storica e comparatistica[9] si rilevano con agilità le connessioni e le similitudini tra questi istituti del diritto romano e le versioni più moderne di tutela aggregata, come la *class action* americana o gli analoghi meccanismi introdotti nei sistemi sia di *civil law* che di *common law*[10].

[7] A. Di Porto, *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, Torino, 2013.

[8] Seguendo la nozione elaborata dalla "Commissione Rodotà" nel 2008, possono definirsi «[c]*ose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità*» cfr. A. Di Porto, *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, cit., 49; sulla flessibilità e analiticità delle categorie romanistiche *v*. R. Robaye, *Le droit romains*, Louvain-la-Neuve, 2016, 8.

[9] L'analisi storica e comparatistica è particolarmente utile, se non necessaria, per lo studio approfondito degli strumenti di tutela aggregata. «*Dans le cas de la présente étude* [*sur l'action en réparation collective*]*, le recours à la méthode de droit comparé apparaît d'autant plus justifié que la loi belge de 2014 est, à l'origine, le résultat d'une importation en droit belge d'un mécanisme étranger. Dans un tel cas de figure, le recours au droit comparé apparaît évident, dans la mesure où il permet de mieux comprendre le but et la fonction mais aussi l'application pratique des normes transplantées, quoiqu'indirectement*» E. Falla in *La réparation des dommages de masse: propositions visant à renforcer l'efficacité de l'action, en réparation collective*, Bruxelles, 2017, 240.

[10] Si pensi all'*action en réparation collective* in Belgio; le *action en représentation conjointe* e *action de groupe* in Francia; le *representative proceedings* in Australia (e *group proceedings* nello Stato di Vittoria); le *class proceedings*, presenti in una qualche forma in tutte le province del Canada; le *group actions* in Inghilterra; alla *Class Action Law* (2006) in Israele, derivante dalla forte influenza di *common law* fin dai tempi del protettorato inglese, ma che ha introdotto uno strumento molto simile a quello statunitense; ai meccanismi previsti a Taiwan, che ha garantito una tutela sempre più ampia tramite il *Consumer Protection Act* (1994); alle riforme, fortemente volute dalla dottrina italiana in Brasile, con il *Codigo de difesa de consumidor*; e alla parziale 'costituzionalizzazione' delle azioni collettive e l'introduzione dell'*ación collectiva* in Argentina; nonché la recente elaborazione di una *class action* 'con caratteristiche cinesi'. Cfr. G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit.; O. Diliberto - D. Dursi - A. Masi, *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, 2a ed. aggiornata con indice analitico, Torino, 2023; M. Timoteo, *Il codice civile cinese: un punto dentro una linea*, in Diritti Comparati, 3, 2022, 671ss.; A. Schioppa, *The introduction of Class Action in the Bel-*

Prima di procedere è però necessaria una precisazione di natura terminologica.

Infatti, con il termine '*class action*', spesso utilizzato come categoria generica, ci si riferisce precisamente all'istituto per la tutela di interessi superindividuali omogenei sviluppato dalla tradizione nordamericana; in questo caso, uno o più individui (c.d. *class representatives*) danneggiati dal comportamento di un terzo, iniziano un'azione legale per conto proprio e '*on behalf*' di tutti i soggetti danneggiati nel medesimo diritto (la classe). Un elemento caratterizzante della *class action* americana è il c.d. *opt-out right* (*option of exclusion*), che permette alla sentenza di avere effetto nei confronti di tutti i *class members*, ad esclusione soltanto di coloro che abbiano richiesto di restarne estranei (la '*exclusion*', appunto)[11].

Con la locuzione '*azioni collettive*', probabilmente il termine più 'generale' ed 'estensivo', si indicano invece quelle azioni promosse dai cc.dd. enti esponenziali (come le associazioni rappresentative, ordini professionali, organizzazioni sindacali e simili) che, agendo come centri di imputazione, proteggono specifici interessi collettivi ('di categoria')[12].

Da ultimo si hanno i meccanismi di tutela dell'interesse 'diffuso' e dell'interesse 'pubblico', intesi come mezzi a garanzia di quelle *res* che sono 'della collettività' ('di tutti'), non rilevando dunque l'interesse personalistico del singolo[13] (ne sono chiari esempi la conservazione dell'ambiente, la tutela delle acque e il patrimonio culturale)[14]. Quest'ultima categoria è quella che assomiglia maggiormente all'isti-

gian legal system, l'action en réparation collective, in Sapienza Legal Papers – Studi giuridici 2020, Napoli, 2020; D. Corapi, *Class action/actions collectives*, in Giuristi della Sapienza, questioni di filosofia del diritto, Torino, 2015, 263 ss.; General report of the XVIIIth Congress of International Academy of Comparative Law (Washington 2010).

[11] G. Scarchillo, *I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato*, in Patrimonio, Persona e nuove tecniche di Governo del Diritto, Ferrara, 2007, 434.

[12] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit.; A. Puttermans, *Droit économique comparé*, Limal, 2016, 24 ss.; Sulla differenza, dottrinale e giurisprudenziale, tra l'"*intérêt général*' e l'"*intérêt commun*' cfr. C. Romainville - F. De Stexhe, *L'action d'intérêt collectif*, in JT, 2020, 190.

[13] Cons. St. Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6.

[14] M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 164 ss.

tuto romanistico delle *actiones populares* a tutela delle *res in usu publico* di cui si è già detto (*v. supra*)[15].

Si proseguirà ora con una disamina storico-comparatistica dei vari sviluppi legislativi e giudiziari che hanno portato all'elaborazione delle odierne forme di tutela superindividuale aggregata, dalle origini della *class action* americana fino ai nuovi istituti che da essa hanno tratto ispirazione. Il primo passo, superate le precisazioni terminologiche e le primissime forme di tutela aggregata nel diritto romano, porta l'analisi a quella che è, per eccellenza, la figura antesignana della *class action* moderna: la c.d. *representative suit* inglese[16].

2. *Le origini inglesi: le* representative suits

Le *representative suits* nascono nella seconda metà del XVII secolo nell'ambito della giustizia di *equity*, un canale giudiziario parallelo a quello ordinario di *Westminster* (o di *common law*), che si era sviluppato, a partire dal XV secolo, intorno alla figura del *Lord Chancellor*[17]. Infatti, queste azioni rappresentative vengono sviluppate dalla giurisprudenza della *Court of Chancery* per risolvere le criticità e i limiti della *Necessary Party Rule,* secondo la quale tutti gli interessati all'oggetto di una controversia (e parti coinvolte) dovevano necessariamente essere presenti in giudizio per ottenere giustizia e vedere tutelate le loro pretese, cosa che poteva essere molto gravosa e costosa in tutti i casi in cui i soggetti interessati fossero stati talmente numerosi da rendere impraticabile o assai difficile un contraddittorio congiunto[18].

A quei tempi la dinastia Tudor aveva accentrato i propri poteri, anche attraverso la giustizia, marginalizzando progressivamente le corti locali a favore di quelle regie[19], in particolare attraverso la *Chan-*

[15] «*Quando la tutela dei beni rilevanti per la collettività viene affidata anche all'iniziativa dei cittadini attivi, che agiscono proprio in spirito di solidarietà per assicurare a ogni altro, nel presente e nel futuro, la possibilità concreta di godere di un determinato bene*» cfr. S. Rodotà, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 119 s.

[16] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 13 ss.

[17] V. Varano - V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, Settima edizione, 2021, 250 ss.; K. Zweigert - H. KÔtz, *Introduzione al Diritto Comparato, Principi fondamentali*, vol. I, Milano, 1998, 228 ss.

[18] G. C. Hazard Jr. - J. L. Gedid - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, in *U. Pa. L. Rev*., vol. 146, 1998, 1860 ss.

[19] Per una ricostruzione storica e costituzionale sull'Inghilterra del XVII secolo,

cery Court (della giustizia di *equity*), maggiormente incline ad accogliere i ricorsi con una pluralità di parti (le *multiparty litigations*)[20]. Infatti, fu proprio nell'ambito della Corte del Lord Cancelliere che si giunse alla pronuncia *Brown v. Vermuden* del 1676[21], considerata la prima decisione in cui venne riconosciuta una rappresentanza che comportava la vincolatività della decisione resa all'esito del giudizio anche nei confronti delle parti assenti – ma adeguatamente rappresentate – di una 'classe'; dunque, il primo 'ricorso collettivo' o la prima 'azione rappresentativa' della storia[22]. Un elemento importante da rilevare in questa e in altre tra le prime azioni collettive è che venivano spesso impiegate da un solo soggetto contro una pluralità di convenuti (*defendant class action*), ipotesi che nella prassi odierna è più che rara.

In particolare, questo caso riguardava riscossione delle decime (*tithe*)[23] nella comunità di minatori nella zona del Derbyshire, all'interno del Vicariato sotto la responsabilità del Reverendo Carrier (sostituito alla sua morte dal Reverendo Brown), Vicario del Worselworth. Infatti, nel medioevo inglese questo tributo sui beni prodotti (ma anche bestiame e raccolto agricolo) era versato alla Chiesa per sostenere il clero e le attività di assistenza ai poveri, ma, secondo il Reverendo Brown, il mancato pagamento nel Derbyshire non era dettato da esigenze o difficoltà concrete, ma rappresentava piuttosto un tentativo di approfittarsi delle tensioni politico-religiose di quel tempo.

Così, considerando le ingenti attività e i profitti delle attività

con le fragilità della classe nobiliare seguite alla sanguinosa guerra dinastica delle Due Rose (1455-1485) e nella fase successiva al passaggio dalla dinastia Tudor di Elisabetta I (1533-1603) a quella Stuart di Giacomo I (1603-1625), ricordato come un grande teorico e fautore dell'assolutismo monarchico e del c.d. *Ius Regis* o *Ius Coronale* (scrisse a tale riguardo un'importante opera intitolata "*A Trew Law of Free Monarchies"* con cui rivendicava e legittimava la prerogativa regia) cfr. M. Caravale, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea*, Bari - Roma, 2012, 116 ss.; C.H. Mcllwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, 27 ss.

[20] «[T]*he English Isle itself was reeling from catastrophes, both natural and political. […] Witches and demons peopled the consciousness of even serious-minded folk*» R.B. Marcin, *Searching for the Origin of Class Action*, *Cath. U. L. Rev*., 1974, 515.

[21] *Brown v. Vermuden*, 22 Eng. Rep. 796 (Ch 1676).

[22] A. Curti, *Consumer class action lawsuits - Dalle origini della tutela di classe alle Vanilla Lawsuit*, Milano, 2024, 6.

[23] Il Reverendo rivendicava dei diritti consuetudinari per l'acquisto di un decimo del minerale estratto ad un prezzo fisso unitario. Cfr. F. Valdes, *Procedure, Policy and Power: Class Actions and Social Justice in Historical and Comparative Perspective*, in Georgia State University L. Rev., vol. 24, n. 3, 631.

estrattive, il Reverendo agì in giudizio contro la comunità della contea di Derby (sia nei confronti degli *owner* che dei lavoratori), richiedendo il pagamento delle decime. La comunità resistette in giudizio con quattro rappresentanti, che però non ebbero la meglio, poiché la corte diede ragione al reverendo, condannando così la comunità. In seguito alla decisione, uno dei membri della comunità, Vermuden, tentò di sostenere la propria estraneità al giudizio, ritenendo di non essere vincolato dalla *res judicata*. Sulle doglianze di Vermuden decise la *Chancery Court*, che respinse le sue pretese, stabilendo la vincolatività della sentenza anche nei suoi confronti[24].

Negli anni successivi a questo caso si sviluppò una prassi nella C*hancery Court* che portò alla nascita e diffusione delle *impossibility exceptions*, per mezzo delle quali una sentenza poteva vincolare gli assenti di una 'classe' purché adeguatamente rappresentati. Questa fu l'origine giurisprudenziale dei rimedi in materia di *representative suits*[25].

Il primo di questi rimedi fu il *bill of peace*, che serviva ad evitare l'insorgere di procedimenti multipli su una medesima questione controversa, raccogliendo i ricorrenti in un'unica domanda[26]. Il *bill of peace* non implicava necessariamente il problema della *necessary party rule,* ma risolveva soprattutto quelle controversie in cui vi erano elevati rischi di trattamenti diseguali nei confronti di ricorrenti nella stessa condizione (attiva o passiva che fosse), come, ad esempio, i cittadini della stessa comunità, i fedeli della medesima parrocchia o i soci di una *joint venture*[27]. Il *bill of peace* nasce dunque principalmente per ragioni di economia processuale e per trovare un compromesso adeguato nella composizione delle controversie[28].

Un ulteriore sviluppo giurisprudenziale fu quello che ebbe origine

[24] «[i]*f the Defendant should not be bound, Suits of this Nature, an in case of Inclosures, Suits against the Inhabitants for Suit to a Mill, and the like, would be infinite, and impossible to be ended*» *Brown v. Vermuden*, punto 797; *v*. R.B. Marcin, *Searching for the Origin of Class Action*, cit., 516.

[25] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit.; R.B. Marcin, *Searching for the Origin of Class Action*, cit.

[26] G. C. Hazard Jr. - J. L. Gedid - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, cit., 1862 ss.; A. Curti, *Consumer class action lawsuits - Dalle origini della tutela di classe alle Vanilla Lawsuit*, 4.

[27] G. C. Hazard Jr. - J. L. Gedid - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, cit., 1862.

[28] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 17 ss.

nel caso, del 1701, *City of London v. Richmond*[29], in merito alla gestione delle controversie che avevano come parti (attive o passive) le cc.dd. *unincorporated associations*, ovvero società prive della personalità giuridica[30]. In questi casi, per supplire alle citate problematiche relative all'integralità necessaria del contraddittorio, venne esclusa l'applicazione della *necessary party rule*, consentendo che solo alcuni soci delle società coinvolte venissero convenuti (o agissero) in giudizio[31]. Questa giurisprudenza ha continuato a svilupparsi, giungendo al suo apice nel XVIII secolo[32], quando le grandi esplorazioni portarono le attività mercantili lungo nuove rotte e in nuovi commerci tra l'Europa e l'Asia[33].

A quei tempi, i grandi margini di profitto assicurati dalla manodopera a basso costo degli schiavi dall'Africa occidentale e la disponibilità (praticamente) infinita di terre libere in Nord America ('*abundance*')[34], portarono a un crescente impiego del capitale di rischio raccolto presso il pubblico, che serviva a procurarsi i mezzi finanziari necessari a queste attività di impresa, caratterizzate da un volume e un'estensione geografica fino ad allora inimmaginabili[35]. Era l'alba delle *società anonime* o *per azioni*[36].

[29] *City of London v. Richmond*, 23 Eng. Rep. 870 (Ch. 1701).

[30] Queste società si caratterizzavano infatti per la responsabilità solidale dei soci, i quali, teoricamente, sarebbero dovuti essere convenuti (o avrebbero dovuto ricorrere) collettivamente e stare contemporaneamente in giudizio, secondo la *necessary party rule.*

[31] G. C. Hazard Jr. - J. L. Gedid - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, cit., 1874 ss.; G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 17 ss.

[32] Si vedano, *ex multis*, *Chancey v. May* 9 Prec. Ch. 592, 24 Eng. Rep. 265 (Ch. 1722); *Cullen v. Queensberry*, I Bro. C.C. 101, 101, 28 Eng. Rep. 1011, 1011 (Ch. 1781); *Lloyd v. Loaring*, 6 Ves. Jun. 773, 778-79, 31 Eng. Rep. 1302, 1304-05 (Ch. 1802); *Adair v. New River Co.* 11 Ves. Jun. 429, 32 Eng. Rep. 1153 (Ch. 1805); *Cockburn v. Thompson*, 16 Ves. Jun. 321, 33 Eng. Rep. 1005 (Ch. 1809).

[33] Per una recente rassegna su quelle che sono ancora oggi le principali rotte marittime e sull'importanza geopolitica dei commerci via mare cfr. Aa.Vv., *Gli stretti indispensabili*, in Limes, n. 4, 2026.

[34] È stata definita proprio come '*abundance*', l'abbondanza di risorse naturali, la caratteristica fondamentale e decisiva della storia americana, essenziale nel definire lo sviluppo politico-istituzionale successivo *v.* O. Bergamini, *Storia degli Stati Uniti*, Bari-Roma, 2023; J.W. Davidson, *A Little History of the United States*, New Haven-London, 2015.

[35] N. Ferguson, *La piazza e la torre*, Milano, 2017, 115 ss.

[36] Nei sistemi europei, i modelli di società di capitali, in particolare quelle dotate di 'azioni', hanno dei nomi tradizionalmente legati alla propria struttura del capitale,

In particolare, la prima ad essere istituita fu la celebre Compagnia delle Indie Orientali (*British East India Company*)[37], fondata a Londra nel 1599 e che ottenne dalla regina Elisabetta I, nel 1600, il monopolio del commercio con i territori a est del Capo di Buona Speranza per i suoi 218 mercanti[38]. La Compagnia, alla fine del XVIII secolo, contava nella sua rete commerciale più di cento porti, collegando tra loro gruppi regionali altrimenti separati, distanti e ignoti l'uno all'altro[39].

facendo dunque riferimento alle 'azioni' o all'anonimato dei soci rispetto all'istituzione (secondo la terminologia di origine francese e ancora oggi maggiormente presente nei paesi francofoni). Per quanto riguarda gli ordinamenti del primo tipo, che richiamano al concetto di 'azione', si può citare l'Italia, con la Società per Azioni (SPA), ma anche la Germania, l'Austria e la Svizzera con la *Aktiengesellschaft* (AG), i paesi scandinavi che prevedono la *Aktiebolag* (AB), l'Albania con la *Shoqëri aksionare* (Sh.a.) e la Romania con la *Societate pe Acţiuni* (SA). Al contrario, il termine 'società anonima' nasce in Francia con la *Société Anonyme* (SA), termine impiegato anche in Belgio (almeno in Vallonia o quando si impiega il francese a livello federale) e Svizzera (nei Cantoni francofoni e italofoni), ma anche in Spagna, con la *Sociedad AnÓnima* (SA) (nome impiegato anche in molti paesi ispanici dell'America Latina), in Portogallo con la *Sociedade AnÓnima* (SA), in Grecia con la *Anonymi Etaireia* (*Ανώνυμη Εταιρεία* o AE), nei Paesi Bassi con la *Naamloze Vennootschap* (letteralmente 'società senza nome' o NV), e anche in Italia, prima dell'introduzione del codice civile del 1942, si parlava di 'società anonima' (secondo il modello francese) nel codice di commercio del 1882 (artt. 120 ss.). Diversamente, come si vedrà, negli ordinamenti anglosassoni e di *common law* si sono sviluppati maggiormente i termini *Company* (tendenzialmente impiegato nel Regno Unito, ma anche in alcuni stati americani, per indicare, con le *Public Liability Company*, o Plc. le società 'per azioni'), *Corporation* (tipico del diritto societario statunitense), e *Partnership* (maggiormente assimilabile alle nostre società di persone o ad alcuni tipi di società di capitali in certi stati americani).

[37] Negli stessi anni (1602) veniva fondata anche la Compagnia olandese delle Indie orientali (*Vereenigde Oostindische Compagnie*) cfr. N. Ferguson, *Ascesa e declino del denaro. Una storia finanziaria del mondo*, Milano, 2018, 98. Si pensi anche alla colonia della Virginia, per la cui creazione fu istituita una società per azioni, la *Virginia Company* del 1606 (divisa territorialmente tra la *Virginia Company of Plymouth* e la *Virginia Company of London*), a cui la corona inglese affidò un '*charter*' (concessione), cioè un diritto di sfruttare una vasta e non precisata area del continente nordamericano (così come accadde con il *Coucil for New England*, 1607; la *Massachussetts Bay Company*, 1629; la *Somers Isles Company* per le isole Bermuda, 1615; la *Providence Island Company* per i Caraibi occidentali, 1630) *v*. O. Bergamini, *Storia degli Stati Uniti*, cit., 5.

[38] D. Corapi, *Le società per azioni,* in *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari-Roma, 2012, 439; S. Parmentola, *Indie, Compagnie delle*, in Treccani Enciclopedia dei ragazzi, 2005.

[39] G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 15 ss.; N. Ferguson, *La piazza e la*

Nel tentativo di limitare le molte speculazioni che si diffusero in quegli anni, a seguito dei nuovi commerci e delle nuove società, il Parlamento inglese emanò nel 1720 il *Bubble Act* (o '*Royal Exchange and London Assurance Corporation Act*')[40], che introduceva un'autorizzazione di natura politica (*charter*) per il riconoscimento della personalità giuridica alle società[41]. Con questa nuova legge crebbero anche le *multiparty litigations* e, al fine di evitare improcedibilità e rallentamenti, aumentò l'impiego delle azioni rappresentative nelle cause aventi come parti le *unincorporated associations.*

torre, cit., 115 ss.; G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 18.

[40] *An Act for better securing certain Powers and Privileges intended to be granted by His Majesty by Two Charters for Assurance of Ships and Merchandizes at Sea, and for lending Money on Bottomry; and for restraining several extravagant and unwarrantable Practices therein mentioned* (6 Geo I, c. 18), passed by Parliament on June 9th of 1720.

[41] Questa concessione (detta '*concession*', '*charter*', '*grant*' o '*franchise*') è alla base della '*privilege theory*' (ormai minoritaria tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti), che vede la *company* o *corporation* come un privilegio concesso dallo Stato ai soci-proprietari e gli investitori di condurre l'impresa nella forma societaria (piuttosto che un'istituzione o un contratto). Inoltre, secondo una teoria molto accreditata pare che la norma fosse stata introdotta seguendo le pressioni della società *South Sea Co.* per eliminare altri concorrenti dal mercato. Per cui l'effetto limitante delle bolle finanziarie derivate dalla forte speculazione, non sarebbe stato che un risultato incidentale cfr. R.D. Freer, *The Law of Corporations in a nutshell*, 8 ed., 2020, 45 ss.; G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit. Cfr. W.E. McColloch, *A Shackled Revolution? The Bubble Act and Financial Regulation in 18th Century England*, in Review of Keynesian Economics, 2013, Fasc. 3, 300 ss. Un istituto analogo ma precedente è quello della '*lettera di corsa*', con la quale, sin dal XII secolo nel Mediterraneo, un certo sovrano autorizzava dei soggetti armatori privati (detti '*corsari*') a fare la 'guerra di corsa', cioè attaccare con rapide incursioni navi e territori di Stati nemici (in tempi di guerra e non) con il fine di ottenere un profitto dalle razzie compiute (una volta accertata la legittimità dell'azione e pagata una tassa) cfr. E. Samhaber, *Storia dei Mercanti. Il commercio attraverso i secoli*, Bologna, 2024 (prima edizione 1960), 181; A. Casillas Pérez, *Corso y defensa costera en Cerdeña durante la guerra de los Treinta Años. Un estudio de las peticiones y concesiones de patentes de corso conservadas en el Archivo di Stato di Cagliari*, In Los entramados políticos y sociales en la España Moderna, (a cura di) José María Imízcoz Beunza, Javier Esteban Ochoa de Eribe, e Andoni Artola Renedo. Fundación Española de Historia Moderna, 2023; G. Amatuccio, *Alle origini della "guerra di corsa"*, in Storia Militare Medievale, 2019; A. Casillas Pérez - G. Salice, *Corsari e guerra di corsa*, in Atlante digitale di Storia Marittima del Regno di Sardegna, (ultimo accesso) settembre 2026; C. Manfroni, *Corsa, Guerra di*, in Enciclopedia Italiana, 1931.

Da ultimo, la giurisprudenza del tempo elaborò tre tipi particolari di *representative suit*: i *creditor's bills*, i *legatee bills* e i *vessel's cases*.

Con i primi due, il creditore o legatario che aveva avviato il ricorso poteva rappresentare il creditore o legatario per cui il *joinder* (assimilabile al cumulo, litisconsorzio o riunione di cause)[42] era impraticabile[43].

L'ultimo tipo, il *vessel's cases*, rappresentava una variante risalente alla metà del diciottesimo secolo, con la quale l'equipaggio di una nave mercantile agiva per recuperare il denaro dal proprietario o dal comandante del vascello[44]. In questo caso, il *necessary party rules problem* sorgeva se i ricorrenti agivano senza la partecipazione di tutti i membri dell'equipaggio della nave. Così, nel caso *Leigh v. Thomas*[45], la corte attribuì effetti generali nei confronti di tutto l'equipaggio al ricorso di alcuni marinai, seguendo il dispositivo di *Brown v. Vermuden,* dove solo alcuni minatori avevano rappresentato l'intero gruppo[46]. Tuttavia, nonostante il caso dei minatori del *Derbyshire* del '600 sia considerato il primo ricorso collettivo, vi sono tracce di controversie di classe già nel XIV secolo[47].

In un caso del 1399 (*Hilgay v. Wasnam*)[48], in cui era sotto accusa un certo Robert de Wasnam e i suoi associati, fu impiegato un meccanismo assimilabile a un 'prototipo' di (*defendant*) *class action*, per evitare la moltiplicazione dei ricorsi e assicurare la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti o interessati (indipendentemente dal loro numero). Questa antica forma di azione di classe era ugualmente nota, prima del XVII secolo, anche dal lato dei ricorrenti, come nel caso del 1465 dell'ex sindaco della città di Carlile[49]. In questo caso, il nuovo sindaco fece ricorso contro il proprio predecessore presso la *Chancery Court*, per conto di tutti i cittadini, per chiedere il pagamento di alcune somme da lui dovute alla città, che si era rifiutato di corrispondere.

Andando ancora più indietro nelle ricerche, si trovano forme em-

[42] «*In civil proceedings, the combination as claimants or defendants of two or more persons in a single action*» in Oxford Dictionary of Law, 7 ed., 2014.

[43] G. C. Hazard Jr. - J. L. Gedid - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, cit., 1866 ss.

[44] *Ibidem*, 1872 ss.

[45] *Leigh v. Thomas*, 2 Ves. Sen. 312, 312, 28 Eng. Rep. 201, 201 (Ch. 1751).

[46] G. C. Hazard Jr. - J. L. Gedid - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, cit., 1872 ss.

[47] R.B. Marcin, *Searching for the Origin of Class Action*, cit., 519 ss.

[48] *Hilgay v. Wasnam*, 10 Seld. Society 44 (No. 41, Ch. 1399) (1896).

[49] *Maire v. Stockton*, 10 Seld. Society 150 (No. 144, Ch. 1465) (1896).

brionali di azioni di classe in un tempo in cui ancora non esisteva la *Chancery Court*[50].

Con la conquista normanna dell'Inghilterra e la salita al trono di Guglielmo il Conquistatore iniziò una fase di consolidamento della giustizia e del diritto vigente, finalizzati al mantenimento dell'ordine pubblico e della pace del regno, e vennero istituite man mano nuove giurisdizioni che affiancarono ed integrarono quelle già presenti sotto i Sassoni (che vennero poste sotto il controllo dei funzionari del Re, gli *sheriffs*). In particolare, fu grazie alle riforme di Enrico II (pronipote di Guglielmo) che si completò il movimento di integrazione tra le corti e si giunse ad una sostanziale uniformazione delle regole inglesi[51].

Per perseguire tali risultati furono fondamentali i c.d. giudici itineranti, gli *Eyre* (dal latino *itinera*), i quali svolgevano funzioni amministrative e giudiziarie 'generali' tra il XII e il XIV secolo (*General Eyre*)[52].

All'inizio del XIV secolo fu deciso un caso dal *General Eyre* e, da ultimo, dal *King's Council*, noto come *Channel Islands case* (1309)[53], che rappresenta una delle tracce più risalenti (forse la più risalente) di meccanismo assimilabile ad una azione di classe. Infatti, in questo caso del XIV secolo, era già presente ogni elemento caratterizzante di *Brown v. Vermuden*; in particolare: i) la classe di individui nella stessa condizione; ii) un individuo che si faccia carico di rappresentare la classe; iii) il giudizio vincolante per tutti i membri, anche se non nominati e non apparsi in giudizio (*unnamed and nonappearing*)[54].

Da ultimo, dopo la lunga tradizione inglese di ricorsi aggregati, si giunse a un declino e, dopo circa cinque secoli dalla prima apparizio-

[50] R.B. Marcin, *Searching for the Origin of Class Action*, cit., 520 ss.

[51] F.P. Traisci, *Le origini del Common Law. Dalle radici alto-medievali alle riforme angioine*, Napoli, 2026, 138. Sulla *common law* e la giurisdizione (e costituzionalizzazione) regia inglese cfr. C.H. Mcllwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit.; A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, in Trattato di Diritto Comparato, (a cura di) R. Sacco, 2018, Milano, 47 ss.; V. Varano - V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., 248 ss.; K. Zweigert - H. KÔtz, *Introduzione al Diritto Comparato, Principi fondamentali*, cit.

[52] Questi avevano infatti illimitata giurisdizione di diritto civile, amministrando molte aree successivamente coperte dalla giustizia di *equity.* Questo meccanismo giudiziario, infatti, sparì gradualmente con l'ascesa della *Chancery Court* come stabile e strutturata corte di *equity*. Cfr. R.B. Marcin, *Searching for the Origin of Class Action*, cit., 519 ss.; F.P. Traisci, *Le origini del Common Law. Dalle radici alto-medievali alle riforme angioine*, cit., 148.

[53] *Discart v. Otes*, 30 Seld. Society 137 (No. 158, P.C. 1309) (1914).

[54] R.B. Marcin, *Searching for the Origin of Class Action*, cit., 521 ss.

ne, all'abbandono delle *representative suits*. Con la pronuncia dell'Alta Corte di Giustizia inglese[55] del 1910, fu infatti decretata l'improcedibilità delle domande risarcitorie in forma rappresentativa per carenza della '*contitolarità della situazione soggettiva azionata*'[56], mostrando così l'inadeguatezza dell'originale strumento inglese a tutela degli interessi aggregati.

3. *La diffusione della tutela aggregata: la* class action *americana*

Anche se è indubbio il contributo storico del *common law* inglese nello sviluppo dei primi meccanismi di ricorso collettivo, è stato con lo sviluppo della *class action* americana che l'istituto ha raggiunto una portata globale e si è evoluto nelle forme oggi maggiormente diffuse.

Come per il resto della storia del diritto statunitense, anche per le azioni collettive vi è stato un iniziale trapianto dalla madrepatria inglese, con una maggiore vicinanza alla tradizione britannica, fino a un proprio peculiare sviluppo[57]. Le *representative suits* si ambientarono bene nel nuovo mondo, dove, attraverso il *bill of peace* (*v. supra*), si instaurò la prima forma di unione o combinazione di cause analoghe, che risultò sufficiente nella società rurale americana, per la quale non servivano ancora strumenti giuridici particolarmente sofisticati per la risoluzione delle controversie[58].

Superata la prima fase, la condizione del diritto americano cambiò notevolmente, spinta da fenomeni storici come l'evoluzione industriale, tecnologica e geografica che portò gli Stati Uniti ad assomigliare sempre meno alle originali tredici colonie sulle sponde orientali

[55] *Markt & Co. Limited v. Knight Steamship Co. Limited* [1910] 2 KB 1021 (CA). Cfr. G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit.

[56] *Ibidem*.

[57] Quello americano viene definito con eloquenza un «[d]*iritto* […] *costituito dal common law, il quale assumeva coloriture particolari delle specifiche condizioni naturali, difensive, e produttive del nuovo mondo, nonché dagli usi affermatisi in ciascuna colonia (folk la*w)» M. Caravale, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea*, cit, 116 ss.

[58] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit*;* A. R. Miller, *The American Class Action: From Birth to Maturity*, in Theoretical Inquiries in Law, 2018, vol. 19, n. 1, 1 ss.; K. Zweigert - H. Kôtz, *Introduzione al Diritto Comparato, Principi fondamentali*, cit, 288 ss.

dell'atlantico[59]. Con l'evoluzione di quegli insediamenti, che dal 1776 rappresentavano un nuovo Stato sovrano ed indipendente, emersero diverse tradizioni legate alle peculiarità, alle consuetudini e alle culture dei popoli e delle comunità nei vari territori, condizionate anche in maniera rilevante dal fattore religioso[60].

La componente giuridica non trovò un'immediata organizzazione coerente e completa, al contrario, l'amministrazione coloniale inglese aveva regolato quelle terre secondo un criterio fondamentalmente disorganico, con una serie di atti e documenti para-legislativi, nonché un considerevole numero di consuetudini locali sviluppate spontaneamente. Oltre a questo, la mancanza di un ceto di giuristi esperti impedì l'efficiente e completa recezione del sistema giuridico inglese.

Infatti, quando i nuovi Stati Uniti arrivarono fino al profondo ovest del continente americano (il *far west* oltre la *frontiera*), il diritto e lo stile giuridico venne plasmato da una classe di professionisti di ogni estrazione sociale e culturale che, con artifici retorici e comune buon senso, permisero l'evoluzione del sistema americano di *common law*, con le proprie peculiarità e distanze dalla tradizione giuridica inglese.

In questo contesto, di parziale 'superamento' ed evoluzione delle categorie giuridiche inglesi, in tema di ricorsi collettivi ebbe un fortissimo impatto la ricostruzione fatta dal *Justice* Joseph Story[61], a cui si deve anche la redazione dei *Commentaries on Equity Pleadings*, un'opera che ebbe un forte impatto proprio in tema di *class action*, condizionando molto i più importanti interventi legislativi in materia[62].

[59] O. Bergamini, *Storia degli Stati Uniti*, cit., 54 ss.; J.W. Davidson, *A Little History of the United States*, cit.

[60] In particolare, a nord, nel New England e in Massachusetts si trovavano insediamenti di calvinisti (fuggiti dalle persecuzioni della Chiesa anglicana d'Inghilterra), in Pennsylvania vi erano i quaccheri e in Maryland i cattolici (anche se il nome *terra mariae* non deriva dalla religione, bensì dalla regina Enrichetta Maria, consorte del re Carlo I d'Inghilterra). M. Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London - New York, 2001; N. Ordine, *L'utilità dell'inutile*, Firenze, 2019, 53 ss.; A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati – quarta edizione*, cit., 111 ss.; M. Caravale, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea*, cit.; N. Ferguson, *Ascesa e declino del denaro – una storia finanziaria del mondo*, cit.

[61] Nominato dal Presidente James Madison, a soli trentadue anni, giudice della Corte Suprema (il più giovane della storia) cfr. G. L. McDowel, *Joseph Story's "Science" of Equity*, in The Supreme Court Review, Chicago, 1979, 153 ss.

[62] Cfr. J. Story, *Commentaries on Equity Pleadings, and the Incidents thereof: According to the Practice of the Courts of Equity, of England and America*, Boston, 1844.

Secondo la ricostruzione del *Justice* Story, le *representative suits* costituivano un'eccezione alla regola, poiché era necessario che partecipassero tutti i soggetti interessati all'oggetto della controversia, salvo il caso in cui il numero di questi rendesse impossibile il litisconsorzio, creasse rischi di gravi ritardi o facesse insorgere imprevisti di vario genere che pregiudicassero l'ordinato svolgersi del giudizio.

In tal caso, la Corte avrebbe potuto dispensare le parti presenti a coinvolgere gli altri interessati, ma solo se ciò non avesse pregiudicato le posizioni giuridiche soggettive degli assenti[63].

Infatti, bisogna considerare che la possibilità di agire in forma aggregata rispondesse a esigenze di giustizia sostanziale, in quanto forniva uno strumento per la soluzione di alcuni conflitti giudiziari socialmente rilevanti (come le controversie testamentarie, creditorie, associative e di legittimità dei provvedimenti delle autorità amministrative locali), che non potevano efficacemente gestirsi per via dei comuni schemi processuali individuali[64].

Seguendo la dottrina del *Justice* Story, si giunse all'introduzione delle *Equity Rules* nel 1842[65], e in particolare della *Rules 47* e *48* in

[63] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 20.

[64] «*It is appropriate to step back from procedural doctrine and for a moment take note of the substance of the social conflicts that these representative suits were trying to address. These included disputes over inheritance (the legatees' bills), between debtor and creditor and among creditors unsatisfied in their just debts (the creditors' bills), the governance of private business and eleemosynary associations (the "association" cases), and the legitimacy of measures taken by local government (the tithe and manorial cases). These social conflicts are, in human affairs, perennial and fundamental conflicts made more complicated because they involve not two sides, but three or more sides. The ex-ante question is whether all members of a group should be regarded as participating in litigation. The ex-post question is whether all members will subsequently be required to hold their peace. Yet, any member of any group would have to wonder what he was getting into ex-ante. A member would also wonder why he should later be precluded from asserting his rights for simply having remained a passive bystander to another's litigation. He would wonder, in short, why it was not right to have stayed out of litigation over inheritance, bad debts, mismanagement of enterprises, and squabbles in local government, and to pursue his rights by litigation only if it later seemed worthwhile to do so*» G. C. Hazard Jr. - J. L. Gedid - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, cit., 1882. Cfr. G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 21.

[65] Si trattava di regole per gestire la relazione tra *common law* ed *equity* negli Stati Uniti, creando eccezioni al *common law* dove necessario cfr. H. H. Lesar, *Class Suits and the Federal Rules*, Minn. L. Rev., 1937, vol. 1, n. 106, 34 ss.; *Equity Rules*, in Federal Justice Center, reperibile al link: www.fjc.gov/.

tema di azioni a pluralità di parti. La prima tentava di risolvere le disfunzioni derivanti dall'applicazione della *necessary party rule*, mentre la *Rule 48* si occupava dei casi di eccessiva numerosità delle parti coinvolte.

Nessuna di queste regole permetteva tuttavia decisioni in grado di produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti non partecipanti, poiché le sentenze pronunciate in assenza di parti interessate non dovevano pregiudicare i diritti e le pretese di nessuno. Tuttavia la *law in action* si discostò in diversi casi dalla *law in the books*, portando a un quadro piuttosto confuso e che rimase a lungo un problema irrisolto.

Come nel caso *Smith v. Swormstedt*[66], in cui fu stabilita la vincolatività del giudicato anche nei confronti degli assenti[67] e nel caso *Ben Hur v. Cauble*[68], che stabilì la vincolatività anche nel caso di una pronuncia sfavorevole nei confronti della classe. Non fu neanche risolutiva la modifica apportata alle *Federal Rules of Civil Procedure* nel 1912[69], pensata per superare le ormai anacronistiche *Equity Rules* del 1842[70].

3.1. *La Rule 23 (1938-1966)*

Nel 1938 fu poi introdotta la *Rule 23* alle *Federal Rules of Civil Procedure*[71], la c.d. *Moore Rule*[72], per regolare la materia dei ricorsi collettivi in maniera organica. Questa norma, sopravvissuta fino a oggi, era stata concepita dal legislatore statunitense per stare al passo con le evoluzioni economiche e sociali degli Stati Uniti, nel solco della crescente regolamentazione federale in molti settori[73].

Con questa riforma si ebbe la definitiva unione tra l'*equity* e il di-

[66] *Smith v. Swormstedt,* 57 U.S. 288, 16 How. 307 (185).

[67] G. Scarchillo, cit., 21 ss.

[68] *Supreme Tribe of Ben Hur v. Cauble,* 255 U.S. 356.

[69] Venne unicamente rimossa la frase «*the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties*».

[70] S. N. Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, University of Pennsylvania Law Review, 1987, 953 ss.

[71] *Rules of civil procedure for the district court of the United States*, 23 (a), 1938.

[72] Redatta dal Professor J.W. Moore, il quale si ispirò anche ai precedenti teorici del *Justice* Story. Cfr. G. C. Hazard Jr. - J. L. Gedid - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, cit., 1878 ss.

[73] A. R. Miller, "*The American Class Action: From Birth to Maturity*", cit., 3; G. Scarchillo, cit., 24.

ritto federale, che portò alla definizione dell'unica tutela giurisdizionale prevista ancora oggi, la *civil action*. Inoltre, con la *rule 23*, vennero disciplinate tre tipologie di *class action*, che, a seconda del tipo di relazione tra i membri della classe, si distinguevano in: i) *true class action*; ii) *hybrid class actions*; iii) *spurious class actions*[74]. Solo le prime due tipologie producevano effetti *ultra partes* ed erano vincolanti anche per gli assenti, mentre fu soltanto con un emendamento del 1966 che venne introdotto l'*opt-out right* per le azioni di classe attivate secondo la *rule 23(b)(3)*[75], che portò alla moderna versione della *class action*. Questa regola prevedeva infatti che gli effetti di una decisione fossero prodotti nei confronti di tutti i soggetti coinvolti che condividevano il medesimo interesse o diritto, salvo che questi avessero esplicitamente rifiutato tale eventualità (*option of exclusion*)[76].

Già prima della riforma del 1966 (e dopo) vi furono alcuni dubbi sulla conciliabilità della 'nuova' *class action* americana e alcuni principi di fondamentale importanza per l'ordinamento statunitense. Infatti, già nel caso *Hansberry v. Lee* (1940)[77] la Corte Suprema riconobbe la legittimità delle azioni rappresentative secondo il «*due process of law*» e la '*due process clause*' (XIV Em.)[78], fintantoché la procedura fosse impiegata equamente, correttamente e adeguatamente al fine di proteggere gli interessi degli assenti[79].

Altro caso di grande rilevanza fu *Phillips Petroleum v. Shutts* (1985)[80], una *damages class action* per il recupero di una somma dovu-

[74] *Ibidem.*

[75] «*the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy*».

[76] G. Soricelli, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012, 27 ss.; G. Scarchillo, cit., 24.

[77] *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940), reperibile in Justia - U.S. Supreme Court: supreme.justia.com.

[78] In particolare, il quattordicesimo emendamento riconosce: i) la «*equal protection clause*», secondo la quale gli stati devono trattare tutte le persone allo stesso modo, riconoscendogli lo stesso livello di protezione giuridica; ii) la «*due process of law clause*», per la quale gli stati non possono privare nessuno della vita, libertà o proprietà senza una giusta procedura legale; iii) la «*citizenship clause*», per cui ogni persona nata o naturalizzata negli Stati Uniti è un cittadino della nazione e sottoposto alla legge dello stato in cui vive.

[79] D. Corapi, *Class action/actions collectives*, cit., 266 ss.

[80] *Phillips Petroleum v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), in Justia - U.S. Supreme

ta (in particolare di interessi su *royalties*) (*rule 2(b)(3)*), nel quale la Corte Suprema riconobbe la costituzionalità e la 'necessità' del meccanismo dell'*opt-out* (riconoscendo la giurisdizione del tribunale del Kansas sui membri della classe assenti e non residenti nello stato)[81].

All'inizio del ventunesimo secolo, cambiò inoltre la giurisprudenza in merito alle c.d. *international class action*, cioè quelle azioni con parti o altri elementi della controversia extraterritoriali. Nel tempo, sono stati infatti elaborati dei criteri per valutare se le singole cause, con caratteri internazionali, potessero rientrare o meno nella giurisdizione statunitense, come accadde in *Morrison v. National Australia Bank Ltd*. (2008)[82]. In questo caso di frode finanziaria, una banca australiana (National Australia Bank - NAB) aveva sopravvalutato il valore di alcuni titoli (*asset*) per l'incuria di alcuni manager di una società partecipata che si trovava negli Stati Uniti (HomeSide Lending Inc.), a cui seguì una forte svalutazione di quegli *asset* e di conseguenza il crollo del titolo della società. Alcuni investitori promossero dunque una *class action* presso la corte di New York, contro la società australiana e i vertici della partecipata americana, per la violazione della *section* 10(b) del *Securities and Exchange Act* (1934) e la SEC *rule* 10b-5, per la sopravvalutazione fraudolenta degli *asset*. Tuttavia, la Corte federale del secondo circuito (*U.S. Court of Appeal for the Second Circuit*), decidendo proprio sulla legittimità della giurisdizione statunitense, applicando l'allora *conduct-and-effects test*[83], negò l'applicabilità della giurisdizione americana (e l'applicazione della *Section 10(b)*) e successivamente la Corte Suprema confermò tale posizione con la propria sentenza del 2010[84], superando il *conduct-and-effects test* per una nuova regola molto più restrittiva, il *transactional test*, secondo la quale, basandosi su una presunzione generale di non-giurisdizione extraterritoriale statunitense, le corti potevano conoscere solo di controversie su transazioni domestiche, cioè originate nella borsa americana o comunque concluse negli Stati Uniti (non rilevan-

Court, reperibile al link: supreme.justia.com; *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* in Case Briefs, reperibile al link: www.casebriefs.com.

[81] D. Corapi, *Class action/actions collectives*, cit., 267.

[82] *Morrison v. National Australian Bank Ltd*., 2008 WL 4660742.

[83] Elaborato tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso (*Schoenbaum v. Firstbrook*, 1968; *Leasco v. Maxwell*, 1972), secondo il quale, per stabilire l'applicabilità della *section* 10(b), andava valutato se una parte significativa della condotta fraudolenta si fosse svolta negli Stati Uniti o se la condotta (anche verificatasi all'estero) avesse prodotto effetti sostanziali sul mercato o su investitori statunitense.

[84] *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247.

do più le 'condotte' ed 'effetti')[85]. Questa sentenza limitò molto le c.d. '*foreign-cubed* (F-*cubed*) *class action*', ossia quelle *class action* con ricorrenti stranieri, società (emittenti) convenute straniere, riguardanti transazioni extraterritoriali (mercati stranieri), collegate agli Stati Uniti per una parte della condotta o degli effetti della controversia.

Inoltre, la nuova *rule 23*, a seguito della riforma delle *Federal Rules of Civil Procedures* del 1966, prevedeva una duplice classificazione e una serie di requisiti essenziali. Per prima cosa, stabilì che dovessero essere congiuntamente presenti quattro requisiti essenziali (*sub a*), per poter valutare la '*manageability*' (gestibilità)[86].

Questi requisiti sono: i) la *numerosity*, ovvero un numero di possibili membri della classe sufficientemente elevato da rendere impraticabile il cumulo delle azioni individuali tramite l'istituto del *joinder*; ii) la *commonality*, che si ha quando la controversia abbia ad oggetto la risoluzione di questioni di diritto o di fatto che siano comuni a tutti i membri della classe; iii) la *typicality*, per la quale le pretese (o difese) avanzate dal soggetto che si propone come *class representative* debbano essere assimilabili (tipiche) a quelle che caratterizzano il resto del gruppo; iv) la *fair and adequately representation*, cioè che il *class representative* debba presentare garanzie di adeguata[87] e corretta protezione degli interessi della classe[88]. La valutazione sulla presenza di questi requisiti viene fatta dal giudice (*discretion*), il cui esito positivo porta alla *certification*, alla quale segue la determinazione della tipologia di classe in base alle categorie elencate dalla *rule 23 (sub b).*

In particolare, sono riconosciute tre tipologie di *class action*: i) la *anti-prejudice class action* (*sub b) 01*), nel caso in cui la separazione dei giudizi possa portare a giudicati contrastanti, o possano causare pre-

[85] G.T. Conwey III, U.S. *Supreme Court Rejects "Foreign Cubed Class Actions"*, in Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 25 giugno 2010, disponibile al link: corpgov.law.harvard.edu; D. Corapi, *Class action/ actions collectives*, cit., 272 ss.

[86] G. Scarchillo, *Debito sovrano e class action: profili di diritto europeo e comparato*, in Il Debito Sovrano tra tutela del credito e salvaguardia delle funzioni dello stato, Napoli, 2014, 348.

[87] L'adeguatezza è solitamente individuata (senza unanime riscontro in dottrina) nella disponibilità delle risorse economiche necessarie per la gestione della controversia da parte del *representative*. Cfr. G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 33.

[88] R. Torino, *Dalla 'azione collettiva risarcitoria' alla 'azione di classe'. Un'analisi comparatistica*», in Il diritto dei consumi, aspetti e problemi, Napoli, 2010, 336; G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 32 ss.

giudizio agli interessi degli altri membri o rendere le loro pretese impossibili[89]; ii) *injunctive class action* (*sub b) 02*), nel caso di una condotta omissiva o commissiva posta in essere da un determinato soggetto, che, riflettendosi negativamente sui membri della classe, giustifichi l'azione rappresentativa con cui si chiede un provvedimento dichiarativo (*declaratory relief*) o ingiuntivo (*final injunctive relief*)[90]; iii) *damages class actions* (*sub b) 03*), che hanno natura risarcitoria e sono impiegate per compensare i danneggiati dai c.d. *mass torts*. Per quest'ultima tipologia sono richiesti altri due requisiti per valutare la '*maintainability*' (sostenibilità)[91]: i) la prevalenza (*predominance*) delle questioni comuni su quelle individuali; ii) la superiorità (*superiority*) della *class action* (come modello processuale), cioè che questa sia da preferirsi a ogni altro mezzo disponibile al fine della corretta ed efficiente composizione della controversia.

Tali requisiti sono limiti procedurali abbastanza flessibili, che possono essere piegati e plasmati a seconda delle esigenze concrete e delle situazioni giuridiche di volta in volta prese in esame, secondo l'affidamento al giudice (la citata '*discretion*') tipico del sistema giudiziario statunitense, e della mentalità di tutti i sistemi di *common law*.

In aggiunta alle differenze già citate vi è un ulteriore distinzione importante nel diritto federale americano, che riguarda l'ammissibilità o meno dell'*option of inclusion*, cioè la classificazione tra le *mandatory* o *non-mandatory class actions*[92].

Tra le prime due si annoverano le azioni del tipo *sub b)01* e *sub b)02*, per le quali non è quindi consentito ai membri della classe di autoescludersi dal giudizio con una manifestazione di volontà (e cioè l'esercizio dell'*opt-out*).

Al contrario, le *non-mandatory class actions* corrispondono al tipo *sub b)03*, per le quali è invece prevista la possibilità di esercitare l'*opt-out*, vale a dire il diritto di rifiutare, tramite una manifestazione di volontà, l'estensione degli effetti della sentenza (e quindi di essere sostanzialmente esclusi dalla classe).

[89] Come il caso delle *limited found class action*, cioè quelle in cui la limitatezza delle disponibilità del convenuto portino al rischio di insolvenza del debitore, come descritto dalla sentenza della Corte Suprema *Ortiz v. Fidreboard Corp*. 572 U.S. 815 (1999). Cfr. G. Scarchillo, cit., 33.

[90] L'origine di questo tipo di azione risiede nelle controversie in materia di diritti civili, che ne sono anche un chiaro esempio. Cfr. G. Scarchillo, cit., 33.

[91] G. Scarchillo, *Debito sovrano e class action: profili di diritto europeo e comparato*, cit., 348.

[92] *Ibidem*.

3.2. *Dalla overdeterrence al Class Action Fairness Act* (*CAFA*) del 2005

Dopo la riforma del 1966 vi sono state ulteriori riforme e sentenze che hanno modificato la disciplina delle *class action*, in particolare in merito: i) ai poteri del giudice in sede di transazione; ii) la nomina del *class counsel*; iii) gli onorari per gli avvocati (*contingency fee*); iv) la possibilità di corrispondere danni punitivi (*punitive damages*)[93].

Alcune di queste modifiche hanno plasmato e sostenuto lo sviluppo della c.d. funzione deterrente (*deterrence*) della *class action*, principalmente pensata per garantire la lealtà e correttezza nei rapporti commerciali, soprattutto delle grandi società con i loro *stakeholder* (clienti, consumatori, assicurati…). Tuttavia, con il tempo sono aumentate le critiche all'eccessivo uso delle *class action* come strumento di pressione economica e degli effetti, a volte particolarmente gravosi, degli abusi compiuti tramite l'organizzazione di tali azioni collettive[94].

Nel corso del tempo si assistette a molti casi di 'iper-deterrenza' (*overdeterrence*)[95]*,* che iniziarono a diffondersi nella prassi giudiziaria, a volte anche con grande clamore, a causa della tendenza della giurisprudenza (e delle giurie)[96] a essere particolarmente favorevole alle

[93] A. Schioppa, *I danni punitivi: un'analisi economica di diritto comparato, tra nuove prospettive e misure alternative,* in Comparazione e Diritto Civile, n. 3, 2025, 13;

[94] D. Corapi, *Class action/actions collectives*, cit., 272 ss.; G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 45; G. Scarchillo, *I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato*, cit., 443.

[95] Questa tendenza fu anche aggravata dalle molte azioni temerarie attivate da diversi avvocati, i «*Kings of Torts*», richiamando l'efficace immagine del *legal thriller* di Grisham (già evocata da Ponzanelli), che tentando di ottenere altissimi profitti con le *contingency fee* e i *punitive damage*, avevano portato ad una vera e propria '*imprenditoria forense*'. Cfr. G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., p. 43 ss.; G. Scarchillo, *I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato*, in Patrimonio, Persona e nuove tecniche di Governo del Diritto, Ferrara, 2007, p. 443; G. Ponzanelli, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in Foro it., CXXVI, 2003, 359; L. Barbarito, *Profili economici della class action, in Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, a cura di A.M. Gambino - V. Falce, Roma, 2010, 156; J. Grisham, *The King of Torts*, New York, 2003.

[96] C. M. Sharkey, *Punitive Damages: Should Juries Decide*, in *Texas Law Review*, 82, 2, 2003, 386 ss.; C. R. Sunstein - D. Kahnenman - D. Schkade, *Assessign Punitive Damages…*, in Program in Law and Economics Working Paper, 50, 1997, 2; C. R. Sustein - R. Hastie - J. W. Payne, *Punitive Damages. How Juries Decide*, in *The Uni-*

ragioni dei ricorrenti, condannando spesso le società al pagamento di danni punitivi e liquidandoli in misura molto superiore al danno effettivamente sofferto dalla parte lesa. La Corte Suprema, soprattutto in materia di danni punitivi, sancì alcuni criteri che i giudici statali avrebbero dovuto seguire per evitare condanne 'iper-deterrenti' (*the problem of hyper-enforcement*)[97], seguendo i principi di ragionevolezza, differenziazione e proporzionalità[98].

Queste specifiche azioni di classe erano volute da avvocati con intenzioni disoneste, illecite o anche in conflitto con l'interesse della classe, in cui i rappresentanti tentavano di approfittare delle grandi difficoltà dei controlli fatti dalle corti[99] e dalla necessità delle società querelate di evitare danni 'reputazionali'[100]. Tutto ciò ha portato a pesanti critiche da parte delle 'parti abituali' dei giudizi collettivi (e avvocatura e accademia *defence-oriented*) che nel tempo hanno contestato i requisiti e la procedura delle *class action*, definendo l'istituto come un 'ricatto legalizzato'[101].

Per far fronte a queste difficoltà si è giunti all'ultima riforma delle *class action* americane: il *Class Action Fairness Act* (*CAFA*) del 2005[102].

Con questa legge si 'federalizzarono' le *class action* tra cittadini di

versity of Chicago Press, 2002; C. R. Sustein - D. Schkade - D. Kahneman, *Do People Want Optimal Deterrence?*, in University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper, 77, 1999.

[97] B. I. Huang, *Surprisingly Punitive Damages*, in *Virginia Law Review*, 100, 1047; A. Schioppa, *I danni punitivi: un'analisi economica di diritto comparato, tra nuove prospettive e misure alternative,* cit.

[98] A. Schioppa, *I danni punitivi: un'analisi economica di diritto comparato, tra nuove prospettive e misure alternative,* cit. 13; F. Degl'Innocenti, *Danni da attività di impresa e risarcimento ultracompensativo*, cit. Sui principi di ragionevolezza e proporzionalità cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019, 109; E. Del Prato, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Torino, 2018.

[99] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 43 ss.; G. Scarchillo, *I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato*, cit., 443.

[100] A. Schioppa, *Riflessioni gius-economiche sul capitalismo sostenibile. Gli strumenti di 'mediazione' tra gli interessi pubblici e privati per un equilibrio tra le esternalità del mercato*, in Mediares, n. 2, 2024, 136.

[101] «[…] *as a form of "legalized blackmail" or a "Frankenstein Monster." They also have charged widespread abuse of the rule by lawyers and litigants on both sides of the "v"*» A. R. Miller, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"*, in Harvard Law Review, vol. 92, n. 3, 1979, 665.

[102] *Class Action Fairness Act of 2005*, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4.

stati americani diversi, spostando cioè la competenza dai tribunali statali a quelli federali. In questo modo si evitavano i casi di *forum shopping*, precedentemente diffusi, quando cioè gli avvocati sceglievano il tribunale statale presso il quale presentare l'azione in base a quello che tendeva ad essere il più favorevole per gli attori[103]. Per rientrare nella competenza federale il CAFA richiede: i) che almeno un membro della classe risieda in uno stato diverso rispetto ad almeno una persona o ente citato in giudizio (*minimal diversity*); ii) che il risarcimento totale richiesto superi i cinque milioni di dollari); iii) che la classe sia composta da almeno cento persone.

Vi sono poi casi eccezionali per quelle considerate 'autentiche dispute locali', in cui la Corte federale declina la propria competenza a favore di quella statale, quando più dei due terzi dei *class members* e almeno uno dei *primary defendants* sono cittadini dello Stato in cui è insorta la controversia[104]. Come ulteriore garanzia di *fairness*, il CAFA prevede che sia la corte ad approvare il *coupon settlement*, valutandone la giustizia, equità e ragionevolezza nei confronti dei *class members*[105].

4. *Conclusioni*

Come si è visto la *class action* ha radici lontane, con tracce sin dal diritto romano e un'importante tradizione nelle giurisdizioni medievali inglesi. Il fine primario degli istituti di ricorso collettivo, da quelli più risalenti fino alle varie forme attualmente in vigore, è sempre stato quello di agevolare la trattazione di quelle controversie troppo onerose e poco economicamente rilevanti per essere portate avanti individualmente, nonché di ottenere la massima estensione e applicazione possibile del giudicato[106].

[103] Inoltre, si deve considerare il fatto che i giudici federali, essendo scelti a vita, tendono ad essere più autonomi, e meno interessati al consenso sociale e alla propria popolarità, al contrario di quelli statali, che essendo eletti per mandati potrebbero essere maggiormente sensibili a condizionamenti G. SCARCHILLO, *I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato*, cit., 443 ss., nt. 25.

[104] SCARCHILLO, *I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato*, cit., 444.

[105] G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., p. 45.

[106] «*The total social costs of the violation may be high, so that enforcement would be socially efficient, but non of the victims has a sufficiently large stake to be willing to*

In senso più ampio, già ai tempi delle *representative suits* inglesi, l'obbiettivo era poi quello di salvaguardare l'economia processuale, limitare le spese del rito e garantire l'uniformità delle decisioni[107].

Inoltre, in senso di ordine pubblico, gli istituti di azione (e re-azione) collettiva svolgono anche importanti funzioni di garanzia, assicurando la certezza del diritto, tanto a tutela dei singoli quanto degli operatori economici, tutti tutelati dalla stabilità e fiducia nei rapporti sociali e commerciali[108].

bear the expenses of suit. The consumer class action is a device, although an oblique and imperfect one, for overcoming this problem» W. Landes - R. Posner, *The Private Enforcement of Law,* in The Journal of Legal Studies - The University of Chicago Press for The University of Chicago Law School, vol. 4, n. 1, 1975, 34.

[107] G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, cit., 36.

[108] G. Scarchillo, *Debito sovrano e class action: profili di diritto europeo e comparato*, cit., 360.

Massimo Zizzari

Game of drones. Stato, industria militare e responsabilità nei sistemi militari autonomi tra Usa, Italia ed Emirati Arabi Uniti

Welcome, my son.
Welcome to the machine.

Pink Floyd
Welcome to the Machine
in *Wish You Were Here*, 1975

I am completely operational, and all my circuits are functioning perfectly.

HAL 9000
2001: A Space Odyssey, 1968

Abstract

Il saggio esamina l'imputazione privatistica dei danni prodotti da droni militari dotati di intelligenza artificiale, comparando gli ordinamenti degli Stati Uniti, dell'Italia e dell'Unione europea e degli Emirati Arabi Uniti. Muovendo dalla natura ciberfisica e dalla causalità distribuita di tali sistemi, propone di collegare la responsabilità alla capacità di conoscere, determinare, impedire e correggere il rischio lungo l'intero ciclo di vita della tecnologia.

The essay examines private-law liability for damage caused by AI-enabled military drones through a comparison of the United States, Italy and the European Union, and the United Arab Emirates. Starting from the cyber-physical structure and distributed causation of these systems, it argues that liability should follow the capacity to know, shape, prevent and correct technological risk throughout the system's life cycle.

Parole chiave: Droni militari; Intelligenza artificiale; Responsabilità civile; Contratti della difesa; Diritto comparato.
Keywords: Military drones; Artificial intelligence; Civil liability; Defence contracts; Comparative law.

Sommario: Introduzione. – 1. Il drone militare intelligente come oggetto del diritto privato. – 1.1. Dal velivolo remotamente pilotato al sistema autonomo. – 1.2. Il drone come prodotto ciberfisico complesso. – 1.3. Delimitazione dell'indagine: re-

sponsabilità privata, impiego militare e rapporto tra Stato e industria. – 2. Intelligenza artificiale, difetto e imputazione del danno. – 2.1. Dal difetto materiale al difetto algoritmico. – 2.2. Il difetto sistemico nell'interazione tra piattaforma, software, dati e sensori. – 2.3. Obblighi di aggiornamento, sorveglianza e sicurezza successivi alla consegna. – 3. Il modello statunitense. Regolazione militare, contratto federale e responsabilità del defense contractor. – 3.1. La disciplina dell'autonomia e dell'intelligenza artificiale nel sistema della difesa statunitense. – 3.2. Collaudo, validazione, cybersecurity e controllo umano. – 3.3. Allocazione contrattuale del rischio nel FAR e nel DFARS. – 3.4. Proprietà intellettuale, dati tecnici e accesso alle informazioni necessarie all'accertamento del difetto. – 3.5. Government contractor defense, immunità derivata e giurisprudenza federale. – 4. Il modello italiano ed europeo. Le categorie civilistiche dinanzi all'esclusione militare dalla regolazione dell'intelligenza artificiale. – 4.1. La specialità dei contratti della difesa e la persistente centralità del diritto privato. – 4.2. Responsabilità contrattuale dell'appaltatore, degli ausiliari e dei subfornitori. – 4.3. Responsabilità extracontrattuale, attività pericolosa e pluralità degli autori del danno. – 4.4. Software, aggiornamenti e servizi digitali nella responsabilità da prodotto. – 5. Il modello degli emirati arabi uniti. Codificazione civile, sovranità tecnologica e centralità del contratto. – 5.1. La separazione tra regolazione civile dei droni e impiego militare. – 5.2. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel diritto federale emiratino. – 5.3. Produttore, operatore e integratore nella filiera dei sistemi autonomi. – 5.4. Clausole di garanzia, manleva e limitazione della responsabilità nei contratti della difesa. – 5.5. Regolazione dell'intelligenza artificiale, soft law e limiti della documentazione pubblicamente accessibile. – 6. La comparazione dei modelli. – 6.1. Modelli. – 6.2. Convergenze funzionali e divergenze sistemiche. – 7. Verso uno statuto privatistico dei droni militari intelligenti. – 7.1. Il principio del controllo tecnologico. – 7.2. Tracciabilità algoritmica e accesso alla prova. – 7.3. Obblighi inderogabili di cooperazione, aggiornamento e comunicazione delle vulnerabilità. – 7.4. Ripartizione del rischio tra amministrazione, prime contractor e subfornitori. – Conclusioni.

Introduzione

La scomparsa del pilota dall'abitacolo non segna l'estromissione dell'uomo dalla decisione: ne modifica piuttosto il luogo, trasferendola dal gesto immediatamente visibile alla trama, più remota e meno percepibile, delle scelte che orientano il comportamento della macchina.

Nel drone militare intelligente, infatti, l'azione manifesta della piattaforma costituisce soltanto l'esito terminale di una sequenza di determinazioni antecedenti e spesso invisibili: la definizione delle specifiche, la selezione dei dati, la progettazione del modello, l'integrazione dei sensori, la configurazione dell'interfaccia e, infine, l'autorizzazione della missione.

L'autonomia tecnica non spezza questa genealogia della decisione, ma la dilata, la frammenta e la rende più difficile da ricostruire.

Il problema giuridico non consiste, dunque, nell'attribuire alla macchina una colpa che essa non può avere, bensì nell'individuare i soggetti che, attraverso il potere di progettare, configurare, integrare, autorizzare o correggere il sistema, hanno definito lo spazio entro il quale esso è stato reso capace di agire.[1]

L'indagine elegge il diritto privato a principale angolo di osservazione. La liceità del ricorso alla forza, le regole del diritto internazionale umanitario e la responsabilità pubblica dello Stato costituiscono lo sfondo imprescindibile entro cui il fenomeno si colloca, ma non ne esauriscono la complessità, né consentono, da sole, di ricostruire la trama dei rapporti, dei poteri e dei rischi che precedono e accompagnano l'impiego della tecnologia.

L'operazione militare non costituisce il punto d'origine del rischio, ma soltanto il momento nel quale esso diviene *visibile*. Prima dell'impiego della forza si colloca infatti una fitta architettura di rapporti giuridici: contratti di acquisizione, licenze, subforniture, procedure di collaudo, garanzie, diritti sui dati e obblighi di manutenzione.

È all'interno di questa trama, spesso sottratta allo sguardo dell'osservatore, che il rischio tecnologico viene generato, ripartito e, talvolta, celato.

La comparazione tra Stati Uniti, Italia e Unione europea ed Emirati Arabi Uniti consente così di cogliere tre differenti equilibri tra regolazione, sovranità e autonomia negoziale, senza elevare alcuno di essi a paradigma universale né assumere un ordinamento come misura assoluta degli altri.[2]

La tesi qui sostenuta è che l'intelligenza artificiale determini una progressiva divaricazione tra il controllo materiale della piattaforma e il controllo tecnologico sul suo comportamento.

La titolarità del mezzo, la vicinanza all'evento lesivo e il potere di incidere sulle decisioni del sistema possono, infatti, concentrarsi in soggetti differenti. Ne consegue che la responsabilità non dovrebbe essere ricondotta soltanto a chi impiega materialmente la macchina, ma, nei limiti dei diversi titoli normativi, a chi disponeva della concre-

[1] * *Avvocato in Roma e Cultore della Materia in Diritto Privato Comparato presso l'Università di Campobasso.*

R. Mignot-Mahdavi, *Drones and International Law. A Techno-Legal Machinery*, Cambridge, 2023, 1 ss., 14 ss.; T. McFarland, *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, Cambridge, 2020, 28 ss.

[2] K. Zweigert - H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, 1998, 34 ss.; R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 1 ss., 343 ss.

ta capacità di conoscere, configurare, prevenire o correggere il rischio nel momento in cui esso era ancora suscettibile di governo.

Il problema non si esaurisce nella ricostruzione del nesso causale: investe anche la distribuzione della conoscenza e l'architettura dei rapporti contrattuali.

Un sistema può essere materialmente nella disponibilità dell'amministrazione e, tuttavia, rimanere pienamente intelligibile soltanto al fornitore; può essere affidato a un operatore cui spetta l'ultima autorizzazione, ma che non dispone né del tempo né delle informazioni necessarie per sottoporre a un vaglio effettivo la raccomandazione algoritmica; può, infine, dipendere da aggiornamenti, manutenzioni e servizi che prolungano le capacità dell'industria militare ben oltre il momento della consegna.

La responsabilità deve essere allora ricostruita come una geografia dei poteri e delle conoscenze, non come la mera fotografia dell'istante in cui il danno diviene percepibile.

1. *Il drone militare intelligente come oggetto del diritto privato*

1.1. *Dal velivolo remotamente pilotato al sistema autonomo*

Il termine «drone» riunisce fenomeni tecnicamente diversi. Nel velivolo remotamente pilotato l'essere umano conserva il governo immediato, sebbene lo eserciti attraverso collegamenti e stazioni terrestri; nel sistema autonomo, una o più funzioni vengono svolte senza un ulteriore comando umano dopo l'attivazione. Tra i due estremi si estende un *continuum* nel quale navigazione, ricognizione, classificazione, inseguimento, selezione e ingaggio possono essere diversamente distribuiti tra operatore e macchina.[3]

La distinzione tra sistema automatico, automatizzato e autonomo non coincide con una scala lineare di intelligenza. Il primo riproduce una sequenza predeterminata; il secondo combina regole per reagire a scenari variabili; il terzo seleziona una condotta sulla base delle informazioni raccolte dall'ambiente.

Nessuna di tali qualificazioni implica *coscienza* o *volontà* nel senso attribuito alla persona fisica. La terminologia tecnica non può essere elevata a fondamento di una nuova teoria della soggettività: l'autono-

[3] T. McFarland, *Autonomous Weapon Systems*, cit., 40 ss.; T.C. Bächle - J. Bareis, *"Autonomous Weapons" as a Geopolitical Signifier in a National Power Play*, in *European Journal of Futures Research*, 10, 2022, 2 ss.

mia qualifica il modo in cui una funzione viene eseguita, ma non trasforma la macchina in un autonomo centro di volontà, colpa o imputazione, men che meno morale.[4]

La *DoD Directive 3000.09* definisce *autonomo* il sistema d'arma che, una volta attivato, può selezionare e ingaggiare obiettivi senza ulteriore intervento dell'operatore; il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale qualifica, più in generale, come sistema di IA un sistema basato su macchina capace di elaborare gli *input* ricevuti e di inferire da essi le modalità attraverso cui generare *output* idonei a produrre effetti su ambienti fisici o virtuali.

Quest'ultima disciplina esclude tuttavia i sistemi destinati esclusivamente a finalità militari, di difesa o di sicurezza nazionale.[5]

Le definizioni sono funzionali: l'autonomia non viene riconosciuta alla macchina come attributo della sua individualità, ma riferita alle specifiche operazioni che essa è chiamata a svolgere.

Per il diritto privato, l'autonomia non scioglie il legame della macchina con chi l'ha progettata, prodotta o impiegata. Essa rivela, piuttosto, che una parte del comportamento futuro del sistema è stata anticipatamente predisposta e incorporata nel codice, nei dati, nei parametri operativi e nell'architettura stessa dell'interazione tra uomo e macchina.

Il quesito decisivo non è quanto il drone assomigli a una persona, ma quali poteri siano stati delegati al sistema, da chi e con quali possibilità di controllo. La presenza dell'operatore nell'ultimo segmento della sequenza non esaurisce, infatti, l'indagine: il giudizio umano può essere collocato nella definizione della missione, nella selezione delle classi di obiettivi, nell'impostazione delle soglie o nella facoltà di interrompere l'azione. Ciò che conta è che tale giudizio sia sostanziale e non meramente rituale.

1.2. *Il drone come prodotto ciberfisico complesso*

La piattaforma visibile non esaurisce l'identità del drone. Cellula, propulsione, sensori, collegamenti satellitari, *software* di missione,

[4] INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: Selected Issues*, position paper, Ginevra, 2026; T. McFarland, *Autonomous Weapon Systems*, cit., 40 ss.

[5] U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Directive 3000.09. Autonomy in Weapon Systems*, Washington, D.C., 2023, 21-22; regolamento (UE) 2024/1689, artt. 2, par. 3, e 3, n. 1, nonché considerando 24.

modelli di riconoscimento, dati di addestramento e infrastrutture di comando formano un'unità funzionale nella quale materia e informazione sono interdipendenti. Il drone militare intelligente è dunque un *prodotto ciberfisico complesso*: la separazione tra *hardware* e *software* conserva rilievo sul piano proprietario e contrattuale, ma non è più sufficiente a rappresentare l'unità causale del suo funzionamento.[6]

All'unità funzionale della tecnologia può, tuttavia, corrispondere una frammentazione dei centri giuridici di imputazione.

La piattaforma può essere costruita da un'impresa, il modello da un'altra, i sensori da un subfornitore e l'integrazione dal *prime contractor*. Manutenzione, *cybersecurity* e aggiornamenti possono essere oggetto di rapporti ulteriori. La responsabilità non può quindi essere ricostruita assumendo come unico oggetto la cosa materiale. Un drone strutturalmente integro può risultare insicuro per dati inadeguati, incompatibilità tra sottosistemi, un'interfaccia fuorviante o una vulnerabilità del collegamento.

L'integrazione non è un'attività neutra: stabilisce priorità tra le informazioni, determina la reazione all'incertezza e distribuisce i poteri tra macchina e operatore. È spesso nel rapporto tra componenti conformi, e non nel guasto isolato di una di esse, che prende forma il rischio decisivo.

La direttiva (UE) 2024/2853 sulla responsabilità da prodotti difettosi, applicabile ai prodotti immessi sul mercato o messi in servizio dopo l'8 dicembre 2026, include espressamente il *software* e considera rilevanti componenti immateriali, servizi digitali connessi, interconnessioni, aggiornamenti e capacità di apprendimento.[7] Pur non risolvendo ogni questione relativa alle acquisizioni militari, essa conferma che il prodotto digitale non termina necessariamente con la consegna. La sua identità può mutare attraverso versioni, dati e modifiche successive. Ne deriva una conseguenza dogmatica: la domanda su chi abbia «prodotto» il drone deve accompagnarsi a quella su chi ne abbia determinato la configurazione rilevante al momento dell'evento. Il prodotto diviene una storia di trasformazioni, non soltanto un oggetto consegnato.

La sicurezza deve essere misurata, quindi, anche *temporalmente*: il

[6] I. Bode - H. Huelss, *Autonomous Weapons Systems and International Norms*, Montreal-Kingston, 2022, 18 ss.; R. Mignot-Mahdavi, *Drones and International Law*, cit., 14 ss.

[7] Direttiva (UE) 2024/2853, artt. 2, 4, 7, 21 e 22. Il testo, rettificato nel 2026, si applica ai prodotti immessi sul mercato o messi in servizio dopo l'8 dicembre 2026.

sistema accettato dall'amministrazione può non coincidere più con quello impiegato dopo anni di correzioni, nuove librerie, mutamenti dei dati e sostituzione dei sensori.

1.3. *Delimitazione dell'indagine*

La specialità militare non produce un territorio di *rechtsfreier Raum*, ma modifica la sede nella quale il rischio viene regolato. L'AI Act sottrae al proprio ambito di applicazione i sistemi destinati in via esclusiva a finalità militari; il regolamento (UE) 2018/1139 sottrae, in linea di principio, gli aeromobili e le attività statali militari alla disciplina dell'aviazione civile; il Federal Decree-Law emiratino n. 26 del 2022 non si applica ai droni utilizzati o gestiti dalle autorità militari e di sicurezza.[8]

Ne deriva uno spostamento del baricentro regolatorio verso la legislazione speciale, gli atti amministrativi propri dell'ordinamento militare, le procedure di acquisizione e, soprattutto, il contratto.

Il contratto della difesa non si esaurisce nel trasferimento del bene né nel mero *technology transfer*, ma disciplina il complesso dei diritti, degli obblighi e delle responsabilità che accompagnano la tecnologia lungo la filiera industriale: regola l'accesso al codice, attribuisce i diritti sui dati tecnici, definisce gli obblighi di collaudo e aggiornamento, garantisce l'interoperabilità e ripartisce le responsabilità tra i diversi soggetti coinvolti.

Prima di stabilire chi debba rispondere, occorre comprendere chi potesse conoscere, modificare o mitigare il rischio.

Il diritto internazionale e il diritto pubblico mantengono intatta la propria autonomia concettuale e normativa, ma non esauriscono la questione privatistica. Prima ancora che il drone acceda allo spazio operativo, la capacità militare che esso esprime è stata concepita, sviluppata e resa disponibile attraverso rapporti patrimoniali, licenze, obblighi di cooperazione e promesse di prestazione tecnica. È in questa fase anteriore, spesso meno visibile dell'evento bellico ma non per questo meno decisiva, che si definiscono i poteri, le conoscenze e le responsabilità destinati a orientare la futura imputazione del rischio.

[8] Regolamento (UE) 2018/1139, art. 2, par. 3, lett. a); r.d. 30 marzo 1942, n. 327, art. 748; UAE Federal Decree-Law No. 26 of 2022, artt. 1 e 3.

2. *Intelligenza artificiale, difetto e imputazione del danno*

2.1. *Dal difetto materiale al difetto algoritmico*

Il *malfunzionamento* è un fatto tecnico; il *difetto* è un giudizio normativo. Una macchina può non realizzare l'esito atteso senza essere difettosa, quando l'errore appartenga a un rischio dichiarato e non ragionevolmente eliminabile; può invece funzionare secondo il programma ed essere nondimeno insicura, quando sia il programma ad avere incorporato una classificazione inadeguata o una soglia irragionevole.

Nei sistemi di apprendimento automatico l'errore può appartenere al funzionamento ordinario del modello: occorre allora verificare se il rischio fosse stato misurato, se i dati fossero adeguati, se i limiti fossero stati comunicati e se fossero presenti meccanismi di arresto o supervisione.

L'espressione «difetto algoritmico» non designa un autonomo *nomen iuris*, ma una categoria ricostruttiva.

Il vizio può risiedere nel modello, nei dati, nella funzione-obiettivo, nelle soglie o nella gestione dell'incertezza. L'imprevedibilità non può essere assunta come qualità metafisica dell'intelligenza artificiale: deve essere distinta dall'insufficienza dei *test*, dalla povertà del *dataset* o dalla mancata considerazione dell'ambiente operativo. Ciò che era oggettivamente inconoscibile secondo lo stato della tecnica non equivale a ciò che il singolo produttore non ha voluto o saputo indagare.

Nel drone armato la sicurezza non coincide con l'innocuità: consiste nella capacità di confinare la forza entro obiettivi, spazi e condizioni autorizzate. Il sistema può risultare difettoso perché non riconosce il degrado dei sensori, supera il perimetro operativo o omette di richiedere la conferma umana convenuta. La *difettosità* misura quindi anche la qualità giuridica della selettività: un'arma non è insicura perché produce effetti lesivi, ma perché non contiene tali effetti entro le condizioni che ne rendono legittimo e contrattualmente conforme l'impiego.

La nozione europea di prodotto difettoso è fondata sulla sicurezza legittimamente attesa, non sulla mera rottura materiale.

In *Boston Scientific* la Corte di giustizia ha riconosciuto, per dispositivi ad alta criticità, che un rischio anomalo di guasto riferibile alla medesima serie può rilevare anche senza la prova del guasto del singolo esemplare; in *N.W. c. Sanofi Pasteur* ha ammesso il ricorso a indizi gravi, precisi e concordanti in assenza di consenso scientifico, purché non si introducano presunzioni irrefragabili.[9]

[9] Corte giust. UE, 5 marzo 2015, cause riunite C-503/13 e C-504/13, *Boston*

Tali principi non sono automaticamente trasferibili ai materiali d'arma, ma mostrano come criticità del prodotto e asimmetria conoscitiva incidano sulla qualificazione del difetto e sui relativi aspetti probatori.

2.2. *Il difetto sistemico nell'interazione tra piattaforma, software, dati e sensori*

La conformità delle singole componenti non assicura, di per sé, la sicurezza dell'insieme: il rischio può nascere proprio dalle relazioni che le uniscono.

Il «difetto sistemico» risiede quindi nell'interazione: un sensore accurato può trasmettere dati con tempi incompatibili con il modello; un algoritmo valido in laboratorio può essere inadeguato all'ambiente operativo; un'interfaccia può presentare una raccomandazione con un grado di certezza superiore a quello reale.

La difettosità migra dalla singola parte alla *relazione* tra le parti.

L'integratore, che rende le componenti capaci di operare come un unico apparato, non può limitarsi alla verifica isolata dei prodotti ricevuti. Deve esaminare interferenze, conflitti tra protocolli, degradazione parziale, resilienza dell'insieme e comportamento del sistema quando una fonte informativa divenga incerta o ostile.

L'architettura stabilisce quali dati prevalgano, quando l'azione venga interrotta e quale margine resti all'operatore. In essa è incorporata una parte sostanziale della decisione che apparirà, in seguito, come decisione autonoma del drone.

La causalità si presenta, dunque, come distribuita, non come indecifrabile. Dati inadeguati, scelte progettuali, modalità di integrazione, omissioni nell'aggiornamento e affidamento dell'operatore possono concorrere alla produzione del medesimo evento lesivo. Occorre, pertanto, tenere distinti il piano della causalità materiale, quello dell'imputazione normativa e quello dell'accesso alla prova. È soprattutto su quest'ultimo versante che l'intelligenza artificiale accentua le difficoltà: codice, registri operativi e cronologia delle modifiche restano, di regola, nella disponibilità dei soggetti che hanno progettato, sviluppato o gestito il sistema. L'opacità tecnologica non può allora tradursi in

Scientific Medizintechnik, ECLI:EU:C:2015:148, punti 37-43; Corte giust. UE, 21 giugno 2017, causa C-621/15, *N.W. e altri c. Sanofi Pasteur*, ECLI:EU:C:2017:484, punti 24-43.

un vantaggio per chi detiene proprio le informazioni necessarie a dissolverla.[10]

Il progettista controlla l'architettura iniziale; lo sviluppatore il comportamento del modello; l'integratore le relazioni tra sottosistemi; il manutentore la continuità della configurazione; l'amministrazione le specifiche e le condizioni d'impiego; l'operatore il comando residuo. Nessuno possiede necessariamente un dominio assoluto, ma ciascuno può detenere, in una fase determinata, il potere sufficiente a governare una specifica componente del rischio.

La responsabilità non può perciò essere distribuita in modo puramente *cronologico*, gravando sull'ultimo soggetto che abbia interagito con la macchina, né esclusivamente gerarchico, concentrandosi sul contraente principale indipendentemente dalla concreta capacità di intervento.

2.3. *Obblighi di aggiornamento, sorveglianza e sicurezza successivi alla consegna*

La consegna non recide necessariamente il legame giuridico tra prodotto e produttore. Vulnerabilità emerse nel tempo, mutamenti del contesto operativo e successivi aggiornamenti possono incidere sulla sicurezza del sistema, imponendo di distinguere con rigore tra difetto originario, rischio sopravvenuto e inadempimento dell'obbligo di intervenire quando quel rischio divenga conoscibile e ancora suscettibile di correzione.

La direttiva (UE) 2024/2853 attribuisce rilievo al controllo del produttore, agli aggiornamenti e alle vulnerabilità informatiche; il contratto militare deve precisare sorveglianza, segnalazione, test di compatibilità e conservazione della storia delle versioni.[11]

Anche l'amministrazione assume il rischio quando ometta una correzione comunicata, alteri il sistema fuori dalle condizioni validate o integri componenti incompatibili.

[10] K. Prifti - E. Stamhuis - K. Heine, *Digging into the Accountability Gap: Operator's Civil Liability in Healthcare AI-Systems*, in B. Custers - E. Fosch-Villaronga (a cura di), *Law and Artificial Intelligence. Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, L'Aia, 2022, 279 ss.

[11] Direttiva (UE) 2024/2853, art. 4, n. 5, art. 7, par. 2, e art. 11, par. 2; T.J. De Graaf - I.S. Wuisman, *Contractual Liability for the Use of AI under Dutch Law and EU Legislative Proposals*, in B. Custers - E. Fosch-Villaronga (a cura di), *Law and Artificial Intelligence*, cit., 259 ss.

La sicurezza successiva alla consegna è dunque una relazione cooperativa: il produttore deve rendere disponibili informazioni e rimedi; l'utilizzatore deve comunicare incidenti, conservare i registri e non mutare silenziosamente la configurazione dalla quale dipende l'affidabilità.

Il rischio di sviluppo resta il confine più delicato. L'impresa non può essere gravata di ciò che lo stato oggettivo delle conoscenze rendeva inconoscibile, ma non può qualificare come imprevedibile ciò che *test* adeguati o dati più rappresentativi avrebbero consentito di scoprire.

3. *Il modello statunitense. Regolazione militare, contratto federale e responsabilità del* defense contractor

3.1. *La disciplina dell'autonomia e dell'intelligenza artificiale nel sistema della difesa statunitense*

La *DoD Directive 3000.09* non esclude il ricorso all'autonomia, ma ne subordina l'impiego a un articolato sistema di responsabilità organizzative, controllo giuridico, verifica, validazione e sperimentazione in condizioni realistiche; essa richiede che comandanti e operatori possano esercitare livelli appropriati di giudizio umano sull'uso della forza e collega lo sviluppo a sicurezza *hardware* e *software*, resilienza, protezione antimanomissione e *cybersecurity*.[12]

La formula non cristallizza un unico modello di *human-in-the-loop*: consente che il giudizio sia esercitato in fasi differenti, purché rimanga effettivo rispetto alla funzione e alle conseguenze prevedibili.

I principi etici del Department of Defense e la *Responsible Artificial Intelligence Strategy and Implementation Pathway* aggiungono responsabilità, equità, tracciabilità, affidabilità e governabilità. Considerati isolatamente, tali principi non fondano di per sé un'autonoma pretesa risarcitoria; acquistano, tuttavia, rilievo giuridico nel momento in cui vengono recepiti nelle specifiche tecniche, nei protocolli di prova e nei criteri di accettazione.

La *soft law* militare assume così una funzione normativa intermedia: non impone direttamente la responsabilità dell'impresa, ma contribuisce a definire il contenuto concreto degli obblighi di progettazione, verifica e documentazione gravanti sul contraente.[13]

[12] U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Directive 3000.09*, cit., 3 ss., 8 ss.

[13] U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Ethical Principles for Artificial Intelligence*, Washington, D.C., 2020; ID., *Responsible Artificial Intelligence Strategy and Implementation Pathway*, Washington, D.C., 2022, 1 ss.

3.2. *Collaudo, validazione, cybersecurity e controllo umano*

Il controllo umano non può ridursi alla presenza meramente simbolica di un comando di arresto. Per essere effettivo, esso deve poter essere esercitato concretamente, tenendo conto del tempo disponibile per decidere, della qualità dell'interfaccia e della completezza delle informazioni offerte all'operatore. In questa prospettiva, il *DoD Manual 5000.100*, attuativo della disciplina sulla *Human Systems Integration*, considera elementi quali il carico di lavoro, l'usabilità, la consapevolezza situazionale, la capacità di impiego responsabile e il grado di fiducia dell'utilizzatore; il *DoD Manual 5000.101* disciplina, invece, in modo specifico, la sperimentazione e la valutazione dei sistemi autonomi e di quelli abilitati dall'intelligenza artificiale.[14]

Il collaudo non costituisce un mero adempimento tecnico, ma genera una conoscenza giuridicamente qualificata, poiché cristallizza le prestazioni attese, i rischi conosciuti e le condizioni entro le quali il sistema è destinato a operare.

In tale prospettiva, il 10 U.S.C. § 4171 subordina, per i programmi ricompresi nel suo ambito, il superamento della fase di produzione iniziale a basso ritmo al completamento dell'*initial operational test and evaluation*.[15]

L'accettazione del sistema non vale a sanare né il rischio taciuto né l'errore introdotto successivamente alle prove; può, tuttavia, assumere rilievo quando la caratteristica contestata coincida con una scelta tecnica specificamente valutata e approvata dal Governo.

Nei sistemi adattivi, peraltro, il collaudo non può essere inteso come un giudizio definitivo e irripetibile: ogni modifica suscettibile di incidere sulle prestazioni, sull'interfaccia o sulla sicurezza deve essere ricondotta a una nuova configurazione, nuovamente identificabile, verificabile e sottoposta a controllo.

3.3. *Allocazione contrattuale del rischio nel FAR e nel DFARS*

FAR e DFARS traducono qualità e sicurezza in obbligazioni contrattualmente esigibili. La responsabilità primaria per l'esecuzione

[14] U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Instruction 5000.95. Human Systems Integration in Defense Acquisition*, Washington, D.C., 2022; ID., *Manual 5000.100. Test and Evaluation Master Plans and Strategies*, Washington, D.C., 2024, 28 ss.; ID., *Manual 5000.101. Operational Test and Evaluation of AI-Enabled and Autonomous Systems*, Washington, D.C., 2024.

[15] 10 U.S.C. § 4171.

delle ispezioni e delle prove permane in capo al contraente, mentre le clausole di garanzia relative alle forniture complesse possono essere inserite nei casi e alle condizioni previsti dalla FAR.[16]

Il potere di controllo riconosciuto al Governo non trasforma, tuttavia, l'amministrazione nel progettista delle singole componenti, né solleva l'impresa dalla responsabilità principale per la conformità della prestazione.

Nei sistemi intelligenti, le garanzie tradizionalmente costruite attorno alla qualità dei materiali e della lavorazione non sono più sufficienti: devono essere integrate da *specifiche tecniche* concernenti l'accuratezza, la robustezza, il comportamento in condizioni degradate, la qualità dei dati, la risposta alla perdita del collegamento e la gestione degli aggiornamenti.

Il contratto non dissolve l'incertezza tecnologica, ma ne disciplina la conoscenza, la misurazione e la sopportazione. Resta, quindi, decisiva la distinzione tra *specifiche di progetto* e *specifiche di prestazione*: quanto più il Governo impone una determinata soluzione tecnica, tanto più assume rilievo la sua partecipazione alla scelta rischiosa; quanto più si limita a indicare il risultato o la capacità richiesta, tanto più permane in capo all'impresa il margine della responsabilità progettuale.

La DFARS 252.204-7012 impone protezione delle informazioni della difesa, *reporting* degli incidenti e trasmissione di obblighi rilevanti ai subcontraenti.[17]

L'incidente informatico non dimostra automaticamente l'inadempimento, ma l'omessa predisposizione dei controlli o la mancata segnalazione possono assumere autonoma rilevanza. La sicurezza deve seguire l'informazione lungo la filiera, altrimenti il *prime contractor* resterebbe formalmente obbligato mentre il rischio si sposterebbe verso soggetti sottratti alla disciplina contrattuale principale.

3.4. *Proprietà intellettuale, dati tecnici e accesso alle informazioni necessarie all'accertamento del difetto*

La proprietà intellettuale incide direttamente sulla distribuzione del potere tecnologico, poiché determina chi possa mantenere, modificare e, soprattutto, comprendere il sistema. In questa prospettiva, i 10 U.S.C. §§ 3774 e 4236 impongono di programmare sin dall'origine

[16] FAR 46.201-46.202, 46.702-46.706; FAR 52.246-2, 52.246-18 e 52.246-19.
[17] DFARS 204.7302-204.7304; DFARS 252.204-7012.

le esigenze di lungo periodo relative ai dati tecnici e, per quanto concretamente possibile, di definirne il prezzo prima della selezione del contraente.

Le clausole DFARS modulano l'ampiezza dei diritti riconosciuti all'amministrazione distinguendo tra *unlimited rights*, *government purpose rights*, *limited rights* e *restricted rights*, in funzione della natura dei dati, del *software* e delle modalità di finanziamento.

La titolarità materiale della piattaforma, tuttavia, non coincide con la disponibilità della conoscenza necessaria a comprenderne il funzionamento o ad accertarne il difetto.

Occorre, infatti, distinguere il diritto di utilizzare un'informazione dall'obbligo di renderla effettivamente disponibile: l'amministrazione può disporre di una licenza ampia e, nondimeno, non avere ricevuto il codice sorgente, la documentazione del modello o la cronologia dei *dataset* impiegati.

L'accesso a tali informazioni deve quindi essere negoziato sin dall'origine, prima che la dipendenza tecnologica dal fornitore trasformi ogni alternativa in una possibilità soltanto teorica.

3.5. Government contractor defense*, immunità derivata e giurisprudenza federale*

La giurisprudenza individua il confine oltre il quale la scelta pubblica, quando sia effettiva, consapevole e sufficientemente determinata, può riflettersi sulla posizione dell'impresa e concorrere a limitarne la responsabilità.

In *Yearsley* la Corte Suprema escluse la responsabilità del contraente che avesse agito entro un'autorità validamente conferita; in *Boyle* subordinò la *government contractor defense* all'approvazione di specifiche ragionevolmente precise, alla conformità del prodotto e alla comunicazione dei pericoli conosciuti dall'impresa e ignoti al Governo.[18]

Applicata ai sistemi intelligenti, la regola distingue la scelta effettivamente governativa dal margine lasciato all'industria. Se l'amministrazione prescrive il modello o le soglie e riceve piena informazione sui rischi, la responsabilità secondo il diritto statale può confliggere con la decisione federale; se indica soltanto l'effetto operativo, la sele-

[18] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Yearsley v. W.A. Ross Construction Co.*, 309 U.S. 18, 20-21, 1940; ID., *Boyle v. United Technologies Corp.*, 487 U.S. 500, 511-513, 1988.

zione dei dati e dell'architettura resta industriale. Il dovere di avvertimento acquista qui un valore decisivo: l'asimmetria informativa non protegge il contraente, ma accresce la sua responsabilità per ciò che il Governo non poteva conoscere.

In *Campbell-Ewald* e, nel 2026, in *GEO Group v. Menocal*, la Corte ha ribadito che il contraente non condivide automaticamente l'immunità sovrana: la dottrina di *Yearsley* opera come difesa dalla responsabilità, non come generale immunità dal processo.[19]

In *Hencely v. Fluor Corp.* la Corte ha inoltre respinto una generale preclusione delle azioni statali fondata sulla sola connessione con attività combattenti: la protezione richiede un conflitto significativo con una decisione federale effettivamente riferibile alla condotta contestata.[20]

4. *Il modello italiano ed europeo. Le categorie civilistiche dinanzi all'esclusione militare dalla regolazione dell'intelligenza artificiale*

4.1. *La specialità dei contratti della difesa e la persistente centralità del diritto privato*

L'esclusione dei sistemi militari dall'ambito di applicazione dell'AI Act non apre affatto un vuoto normativo: essa sposta, piuttosto, la disciplina verso altre fonti, altri strumenti e altri luoghi di regolazione.

La direttiva 2009/81/CE e il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208 disciplinano gli affidamenti nei settori della difesa e della sicurezza; il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 coordina tale specialità e, all'art. 12, rinvia al codice civile per la stipulazione e l'esecuzione quando la disciplina pubblicistica non disponga diversamente.[21]

Il contratto della difesa si configura come una forma di diritto privato governato dall'interesse pubblico: l'autonomia negoziale vi opera entro un perimetro segnato da finalità indisponibili, esigenze di segretezza e poteri pubblici di vigilanza e controllo.

L'esclusione prevista dall'AI Act ha natura *funzionale*, non *sogget-*

[19] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Campbell-Ewald Co. v. Gomez*, 577 U.S. 153, 166-168, 2016; ID., *GEO Group, Inc. v. Menocal*, 607 U.S. 438, 2026.

[20] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Hencely v. Fluor Corp.*, No. 24-924, slip op., 22 aprile 2026, 5 ss.

[21] Direttiva 2009/81/CE; d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208; d.P.R. 13 marzo 2013, n. 49; d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, artt. 12 e 136.

tiva: non dipende dall'identità del produttore, ma dalla destinazione esclusivamente militare del sistema.

Proprio per questo, essa non attenua il ruolo del contratto, ma lo rende ancora più decisivo.

Nei sistemi civili ad alto rischio, il regolamento impone direttamente obblighi relativi alla gestione del rischio, alla qualità dei dati, alla registrazione delle operazioni, alla supervisione umana e alla *cybersecurity*; nei sistemi destinati esclusivamente alla difesa, tali requisiti devono invece essere tradotti in fonti speciali, capitolati tecnici, protocolli di prova e clausole di garanzia. La sicurezza algoritmica deve così cessare di essere un principio astratto e diventare una prestazione concreta, misurabile e verificabile.

4.2. *Responsabilità contrattuale dell'appaltatore, degli ausiliari e dei subfornitori*

Gli artt. 1176, 1218 e 1375 c.c. offrono i criteri attraverso i quali valutare la progettazione, l'integrazione, l'informazione e la cooperazione alla luce della professionalità esigibile e della particolare criticità del sistema. Le Sezioni Unite hanno chiarito che il creditore è tenuto a provare la fonte del proprio diritto e ad allegare l'inadempimento, mentre incombe sul debitore dimostrare l'esatta esecuzione della prestazione; l'art. 1228 c.c., inoltre, mantiene in capo al contraente la responsabilità per l'operato degli ausiliari dei quali si sia avvalso nell'adempimento.[22]

Collaudo e accettazione delimitano la conformità verificata, ma non sanano il vizio occulto, la reticenza sulle limitazioni conosciute o l'insicurezza introdotta da una versione successiva.

Nei contratti di lunga durata, l'obbligo di informazione e quello di aggiornamento devono essere *espressi*: la buona fede può integrare il regolamento negoziale, non sostituire una consapevole allocazione del rischio tecnologico.

Occorre inoltre distinguere tra la prestazione di risultato, ancorata al conseguimento di capacità oggettivamente misurabili, e l'obbligo di diligente progettazione, verifica e controllo. La relativa qualificazione non dipende dalla formula adottata dalle parti, ma dal contenuto effettivo delle obbligazioni assunte e dalla funzione concretamente attribuita al contratto.

[22] Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 29001; artt. 1176, 1218, 1228 e 1375 c.c.

4.3. *Responsabilità extracontrattuale, attività pericolosa e pluralità degli autori del danno*

Nei confronti dei terzi trovano applicazione gli artt. 2043, 2050, 2051 e 2055 c.c. L'impiego di una piattaforma armata, così come la sperimentazione di funzioni autonome ad elevata criticità, può integrare, in relazione alle concrete modalità operative, l'esercizio di un'*attività pericolosa*. La pericolosità non deriva, tuttavia, dalla mera presenza dell'intelligenza artificiale, ma dalla natura del mezzo, dalla gravità del danno potenzialmente producibile e dalle condizioni nelle quali l'attività viene svolta.

La Corte di cassazione ha precisato che la prova liberatoria ex art. 2050 richiede tutte le misure concretamente idonee, comprese quelle suggerite dal progresso tecnico, e non il mero rispetto delle prescrizioni formali.[23] Test avversariali, procedure di doppia verifica, meccanismi di arresto e registrazione degli eventi possono pertanto rilevare anche in mancanza di una norma specifica che li nomini, se costituiscano cautele conoscibili e proporzionate.

La responsabilità da custodia segue il potere effettivo di governo della cosa; l'autonomia programmata non costituisce di per sé caso fortuito.[24] Il comando remoto e la capacità di configurazione, quando si traducano in un effettivo potere di governo del funzionamento della cosa, possono assumere rilievo ai fini dell'individuazione del custode. Ciò non assorbe la responsabilità del produttore per il difetto originario: custode, progettista e manutentore possono concorrere secondo titoli differenti. L'art. 2055 protegge il danneggiato dall'onere di sciogliere preventivamente la complessità della filiera, lasciando ai rapporti interni la graduazione del contributo causale.

4.4. *Software, aggiornamenti e servizi digitali nella responsabilità da prodotto*

La direttiva (UE) 2024/2853 supera la coincidenza tra prodotto e materia: include *software*, servizi digitali connessi e modifiche sostanziali, contempla la responsabilità del produttore finale e di quello della componente e introduce strumenti probatori per la complessità tecnica.[25] La disciplina non prevede una generale sottrazione dei pro-

[23] Cass., Sez. III, ord. 30 luglio 2025, n. 21919, Rv. 675841-01; art. 2050 c.c.
[24] Cass., Sez. Un., 30 giugno 2022, n. 20943, Rv. 665084-01; art. 2051 c.c.
[25] Direttiva (UE) 2024/2853, artt. 4, 6, 8-10, 12 e 14.

dotti militari al proprio ambito, ma concentra la tutela sulle persone fisiche e su specifiche categorie di danno. Restano invece affidate prevalentemente al contratto le conseguenze economiche subite dall'amministrazione quando la piattaforma risulti inidonea rispetto alle prestazioni convenute.

L'asimmetria è significativa: l'Unione rinuncia a regolare direttamente *ex ante* il sistema destinato esclusivamente alla difesa, ma non proclama una corrispondente immunità *ex post* del prodotto difettoso. La funzione militare modifica la regolazione della tecnologia, non cancella necessariamente la tutela della persona lesa. *Software*, aggiornamenti e servizi connessi entrano nella valutazione della sicurezza quando il produttore continui a controllarne l'integrazione o la fornitura.

5. *Il modello degli emirati arabi uniti. Codificazione civile, sovranità tecnologica e centralità del contratto*

5.1. *La separazione tra regolazione civile dei droni e impiego militare*

Il diritto emiratino costruisce una netta separazione funzionale. Il Federal Decree-Law n. 26 del 2022 disciplina l'uso civile dei droni, comprendendo sistemi controllati da remoto o autonomamente, ma esclude quelli utilizzati o gestiti dalle autorità militari e di sicurezza. La legge civile prevede competenze amministrative, assicurazione, registrazione all'art. 7, obblighi dell'operatore e certificato di sicurezza.[26] Questi elementi non possono essere automaticamente trasferiti alla difesa, ma mostrano quali fattori l'ordinamento consideri ordinariamente necessari alla sicurezza del volo senza pilota.

Un'analoga esclusione opera nel *procurement*. Il Federal Law n. 11 del 2023 sottrae alla disciplina federale ordinaria le Forze armate, il Ministero della difesa e gli acquisti militari o di sicurezza.[27] Da tale sottrazione non può, tuttavia, desumersi l'assenza di una regolazione speciale; può soltanto constatarsi che il suo contenuto complessivo non risulta integralmente ricostruibile sulla base delle fonti pubblicamente accessibili. La comparazione deve arrestarsi dinanzi a questo limite conoscitivo, senza trasformare l'assenza di trasparenza in uno spazio da colmare mediante congetture.

[26] UAE Federal Decree-Law No. 26 of 2022, artt. 1, 3, 5, 7, 10 e 11. La registrazione è disciplinata dall'art. 7.

[27] UAE Federal Law No. 11 of 2023, artt. 2-4.

5.2. *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel diritto federale emiratino*

Il Federal Decree-Law n. 25 del 2025 ha promulgato un nuovo Civil Transactions Law, in vigore dal 1° giugno 2026. La codificazione disciplina scelta della legge, buona fede precontrattuale ed esecutiva, obblighi informativi, esecuzione difettosa, atto dannoso, concorso di responsabili, *muqawala* e subappalto.[28] La sua recente entrata in vigore impone prudenza: la giurisprudenza formatasi sotto il codice precedente conserva valore soltanto nei limiti della continuità dei principi.

L'art. 122 impone la comunicazione delle informazioni decisive per il consenso; l'art. 221 richiede esecuzione secondo buona fede; gli artt. 334 e 336 collegano diligenza e risarcimento all'esecuzione impossibile, ritardata, parziale o difettosa.[29]

Nel sistema algoritmico tali regole rendono giuridicamente rilevanti limiti di affidabilità, dipendenze dai dati e vulnerabilità conosciute. La riservatezza non può legittimare l'occultamento di informazioni che modifichino sostanzialmente l'idoneità della prestazione.

La disciplina dell'atto dannoso consente di distribuire il risarcimento tra più soggetti; l'art. 257 dichiara nulla la clausola che escluda o attenui la responsabilità derivante da fatto dannoso.[30] La distinzione tra autore diretto e causa mediata, presente nella codificazione, richiede cautela quando l'ultimo comando umano sia soltanto l'esito di una decisione già strutturata dal sistema. La materialità dell'atto non deve rendere invisibile il potere anteriore di configurazione.

5.3. *Produttore, operatore e integratore nella filiera dei sistemi autonomi*

Gli artt. 812 ss. sulla *muqawala* impongono qualità dei materiali, rispetto degli *standard* professionali, avvertimento sui difetti e correzione dell'esecuzione; l'art. 832 ammette il subappalto ma conserva la responsabilità del *contractor* principale verso il committente.[31] La figura è sufficientemente ampia da comprendere, secondo il concreto

[28] UAE Federal Decree-Law No. 25 of 2025, artt. 1-3, 19-20, 29, 121-123, 221, 245-257, 331-340 e 812-833.

[29] UAE Federal Decree-Law No. 25 of 2025, artt. 122, 221, 334, 336 e 339.

[30] UAE Federal Decree-Law No. 25 of 2025, artt. 246-257, spec. artt. 253 e 257.

[31] UAE Federal Decree-Law No. 25 of 2025, artt. 812-819, 832 e 833.

assetto negoziale, fabbricazione della piattaforma, sviluppo e integrazione di una capacità funzionale complessa.

L'integratore occupa una posizione distinta dal produttore della singola parte e dall'operatore finale. Egli seleziona protocolli, determina la compatibilità e rende l'eterogeneità capace di agire come un unico sistema. La sua prestazione non si esaurisce nell'accertamento della conformità individuale dei componenti: comprende le interazioni e il comportamento emergente dell'architettura complessiva.

5.4. *Clausole di garanzia, manleva e limitazione della responsabilità nei contratti della difesa*

Il contratto assume una funzione conformativa particolarmente intensa. Deve definire ambienti validati, soglie di prestazione, accesso ai dati, aggiornamenti, manleve e conseguenze delle modifiche imposte dall'amministrazione. Una garanzia limitata alla sola integrità materiale non descrive adeguatamente il valore economico di un sistema il cui comportamento dipende dal *software* e dai dati.

Le clausole di manleva distribuiscono il costo nei rapporti interni, ma non determinano necessariamente chi sia responsabile verso il terzo. Il *prime contractor* può assumere il rischio del difetto industriale; il subfornitore quello della componente; l'amministrazione le conseguenze di una modifica imposta o di un impiego fuori dalla configurazione certificata. La razionalità della clausola dipende dal collegamento tra rischio e capacità di controllo, non dalla sola forza negoziale.

Le clausole di limitazione non possono essere lette isolatamente. Un'esclusione relativa a dati, vulnerabilità o interruzione operativa può svuotare la prestazione proprio dei rischi che ne costituiscono il valore economico. Il nuovo codice conserva la responsabilità per dolo e colpa grave e attribuisce al giudice poteri sulla liquidazione convenzionale; verso i terzi, l'art. 257 impedisce l'esonero dalla responsabilità da fatto dannoso.[32]

5.5. *Regolazione dell'intelligenza artificiale, soft law e limiti della documentazione pubblicamente accessibile*

La UAE Charter for the Development and Use of Artificial Intelligence enuncia sicurezza, trasparenza, controllo umano e *accountabili-*

[32] UAE Federal Decree-Law No. 25 of 2025, artt. 257, 334 e 340.

ty, ma opera come *soft law* e non come autonomo regime risarcitorio.[33] I principi possono penetrare nei capitolati e contribuire a concretizzare buona fede e standard professionali, ma non devono essere presentati come precetti legislativi specificamente applicabili ai droni militari.

La limitata accessibilità della disciplina militare costituisce un dato metodologico, non una lacuna da colmare con analogie arbitrarie. Le fonti pubbliche mostrano dove la regolazione ordinaria si arresti, non ciò che accade integralmente oltre quel confine. Il comparatista deve distinguere l'assenza di pubblicità dall'assenza di diritto e dichiarare quando una conclusione poggi sulla codificazione generale anziché su regole militari direttamente disponibili.

6. *La comparazione dei modelli*

6.1. *Modelli*

La comparazione non si limita a giustapporre istituti e soluzioni normative, ma mira a individuare la scelta di fondo compiuta da ciascun ordinamento nel determinare chi produca il rischio e chi debba sopportarne le conseguenze.[34]

Il modello statunitense si caratterizza per una struttura *regolatorio-contrattuale*: direttive militari, procedure di collaudo, FAR e DFARS si incorporano nel rapporto negoziale, mentre la giurisprudenza separa il rischio riconducibile a una decisione effettivamente assunta dal Governo da quello che permane nell'area di autonomia e responsabilità dell'industria.

Il modello italiano ed europeo conserva un'impronta eminentemente *civilistica*: l'esclusione dei sistemi militari dall'ambito dell'AI Act convive con le categorie generali della responsabilità e con una disciplina del prodotto difettoso estesa anche al *software*.

Non vi è, tuttavia, una dottrina generale assimilabile alla *government contractor defense* statunitense. La specifica tecnica imposta dall'amministrazione può incidere sull'accertamento della colpa, del nesso causale e sulla ripartizione interna del rischio, ma non vale, di regola, a estendere all'impresa la sfera dell'immunità propria dello Stato.

[33] UAE GOVERNMENT, *UAE Charter for the Development and Use of Artificial Intelligence*, Abu Dhabi, 2024.

[34] K. Zweigert - H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, cit., 34 ss.; R. Sacco, *Legal Formants*, cit., 343 ss.

Il modello emiratino presenta una fisionomia marcatamente *sovrano-contrattuale*: la funzione militare resta separata dalla regolazione civile resa pubblicamente accessibile, mentre il rapporto tra Stato e industria può essere ricostruito soprattutto attraverso la codificazione generale e il contratto. In questo contesto, la sovranità non si esprime soltanto mediante norme imperative, ma anche attraverso il potere di sottrarre il settore della difesa alla disciplina ordinaria visibile e di adattare la regola alle esigenze del programma strategico.

6.2. *Convergenze funzionali e divergenze sistemiche*

I sistemi convergono sulla centralità del contratto e sulla durata del controllo oltre la consegna. Divergono nel luogo nel quale ripongono la fiducia: gli Stati Uniti nella proceduralizzazione preventiva; Italia e Unione europea nella capacità delle categorie civilistiche e della prova giudiziale; gli Emirati nell'adattamento sovrano e negoziale della regola al programma strategico. Diverge anche la protezione del contractor: negli Stati Uniti la precisa scelta pubblica può precludere il diritto statale; in Italia la specifica amministrativa incide su colpa e causalità, ma non genera una generale immunità; nel diritto emiratino pubblicamente accessibile non emerge una dottrina equivalente a *Boyle*.

La convergenza più profonda riguarda la conoscenza. Collaudi, registri, diritti sui dati e accesso al codice determinano non soltanto la sicurezza, ma la possibilità di provare la causa. La proprietà intellettuale protegge l'innovazione, ma può diventare struttura di dipendenza quando impedisca allo Stato di mantenere o comprendere il sistema.[35] Il diritto della responsabilità e il diritto sui dati tecnici appartengono, perciò, alla medesima architettura.

7. *Verso uno statuto privatistico dei droni militari intelligenti*

7.1. *Il principio del controllo tecnologico*

Dalla comparazione affiora un criterio ricostruttivo unitario: il *principio del controllo tecnologico*. Esso non si sostituisce alle regole

[35] R.M. Farley - D.H. Isaacs, *Patents for Power. Intellectual Property Law and the Diffusion of Military Technology*, Chicago-London, 2020, 95 ss.; 10 U.S.C. §§ 3774 e 4236.

positive in materia di causalità, colpa, inadempimento o responsabilità oggettiva, ma ne orienta l'applicazione alla complessità dei sistemi intelligenti. Il rischio dovrebbe essere imputato, nei limiti consentiti da ciascun ordinamento, al soggetto che, nella fase in cui esso era ancora governabile, disponeva del potere giuridico e della capacità tecnica di conoscerlo, configurarlo, prevenirlo o correggerlo.[36]

Il controllo tecnologico si articola in più dimensioni tra loro complementari: è *causale*, perché attiene al potere di configurare il sistema; *epistemico*, perché presuppone l'accesso alle informazioni necessarie a comprenderne il funzionamento; *correttivo*, perché implica la capacità di modificarne o arrestarne il comportamento; *organizzativo*, perché comprende il governo e il coordinamento della filiera.

Tali poteri possono essere distribuiti tra progettista, sviluppatore, integratore, amministrazione, manutentore e operatore. Nessuno di questi soggetti può essere elevato a garante universale; al tempo stesso, la complessità del sistema non può tradursi in una dispersione della responsabilità tale per cui ciascuno detenga una parte del potere e nessuno sia chiamato a risponderne.

Questo criterio impedisce, da un lato, di concentrare la responsabilità sull'operatore quando il suo intervento sia soltanto formale, svuotato da un'interfaccia opaca o da tempi decisionali incompatibili con un controllo effettivo; dall'altro, evita di imputare all'industria i rischi derivanti da configurazioni modificate unilateralmente dall'amministrazione o da impieghi estranei agli scenari previamente validati.

7.2. *Tracciabilità algoritmica e accesso alla prova*

La responsabilità esige memoria. Il contratto deve quindi garantire la tracciabilità della versione del *software*, la ricostruzione delle modifiche intervenute, l'origine dei dati, la registrazione degli input e degli output rilevanti, degli interventi umani e delle anomalie conosciute.

Non è necessario che ogni inferenza algoritmica venga tradotta in una motivazione intellegibile secondo categorie umane; è però indispensabile poter ricostruire quale configurazione abbia operato e in-

[36] Il *principio del controllo tecnologico* è qui proposto come criterio ricostruttivo; cfr. K. Prifti - E. Stamhuis - K. Heine, *Digging into the Accountability Gap*, cit., 286 ss.

dividuare il soggetto che, in quel momento, disponeva del potere di modificarla.[37]

La responsabilità non può prescindere dalla conservazione della conoscenza.

Quando il soggetto tenuto a custodire dati, registri o documentazione tecnica ometta di farlo, tale omissione deve riflettersi sulla distribuzione dell'onere della prova. Le esigenze di segretezza militare e di tutela del segreto industriale possono essere salvaguardate attraverso strumenti di accesso controllato – deposito fiduciario, ambienti sicuri, consultazione selettiva e consulenti muniti delle necessarie abilitazioni – senza sacrificare l'accertamento giudiziale.

La riservatezza deve regolare il modo in cui la conoscenza circola, non impedire che essa pervenga al giudice. Allo stesso modo, la proprietà intellettuale è chiamata a proteggere dall'appropriazione indebita, non a trasformarsi in un diritto all'inaccessibilità delle cause del danno.

7.3. *Obblighi inderogabili di cooperazione, aggiornamento e comunicazione delle vulnerabilità*

Cooperazione, aggiornamento e comunicazione delle vulnerabilità costituiscono obblighi strutturali del prodotto digitale. Essi devono comprendere l'analisi degli incidenti, la definizione dei tempi di segnalazione, l'adozione di misure provvisorie, l'esecuzione di test di compatibilità e la predisposizione di procedure di ripristino. La sicurezza nasce infatti dalla circolazione di conoscenze distribuite lungo la filiera: il produttore conosce il codice, l'amministrazione osserva il sistema nell'impiego concreto, il manutentore intercetta le anomalie e l'integratore ne comprende le interdipendenze.

Occorre, tuttavia, distinguere l'aggiornamento necessario a preservare la sicurezza dal miglioramento destinato a introdurre nuove capacità. Il produttore non può essere chiamato a garantire indefinitamente ogni progresso tecnologico, ma neppure può dichiararsi estraneo a una vulnerabilità che soltanto lui sia concretamente in grado di correggere. Simmetricamente, l'amministrazione non può omettere l'adozione di una correzione tempestivamente comunicata e trasferire

[37] Regolamento (UE) 2024/1689, artt. 12 e 18-21, richiamati quale parametro sistematico e non come disciplina applicabile ai sistemi esclusivamente militari; U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Directive 3000.09*, cit., 8 ss.

poi integralmente all'industria le conseguenze economiche della propria inerzia.[38]

Il contratto deve precisare chi sia competente a rilevare la necessità della modifica, quali verifiche debbano precederla, chi ne accerti la compatibilità con il sistema e secondo quali procedure possa essere ripristinata la configurazione precedente. L'aggiornamento non costituisce infatti un intervento immateriale e neutro: può incidere sulle prestazioni, modificare l'interfaccia e alterare le dipendenze tra componenti. La sicurezza esige, pertanto, che ogni trasformazione sia preventivamente conosciuta, adeguatamente validata e integralmente tracciata.

7.4. *Ripartizione del rischio tra amministrazione,* prime contractor *e subfornitori*

La ripartizione interna deve seguire le funzioni. L'amministrazione sopporta il rischio delle specifiche precise, delle modifiche imposte e dell'impiego consapevolmente estraneo alle condizioni validate. Il *prime contractor* assume il rischio dell'integrazione e del coordinamento della filiera. Sviluppatori, produttori di componenti, fornitori di dati e manutentori rispondono del potere specificamente esercitato.

Gli obblighi trasferiti ai subfornitori devono essere accompagnati dalle informazioni e dai mezzi necessari al loro adempimento.[39] Il *flow-down* non può essere una riproduzione meccanica delle clausole: non è razionale imporre al fornitore di un componente la sicurezza dell'intero sistema se egli ignora la configurazione finale, né gravare l'integratore della correzione di un codice al quale non abbia accesso. Dovere, conoscenza e potere devono essere distribuiti congiuntamente.

Verso il terzo, la struttura industriale non dovrebbe aggravare l'onere di individuare preventivamente l'esatto centro del difetto. Solidarietà e responsabilità concorrente proteggono il danneggiato; regresso e manleva restituiscono poi rilievo al contributo di ciascuno. Le clausole interne non possono diventare immunità esterna. Anche l'assicurazione deve distinguere rischio di prodotto, responsabilità professionale dello sviluppatore, rischio informatico e rischio operativo,

[38] Direttiva (UE) 2024/2853, art. 4, n. 5, art. 7, par. 2, e art. 11, par. 2; artt. 1175 e 1375 c.c.; UAE Federal Decree-Law No. 25 of 2025, artt. 122 e 221.

[39] Art. 1228 c.c.; UAE Federal Decree-Law No. 25 of 2025, art. 832; FAR 46.202; DFARS 252.204-7012.

evitando che le esclusioni lascino scoperta proprio la componente algoritmica.

Conclusioni

Il drone militare intelligente separa il luogo nel quale l'azione diviene visibile da quello nel quale essa è stata preparata. La selezione dell'obiettivo o la traiettoria appaiono come condotte della macchina, ma derivano da decisioni sedimentate nelle specifiche, nei dati, nel codice, nell'integrazione e nell'autorizzazione operativa. L'autonomia non sopprime la presenza umana: la anticipa e la distribuisce.

Per questa ragione la personificazione della macchina offrirebbe una soluzione soltanto apparente. Trasferire la responsabilità a un soggetto artificiale significherebbe collocarla nel punto della catena privo di patrimonio, interesse economico e potere originario di prevenzione.

Il *liability gap* è meno un vuoto di norme che un vuoto epistemico e organizzativo: emerge quando non sia possibile individuare chi conoscesse il rischio o accedere alle informazioni necessarie a dimostrarlo.[40]

I tre ordinamenti esaminati possiedono strumenti differenti ma non incompatibili.

Negli Stati Uniti, regolazione e contratto delimitano la decisione sovrana e l'autonomia industriale; in Italia, le categorie civilistiche ricompongono inadempimento, attività pericolosa, custodia e concorso; negli Emirati, la codificazione generale e il contratto operano entro una marcata separazione della funzione militare.

In tutti, il contratto partecipa alla costruzione della tecnologia: determina funzioni automatizzate, prove, accesso ai dati, aggiornamenti e costo dell'insuccesso.

Il contratto della difesa può essere inteso come una forma di costituzione privata della tecnologia. Non perché le parti dispongano liberamente degli interessi coinvolti, ma perché, entro il quadro pubblico, definiscono l'architettura dei poteri dalla quale dipenderà il comportamento futuro della macchina. Il contratto non si limita a distribuire

[40] S. De Conca, *Bridging the Liability Gaps: Why AI Challenges the Existing Rules on Liability and How to Design Human-Empowering Solutions*, in B. Custers - E. Fosch-Villaronga (a cura di), *Law and Artificial Intelligence. Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, L'Aia, 2022, 241 ss.; A.T. Scott, *Schrödinger's Gap: Autonomous Weapons Systems and Legal Liability*, Kingston, 2021, 1 ss.

un rischio già esistente: contribuisce a produrlo, contenerlo e renderlo conoscibile.

Il *principio del controllo tecnologico* riunisce tali elementi senza uniformare gli ordinamenti.

Chi definisce la specifica deve rispondere della scelta; chi integra, della relazione tra le parti; chi conosce la vulnerabilità, della sua comunicazione; chi conserva il potere di correggere, del suo esercizio diligente; chi modifica la configurazione, della tracciabilità dell'intervento.

La proprietà intellettuale deve proteggere l'innovazione senza rendere inaccessibile la causa del danno.[41]

Nessun sistema può rendere prevedibile ogni comportamento di una tecnologia complessa.

Il diritto può però distinguere l'ignoto inevitabile dall'ignoto prodotto da *test* insufficienti, dati poveri o scelte di non indagare. Può impedire che l'imprevedibilità venga invocata da chi aveva il potere di ridurla.

La macchina non risponde, perché non promette e non decide i fini per i quali viene costruita.

Il rischio non resta tuttavia senza autore finché l'ordinamento conserva la capacità di riconoscere, dietro l'apparente autonomia della tecnica, i poteri umani e organizzativi che l'hanno resa possibile.

[41] R.M. Farley - D.H. Isaacs, *Patents for Power*, cit., 123 ss.; R. Mignot-Mahdavi, *Drones and International Law*, cit., 33 ss.

Indice

Interventi

Martini Sandra Regina
"*Nuestra América*?": Passato, presente e futuro del subcontinente: una riflessione su identità, colonialità, sfide contemporanee e l'integrazione latino-americana 5

Saggi

Barbieri Federica
La responsabilità disciplinare del magistrato civile ai tempi dell'(uso distorto dell') intelligenza artificiale 93

Caiazzo Elvira
Status libertatis e *iura patronatus*: diritto e retorica nella commemorazione epigrafica di *Quintus Falcidius Sotericus* 117

Carmellino Giovanni
Profili processuali delle impugnazioni avverso le sentenze di apertura della liquidazione giudiziale e di omologazione degli strumenti 141

Melorio Simona
I «vasi rotti» nella società digitale. Devianza minorile, diritto e controllo sociale 171

Parisi Marco
Metodo bilaterale e confronto istituzionale tra Stato e confessioni religiose. Brevi riflessioni prospettiche 189

Pernazza Federico
Evoluzione della giurisprudenza e certezza del diritto nel sistema italiano: i limiti del *prospective overruling* 209

Pizzuti Paolo
La codatorialità "Atipica" nel diritto vivente 237

Rallo Andrea
Il libero accesso agli arenili: l'ultima spiaggia di un antico demanio pubblico 247

Sciarretta Massimo
Natura, società e istituzioni nell'Era della Tecnica 269

Varanese Giovanni
Dalla libertà di circolazione alla portabilità dello *status*: matrimonio egualitario e diritti fondamentali nell'Unione europea 285

Orizzonti

Amico Laura
Brevi note sul principio di precauzione nella giurisprudenza italiana e europea per la tutela dei diritti fondamentali 309

Caimano Augusto
I servizi digitali come nuovo indice di capacità contributiva: analisi dei profili giuridico-tributari della *web tax* 333

Carnevale Rosa
Il Manifesto di Isernia e il Patto di Chiauci. Il ruolo dei corpi intermedi nella società contemporanea 371

de Antonellis Gianandrea
Lorenzo Giusso e Benedetto Croce: tra critica e polemica 389

De Marco Alessio
Intelligenza artificiale e prove digitali: modelli di compliance alla L. 132/2025 e implicazioni per il processo penale 409

Esposito Giacomina
Verso un nuovo paradigma della tutela penale dell'ambiente? Il recepimento della direttiva (UE) 2024/1203 nell'ordinamento italiano 433

Fulgenzi Matteo
Tutela dell'ambiente marino, *blue crimes* e responsabilità multilivello nel diritto internazionale e dell'Unione europea 453

Groppi Ilaria
Gli spazi asfittici della dignità: l'effettività delegata dell'art. 35-ter ord. Penit 485

Morelli Michela
Tamponamento a catena e sistemi ADAS (Advanced Driver Assistance Systems): errore algoritmico, responsabilità civile e prova tecnologica nel diritto della circolazione 505

Niro Michela
Neuroscienze e processo penale: prova scientifica, imputabilità e tutela della persona 525

Pilla Giacomo
La compensazione tributaria: il sogno irrealizzato della parità tra amministrazione finanziaria e contribuente 547

Piteo Elena
I confini del diritto di critica del lavoratore: libertà di espressione, obbligo di fedeltà e nuove forme di comunicazione 573

Quaranta Stefano
L'oro nel diritto tributario 587

Rossi Guido
Il riconoscimento facciale nel processo penale: esigenze di accertamento e garanzie dei diritti fondamentali 611

Salomone Nico
Edwin Sutherland tra associazione differenziale e *white-collar crime*. Persistenza e limiti di un paradigma nella criminalità economica contemporanea 639

Scarselli Ludovica
La fiscalità degli enti del Terzo settore tra istanze solidaristiche e dimensione imprenditoriale: i regimi speciali di ODV, APS ed enti filantropici alla luce della prassi recente 665

Schioppa Andrea
La *class action*: analisi storica e comparatistica di un istituto dalle radici lontane 685

Zizzari Massimo
Game of drones. Stato, industria militare e responsabilità nei sistemi militari autonomi tra Usa, Italia ed Emirati Arabi Uniti 709

Finito di stampare nel mese di ottobre 2026
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli

ISBN 979-12-235-0846-6



euro 60,00