UNICA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI
DIPARTIMENTO DI ECCELLENZA 23 27
Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

Semestrale ISSN 2974-9751

VOLUME LXVI
2025/2

JOVENE

UNICA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO DI ECCELLENZA 23 27
Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

Semestrale

ISSN 2974-9751

VOLUME LXVI
2025/2

JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE
ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO (cicero@unica.it)

Comitato di direzione: Aldo Berlinguer - Marco Betzu - Valeria Caredda - Corrado Chessa Pietro Ciarlo - Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro Rossella Fadda - Riccardo Fercia - Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) Margareth Helfer (Universität Innsbruck) - Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) Giuseppe Lorini - Angelo Luminoso - Anna Maria Mancaleoni - Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu - Francesco Sitzia - Marek Smolak (Adam Mickiewicz University) Anna Paola Ugas - Stephan Wolf (Universität Bern)

Comitato scientifico nazionale: Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti Roberto Bin - Roberto Calvo - Andrea Cardone - Raffaele Caterina - Fulvio Cortese - Vincenzo Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Paolo Di Lucia - Iole Fargnoli - Vincenzo Ferrari (Università di Milano) - Giampaolo Frezza - Matilde Girolami - Antonio Incampo - Pasquale Laghi – Sara Landini - Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico Minervini - Andrea Nervi - Stefano Pagliantini Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Antonella Sciarrone Alibrandi - Claudio Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo) Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne - Avocate générale à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard (Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München) Laura Sautonie Laguionie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of Cambridge) - Constantin Willems (Philipps Universität Marburg)

Comitato esterno di valutazione: Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Ettore Battelli - Gabriele Carapezza Figlia - Francesca Carimini - Marina Castellaneta - Enrico Caterini - Alessandro Ciatti Càimi - Camilla Crea Claudio Colombo - Matteo Dellacasa - Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari - Arianna Fusaro - Paolo Gallo - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva - Claudia Irti - Umberto Izzo - Paola Lambrini - Francesco Mezzanotte - Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Antonio Musio - Luigi Nonne - Vittorio Occorsio - Massimo Palazzo - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti - Maria Pia Pignalosa - Massimo Proto - Vincenzo Putortì - Maddalena Rabitti - Ilaria Riva Anna Scotti - Roberto Senigaglia - Aziz Tuffi Saliba (Federal University of Minas Gerais) Loredana Tullio - Giovanni Maria Uda - Abel Benito Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) - Vincenzo Zeno Zencovich

Comitato editoriale: Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Fabrizio Calisai - Alessandra Camedda - Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo Alice Cherchi - Gabriele Civello - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi Silvia Corso - Giuseppina De Giudici - Carlo Dore - Salvatore Esposito - Maurizio Ferrari - Paola Galatà - Andrea Maria Garofalo - Silvia Izzo - Alessandra Leuzzi - Olimpia Giuliana Loddo Giovanni Manca - Anna Maria Mandas - Marcella Martis - Enrico Maria Mastinu - Lorenzo Moroni - Ivan Libero Nocera - Federico Onnis Cugia - Daniela Pappadà - Carlo Pilia Elisabetta Piras - Alessandra Pisu - Stefania Puddu - Marianna Rinaldo - Luca Sitzia - Silvia Viaro

Sede del comitato editoriale:
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Cagliari
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari - Italia
email: studicagliari@unica.it

Sede amministrativa:
JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109
80134 Napoli - Italia
www.jovene.it info@jovene.it

INDICE
luglio - dicembre 2025

STUDI

Stefania Cecchini
La (sotto)rappresentanza femminile nelle istituzioni politiche: un fenomeno multifattoriale ..... p. 3

Giovanni Cocco
Qualche vecchia e nuova idea sul perché è giustificato punire ... » 49

Maria Francesca Cortesi
La prevenzione penale contro la violenza di genere ..... » 131

Riccardo Fercia
Teofilo ed il mistero dell'*actio Pauliana* ..... » 155

Rosario Franco
Il testamento e il contratto di nuovo al confronto ..... » 235

Alessandra Leuzzi
La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare, a margine delle sezioni unite ..... » 255

Giovanni Manca
L'effetto di raffreddamento: soluzioni per un legislatore penale forte ..... » 289

Marcella Martis
Prime riflessioni a margine del Decreto Legislativo 13 dicembre 2024, n. 192. Una nuova frontiera fiscale per il comparto agricolo? ..... » 315

Antonio Musio
Servizi di intelligenza artificiale e tutela dei minori ..... » 331

FEDERICO ONNIS CUGIA
Intersezioni tra normativa di sanità animale e garanzia per i vizi nella vendita ..... p. 349

APPROFONDIMENTI TEMATICI

GIULIA BAZZONI
Verso "tre piani" di accountability per l'automobile intelligente » 375

PIETRO VILLASCHI
Targeting politico-elettorale online, tutela dei dati personali e formazione dell'opinione pubblica: i nuovi regolamenti dell'Unione europea alla ricerca di un (difficile) equilibrio ..... » 409

ORIENTAMENTI

CRISTIANO CICERO
Estinzione della società e posta creditoria (nota a Cass., Sez. un., 16 luglio 2025, n. 19750) ..... » 437

MARIANNA RINALDO
Espressione per monosillabi e validità del testamento (nota a Cass., ord. 11 aprile 2025, n. 9534) ..... » 445

RECENSIONI

UMBERTO IZZO
Il danno nella relazione tra uomini e animali [Cristiano Cicero] » 451

SALVATORE ESPOSITO
Responsabilità in ámbito sanitario tra tradizione e innovazione [Cristiano Cicero] ..... » 455

AUTORI ..... » 457

STUDI

Stefania Cecchini

LA (SOTTO)RAPPRESENTANZA FEMMINILE NELLE ISTITUZIONI POLITICHE: UN FENOMENO MULTIFATTORIALE

Sommario: 1. Il divario di genere nelle istituzioni politiche quale problema sistemico. – 2. La storica esclusione delle donne dalla sfera pubblica – 3. L'art. 51 Cost. tra (iniziali) resistenze e affermazione del principio di pari opportunità. – 4. L'attuazione legislativa del principio di pari opportunità *vs* l'applicazione delle misure di riequilibrio da parte delle *leadership* dei partiti. – 4.1. (*Segue*) Sistema di organizzazione della rappresentanza politica e rendimento delle misure di riequilibrio. – 4.2. (*Segue*) La "*par condicio* di genere" nella comunicazione politica *ex* legge n. 28 del 2000. – 5. La difficoltà di conciliare la funzione di cura con l'impegno politico: per un'implementazione del sistema di *welfare* e dei servizi per l'infanzia. – 6. Le misure di riequilibrio (da sole) non bastano: ovvero della necessità di interventi coordinati per superare la dicotomia *pubblico-privato* e favorire la partecipazione delle donne alla vita politica.

1. Secondo l'Indice 2024 sull'uguaglianza di genere nell'Unione Europea, strumento di misurazione dell'equilibrio tra i sessi elaborato dall'Istituto europeo per la parità di genere (EIGE) in una serie di domini chiave (lavoro, denaro, conoscenza, tempo, potere e salute), l'area in cui il divario di genere risulta più significativo è quella del potere politico. Secondo le analisi, la sottorappresentanza femminile sarebbe determinata da una serie di fattori interconnessi: i costi e i rischi di una candidatura; la disparità di accesso a risorse come tempo, denaro e reti politiche; la disparità di responsabilità familiari; la cultura politica dominata dagli uomini nei partiti e nei parlamenti; i ruoli e gli stereotipi di genere nella società[1]. Muovendo da tali dati,

[1] Dati risultanti dal *Gender Equality Index 2024*, reperibile all'url: *https://eige.europa.eu/modules/custom/eige_gei/app/content/downloads/factsheets/I*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

si intende, anzitutto, dimostrare che il divario di genere nella rappresentanza costituisce un problema sistemico, ascrivibile a molteplici fattori, che, manifestandosi anche in ambiti diversi da quello politico, incidono sull'effettiva partecipazione delle donne alla vita politica-istituzionale. Dimostrata la sussistenza di un legame tra la difficoltà di accesso alla sfera pubblica e la difficoltà di conciliare le responsabilità familiari con l'impegno politico, la presente riflessione mira altresì a evidenziare che per ridurre il divario di genere nella sfera del potere politico si rende necessario un intervento normativo coordinato, che agisca su più fronti, nel tentativo di superare la visione dicotomica tra *pubblico* e *privato*, che, in forza di un retaggio del passato, relega nel privato la funzione di cura, connotandola al femminile.

Fino a questo momento, il fenomeno della sottorappresentanza delle donne nei luoghi della politica è stato affrontato dal legislatore nazionale, sulla scia di quanto previsto anche a livello europeo[2], me-

T_2024_factsheet.pdf. Risultati, peraltro, già evidenti nel Briefing *Women in politics in the EU State of play*, reperibile all'url: *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739383/EPRS_BRI(2023)739383_EN.pdf*, spec. p. 7. Al momento in cui si scrive (settembre 2025), non è ancora disponibile il *Gender Equality Index* relativo all'anno 2025.

[2] In forza del principio di non discriminazione, basato sul previgente art. 119 (attuale art. 141) del Trattato istitutivo, che assicurava alle donne la parità di retribuzione per lavoro uguale a quello degli uomini, e finalizzato ad assicurare l'efficienza del sistema economico nell'ottica della realizzazione del mercato comune, si è sviluppato tutto il diritto antidiscriminatorio europeo. Come è noto, il diritto antidiscriminatorio di matrice europea si è sviluppato lungo due direttrici. Una prima direttrice si è concretizzata nel rafforzamento normativo del principio di non discriminazione mediante l'implementazione delle azioni positive e attraverso l'approvazione di alcune direttive come la direttiva 92/85/CEE del Consiglio, che ha introdotto il congedo di maternità; la direttiva 96/34/CE del Consiglio, sul congedo parentale; la direttiva 96/97/CE del Consiglio, che modifica la direttiva 86/378/CEE; la direttiva 97/80/CE del Consiglio, sull'onere della prova; la direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica la direttiva 76/207/CEE, sulla parità di trattamento nel lavoro e afferma l'impiego delle azioni positive come mezzo per promuovere le pari opportunità; la direttiva 2004/113/CE del Consiglio; la direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che rifonde le precedenti direttive sulle pari opportunità e sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (direttive 75/117/CEE, 76/207CEE, 86/378/CEE, 97/80/CE), riordinando in un unico testo le relative di-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

diante interventi sulle leggi elettorali, caratterizzati dall'elaborazione di misure volte a favorire un incremento della partecipazione femminile nelle assemblee elettive. Come si avrà modo di approfondire nel corso del lavoro, l'attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza e di pari opportunità, di cui agli artt. 3 e 51 della Costituzione, è avvenuta prevalentemente per il tramite di interventi normativi volti ad assicurare parità di *chances* ai candidati dell'uno e dell'altro sesso attraverso strumenti come le quote di lista, vale a dire l'obbligo di inserire nelle liste di candidati una quota minima del genere meno rappresentato, la doppia preferenza di genere o l'ordine alternato di lista. Dopo iniziali resistenze, le misure di riequilibrio sono state adottate pressoché a tutti i livelli di governo (nazionale, regionale e locale), in ragione del carattere di prescrittività riconosciuto all'art. 51 Cost., in forza del quale vengono ormai considerate immediatamente precettive le norme che, seppur con differenti formulazioni, impongono un vincolo specifico in ordine alla composizione degli organi elettivi e di governo[3].

Eppure, i dati statistici fotografano la perdurante difficoltà per le donne di farsi votare e di ricoprire determinate cariche istituzionali. Con particolare riferimento al nostro Paese, l'Italia si colloca al tredicesimo posto nell'Unione Europea, con 68, 2 punti su 100 e con un punteggio complessivo di 2 punti inferiore alla media dell'Unione: ad oggi le donne elette in Parlamento sono circa il 33% del totale (di cui 129 alla Camera e 69 al Senato). Peraltro, la rappresentanza femminile nel nostro ordinamento risulta persino in lieve flessione rispetto alle elezioni politiche del 2018, quando, per la prima volta, furono applicate le misure previste dalla legge elettorale n. 165 del 2017 per promuovere la parità di genere[4]. In quell'occasione, in

---

sposizioni. La seconda direttrice lungo la quale si è sviluppato il diritto antidiscriminatorio europeo è quella del cosiddetto *gender mainstreaming*, vale a dire quella strategia politica che consiste nella sistematica realizzazione delle pari opportunità in tutte le politiche comunitarie.

[3] Sul punto, *infra* § 3.

[4] L. 3 novembre 2017, n. 165, recante «*Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali*». Sull'evoluzione della disciplina normativa in materia, più diffusamente *infra* § 4.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

Parlamento erano state elette 334 donne, pari a circa il 35% (di cui 225 alla Camera e 109 al Senato). Viceversa, nelle elezioni del settembre 2022, le prime in cui ha trovato applicazione la legge cost. n. 1 del 2022 che ha determinato la riduzione del numero dei parlamentari[5], la presenza femminile è diminuita, nonostante si tratti della prima legislatura con una donna come Presidente del Consiglio dei Ministri[6]. Secondo il Rapporto EIGE 2024, "la percentuale di donne tra i ministri senior e junior è leggermente diminuita dal 31% nel 2023 al 30% nel 2024. Le donne nel 2024 detengono il 34% dei seggi parlamentari, con un aumento di 1 punto percentuale rispetto al 2023, anche se rimangono sottorappresentate a livello regionale (24%)"[7]. Inflessione registrata anche dall'analisi annuale del *World economic forum sul Global Gender Gap*: nella graduatoria del 2024,

[5] Legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1, recante «*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*».

[6] Nell'attuale Governo Meloni, il primo nella storia repubblicana ad essere guidato da un Presidente del Consiglio donna, si registra la partecipazione di 6 donne (25%) nella compagine dei 24 ministri (Lavoro e Politiche sociali; Università e ricerca; Turismo; Riforme istituzionali e semplificazione normativa; Famiglia, Natalità, Pari opportunità; Disabilità). Le cariche di viceministro e sottosegretario ricoperte da donne sono 11 (28,9%) su un totale di 38. Al riguardo, vale la pena ricordare, con riferimento alle ultime legislature, che nella XVIII legislatura, si sono succeduti tre governi. Nel cosiddetto *Governo Conte I* (giugno 2018 - settembre 2019) sono state nominate 6 donne a guida di un ministero, di cui quattro senza portafoglio (Pubblica Amministrazione, Affari regionali e autonomie, Sud, Disabilità e famiglia, Difesa e Salute), su un totale di 19 ministri (31,6%). Le nomine dei sottosegretari hanno riguardato 5 donne su 47 (pari al 10,6%). Nel *Governo Conte II* (settembre 2019 - febbraio 2021), le ministre sono state 8 (Interno; Politiche agricole; Infrastrutture e trasporti; Lavoro e politiche sociali; Istruzione; Innovazione tecnologica e digitalizzazione; Pubblica amministrazione; Pari opportunità e famiglia) su un totale di 23 ministri (34,7%) e le sottosegretarie 14 su 42 (33%). Mentre, nel *Governo Draghi* (febbraio 2021 - ottobre 2022) si è registrata la partecipazione di 8 donne (34,7%) nella compagine dei 23 ministri (Interno; Giustizia; Università e ricerca; Affari regionali e autonomie; Sud e coesione territoriale; Politiche giovanili; Pari opportunità e famiglia; Disabilità); e le cariche di viceministro e sottosegretario ricoperte da donne sono state 18 (43,9%) su un totale di 41. Dati reperibili nel *Servizio di Studi della Camera dei Deputati*, XIX Legislatura, *Documentazione e ricerche. Legislazione e politiche di genere*, n. 17, marzo 2024.

[7] *Gender Equality Index 2024*, reperibile all'url.: *https://eige.europa.eu/modules/custom/eige_gei/app/content/downloads/factsheets/IT_2024_factsheet.pdf*, p. 7.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

l'Italia si colloca all'87° posto, su 146 Paesi, arretrando di otto posizioni rispetto alla classifica del 2023, in cui si collocava al 79° posto[8].

Questi dati impongono di continuare a riflettere sulle ragioni che concorrono a determinare il divario di genere nella sfera politica, al fine di provare a individuare i possibili ambiti su cui intervenire nel tentativo di favorirne una riduzione. A tal fine, ad avviso di chi scrive, occorre, anzitutto, un cambio di approccio nello studio del fenomeno. Da un punto di vista metodologico, infatti, bisognerebbe osservarlo da molteplici prospettive, tante quanti sono i fattori che possono concorrere a determinarlo. Se si muove dall'assunto per cui la scarsa partecipazione delle donne alla vita politica non costituisce un problema determinato da un'unica causa, bensì un problema sistemico, ascrivibile non più a preclusioni formali attinenti ai requisiti di eleggibilità, quanto a fattori che incidono sul raggiungimento della parità nei rapporti concreti, allora, va da sé che, per fronteggiarlo, si rende necessario un intervento coordinato che impegni il legislatore su più fronti.

Più precisamente, secondo chi scrive, la sottorappresentanza femminile nella vita politica costituisce un fenomeno multifattoriale determinato da un duplice ordine di ragioni: il primo di carattere storico; il secondo di carattere sistemico.

Con riferimento al primo ordine di ragioni, una delle concause che continua ad incidere sulla possibilità per le donne di ricoprire incarichi politici coincide con la storica esclusione delle stesse dalla sfera pubblica, in favore di una loro relegazione in quella privata. La millenaria preclusione alle donne di partecipare alla gestione della *cosa pubblica*, fin dai tempi della costituzione di Clistene, ha trovato il proprio fondamento nell'asserita *naturale* inferiorità femminile che ha, a lungo, giustificato la convinzione sulla altrettanto *naturale* inca-

[8] Il *Global Gender Gap Report 2024* è reperibile all'url.: *https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2024/*. Dati, altresì, reperibili nel *Servizio di Studi della Camera dei Deputati*, XIX Legislatura, *La partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Dossier n. 26, 31 luglio 2024, p. 2. Con particolare riferimento al numero di donne e uomini che ricoprono incarichi politici e decisionali, e sull'impatto del loro potere decisionale, si v. la banca dati statistica di genere (GSD) dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (EIGE) aggiornata al 2025 consultabile all'url: *https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_pol_parl__wmid_natparl*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

pacità delle donne di ricoprire determinati ruoli e uffici. Oltre alla millenaria suddivisione dei ruoli tra i sessi, tra le ragioni di carattere storico, si aggiunge la circostanza per cui, dopo il riconoscimento del diritto di voto alle donne nel 1946, la presa di coscienza sulla necessità di un riequilibrio di genere nei luoghi della rappresentanza è avvenuta in tempi piuttosto recenti. Come si dirà meglio più avanti, l'interesse del legislatore per una maggiore presenza delle donne negli organi politici elettivi risale ai primi anni Novanta del secolo scorso e la prima applicazione di una legge elettorale contenente misure di riequilibrio è avvenuta soltanto nel 2018 (legge n. 52 del 2015). In altri termini, le ragioni storiche costituiscono un elemento che non può non essere tenuto in considerazione quando si studia il fenomeno della sottorappresentanza femminile nei luoghi della politica. Il tempo, come è noto, costituisce un fattore decisivo per superare un convincimento – quello della *naturale* inferiorità femminile – vecchio migliaia di anni.

Quanto al secondo ordine di ragioni, l'asimmetria di potere tra i generi nella sfera pubblica è da ricondurre a ragioni che attengono, per un verso, al sistema di organizzazione della rappresentanza politica e, per altro verso, alla difficoltà di conciliare l'impegno politico con le responsabilità familiari e il carico domestico. Quanto al primo versante, ci si riferisce a ragioni immediatamente riconducibili all'organizzazione interna dei partiti, alle modalità di scelta dei candidati, nonché all'applicazione, da parte delle segreterie di partito, delle misure di riequilibrio previste nelle leggi elettorali, nonché al rispetto della cosiddetta "*par condicio* di genere" nella comunicazione politica di cui alla legge n. 28 del 2000. Quanto al secondo versante, a rendere sistemico il fenomeno in discorso sono le ragioni, per così dire, esterne al sistema della rappresentanza politica e che affondano le proprie radici nella difficoltà di conciliare l'impegno politico con la funzione di cura, la quale continua a gravare prevalentemente sulle donne.

Come ci si appresta a chiarire, ove si consideri il divario di genere nella rappresentanza come un problema sistemico, va da sé che per fronteggiarlo non sia più sufficiente intervenire sulle leggi elettorali e sulle regole di selezione dei candidati, ma occorra, altresì, individuare soluzioni atte a incoraggiare l'effettiva partecipazione delle donne alla vita politica, sostenendole, anzitutto, nella conciliazione

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

della vita privata e professionale. La circostanza che la disparità di responsabilità familiari tra uomini e donne, a partire dalla diseguale distribuzione del carico mentale[9], possa tradursi in una disparità di accesso alla sfera pubblica (mercato del lavoro e rappresentanza politica), infatti, costituisce il presupposto per interventi preordinati a favorire un riequilibrio di genere anche, e soprattutto, nella sfera privata. In quest'ottica, il sostegno alle donne nell'adempimento della loro *essenziale funzione familiare* passa necessariamente attraverso misure capaci di sgravarle dal carico familiare, quali, ad esempio, l'implementazione dei servizi dell'infanzia di cui al d.lgs. n. 65 del 2017[10], come previsto, da ultimo, anche dal decreto-legge n. 25 del 2025 in materia di attuazione del PNRR[11].

2. Per millenni, nel rapporto dicotomico *natura-cultura*, il primo termine (*natura*) è stato associato alla donna, in ragione della sua funzione procreativa, che, nel tempo, è stata assolutizzata al punto da assorbire ogni altra dimensione della femminilità[12], mentre il se-

[9] Secondo R.D. O'Donnell, F.T. Eggemeier, *Workload assessment methodology*, in K.R. Boff, L. Kaufman, J.P. Thomas (Eds.), *Handbook of perception and human performance*, Vol. 2. *Cognitive processes and performance*, New York, Wiley, 1986, pp. 1-49, con l'espressione carico di lavoro mentale (*mental workload*) si fa riferimento al costrutto psicologico, utilizzato per indicare il lavoro mentale percepito da un operatore impegnato in un compito specifico, costrutto che deriva dai modelli di ergonomia cognitiva ispirati al paradigma dello Human Information Processing (HIP). Più in particolare, il carico mentale domestico coincide con il peso psicologico e lo sforzo cognitivo necessari per gestire e organizzare mentalmente compiti domestici ed educativi e a tutta una serie di attività legate al lavoro e alla vita familiare che gli studi scientifici dimostrano pesare prevalentemente sulle donne e sulle madri.

[10] D.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, recante «*Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*».

[11] D.l. 7 aprile 2025, n. 45, recante «*Ulteriori disposizioni urgenti in materia di attuazione delle misure del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per l'avvio dell'anno scolastico 2025/2026*». Sul punto, più diffusamente *infra* § 5.

[12] La "naturale" inferiorità delle donne si ricollegava alla fisiologia femminile alla capacità riproduttiva, da un lato, e alla minore forza fisica, dall'altro.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

condo (*cultura*) all'uomo[13], contribuendo al perpetrarsi di tradizioni e strutture sociali che, nella divisione dei ruoli e del lavoro, hanno relegato la donna nella sfera privata[14].

La capacità pervasiva di tali convinzioni ha influito financo sulla elaborazione di categorie giuridiche, ivi compreso il concetto stesso di eguaglianza, nonché sul riconoscimento dei diritti, segnatamente quelli politici, anche al genere femminile. Quello tra discorso giuridico e realtà sociale, infatti, è un rapporto circolare in cui, da un lato, i fattori storici e culturali radicati nella società influenzano l'elaborazione del diritto e, dall'altro, quest'ultimo è capace di incidere sulla realtà determinandone un mutamento[15]. La reciproca influenza che determina tale circolarità si può apprezzare proprio con riferimento all'esercizio dei diritti politici da parte delle donne e, più in generale, all'affermazione del principio di eguaglianza come lo conosciamo oggi.

Ora, senza voler risalire tutto il percorso che, dall'antica Grecia alle Costituzioni della seconda metà del Novecento, ha caratterizzato l'evoluzione dell'idea di eguaglianza giuridica, è sufficiente, in questa sede, soffermarsi su alcuni snodi principali di tale percorso evolutivo, al fine di evidenziare come lo stesso abbia, per molto tempo, riguardato soltanto gli uomini, escludendo le donne dai suoi destina-

[13] La circostanza che la scarsa adattabilità della donna per determinate professioni fosse riconducibile alla sua costituzione psichica e alla sua incapacità di sottrarsi agli stati emotivi è stato ben espresso dall'equazione "*Is Female to Male as Nature to Culture?*" proposta dall'antropologa Sherry Ortner, la quale si prefiggeva lo scopo di ricercare le ragioni alla base dell'associazione donna-natura. Al riguardo, si v. B. Sherry Ortner, *Is female to male as nature is to culture?*, in M.Z. Rosaldo, L. Lamphere (eds), *Woman, culture, and society*, Stanford, CA, Stanford University Press, 1974, pp. 68-87.

[14] A. Cavarero, F. Restaino, *Le filosofie femministe. Due secoli di battaglie teoriche e pratiche*, Mondadori, Milano, 2002, p. 138. L'A. spiega il rapporto *naturalità-storicità*, in relazione al quale si fa rientrare nella categoria della «naturalità» tutto ciò che attiene a mentalità, cultura e costume; mentre nel concetto di «storicità» si ricomprendono le tradizioni e strutture sociali relative alla divisione dei ruoli e del lavoro.

[15] B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 202.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

tari[16], contribuendo così a consolidare l'idea per cui la sfera pubblica fosse appannaggio solo del genere maschile.

Come è noto, è nell'antica Grecia che la nozione di eguaglianza come valore affonda le proprie radici, sebbene in quest'esperienza storica tale idea non assurga a vero e proprio concetto giuridico. Si trattava di una «eguaglianza degli eguali»[17], solo di coloro che godevano dei diritti politici e che potevano prendere la parola nelle assemblee, dai quali si distinguevano tutti i soggetti esclusi dalla cittadinanza: gli schiavi, i servi, i meteci, gli artigiani, gli agricoltori e, per l'appunto, le donne[18]. A norma della costituzione di Clistene, gli uomini liberi poiché simili (*homoioi*) e uguali (*isoi*) decidevano insieme le questioni e i destini della *polis*[19] e, pertanto, nei concetti di *isonomia* e *isegoria* si rinviene generalmente la prima forma di democrazia[20], ove le leggi dovevano essere astratte e i cittadini uguali non solo tra loro, ma anche rispetto al potere pubblico[21]. Non è un caso, infatti, che la stessa parola democrazia venisse spesso confusa con la parola *isonomia*[22]. Nel IV secolo a.C., Aristotele sottolineava l'importanza del legame tra il concetto di giustizia e quello di eguaglianza, dove la prima, coincidente col dovere di assolvere i propri compiti all'interno della *polis*, costituiva una specie della seconda, la quale, invece, veniva misurata in base alla capacità di ciascuno di

[16] G. Zanetti, *Eguaglianza*, in A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Edizioni Laterza, 1997, p. 43. In particolare, possono individuarsi cinque fondamenti filosofici, coincidenti con quattro fasi epocali dell'evoluzione del pensiero giuridico, che hanno contribuito alla definizione del significato di eguaglianza: la *isonomia* greca; l'eguaglianza davanti a Dio della tradizione cristiana; il rapporto tra l'idea di patto sociale e stato di natura; l'eguaglianza di fronte alla legge frutto della tradizione rivoluzionaria francese; e, infine, l'egalitarismo, quale eguaglianza materiale o «di fatto».

[17] Zanetti, *Eguaglianza*, cit., p. 48.

[18] Aristotele, *Politica*, Milano, Edizione BUR Rizzoli, 2002.

[19] G. Ferrara, *Dell'eguaglianza*, in M. Luciani (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 36.

[20] Ferrara, *Dell'eguaglianza*, cit., pp. 36-37.

[21] A. Cerri, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, Japadare, 1984, p. 82.

[22] *Ibidem*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

svolgere una determinata attività che contribuisse alla vita dello Stato[23]. A partire dallo stretto legame tra questi due concetti, Aristotele sosteneva che il trattamento dovesse essere eguale tra eguali e diverso tra diversi[24], definizione, poi, accolta da molte Corti del mondo[25]. Tuttavia, la categoria aristotelica non contemplava tra i propri destinatari le donne. Anzi, già nel pensiero giuridico di Aristotele si può rinvenire l'idea della *naturale* diversità e inferiorità del genere femminile rispetto a quello maschile. Egli escludeva la donna dal dominio della ragione – *logos* – giustificando la sua incapacità sia sul piano politico che privato[26]. Riprendendo un noto verso di Sofocle – *alla donna il silenzio reca grazia*[27] –, Aristotele riteneva che la donna, dotata di una ragione minore e imperfetta, dovesse essere controllata sia dal marito che dallo Stato[28].

Il potere di controllo dell'uomo sulla donna ha caratterizzato anche la condizione femminile nell'antica Roma, dove gravavano sulla stessa imposizioni per tutta la vita, sotto il dominio del *pater* prima e del marito dopo[29]. Tutto il diritto gentilizio era un diritto patriarcale[30], le donne avevano una capacità giuridica limitata, in quanto non erano titolari di diritti politici e potevano esercitare

[23] ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1282b, p. 283. Secondo Aristotele, infatti, "se vi sono più suonatori di flauto che posseggono tutti la stessa bravura tecnica (…) non bisogna dare flauti migliori a quelli che hanno natali più nobili, dal momento che questi non suonano meglio". Lo stesso sosteneva in relazione al campo politico, dove bisognava assegnare le cariche non sulla base di ineguaglianze casuali, ma valutando la capacità di ciascuno di contribuire alla sussistenza della città (*Ivi*, 1283a).

[24] *Ivi*, III, VII, 1282 b-1283 a.

[25] CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, cit., p. 20.

[26] E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma, Editori riuniti, 1981, p. 11.

[27] ARISTOTELE, *Politica*, cit.,1260a, p. 129: "*(…)* bisogna ammettere che valga per tutti, meno che per l'uomo, ciò che il poeta dice della donna: ornamento è per la donna il silenzio", il riferimento è a Sofocle, *Aiace*, 293.

[28] CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., p. 79.

[29] Il *pater* aveva su schiavi, figli e donne un potere assoluto e illimitato, un vero e proprio diritto di vita e di morte.

[30] CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., p. 129.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

quelli civili soltanto col consenso di un tutore[31]. Contrariamente da quanto si possa pensare con riferimento allo *status* delle matrone[32], la prova che la donna romana fosse considerata non molto diversamente da un oggetto si rinviene negli istituti della *coemptio* e dell'*usus*[33]. Dal punto di vista giuridico, l'eguaglianza si traduceva nella simmetria di trattamento tra casi simili e trattamento diverso in casi diversi, secondo l'accezione già presente in Aristotele e riassunta da Cicerone nella formula *aequitas quae in paribus causis paria jura desiderat*[34].

La condizione di subalternità delle donne, presupposto della loro esclusione ai soggetti destinatari dei diritti, ha caratterizzato anche l'età feudale, dove il suffragio era riservato solamente ai capifamiglia di sesso maschile, proprietari di beni tassabili e residenti stabili[35]. Nella società medievale, profondamente inegualitaria, caratterizzata dalla fedeltà del vassallo al suo signore e dalla protezione che quest'ultimo accordava al primo, si può ravvisare una qualche forma di eguaglianza, ma sicuramente questa non aveva tra i propri destinatari le donne. Nel comune, come nell'ordinamento della chiesa, si era affermato il principio *quod omnes tangit ab omnibus probari de-*

[31] *Ivi*, p. 133.

[32] Il diritto romano, inoltre, distingueva tra donne libere dotate di *conubium* – la facoltà di contrarre *iustum matrimonium* – e le schiave che non avevano alcun diritto, neppure sui figli, i quali ricadevano in condizione di schiavitù sotto la *dominica potestas* del padrone.

[33] Il primo era una forma di compravendita – *mancipatio* – nella quale la donna era venduta all'acquirente. Il secondo si potrebbe definire un'arcaica forma di usucapione: nel caso in cui non fosse stata celebrata la *coemptio*, il marito acquistava la *manus* della donna dopo averla *usata* per un anno (stesso termine previsto per l'acquisto delle cose mobili).

[34] CICERONE, *Topici*, 4, 23: "*Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat*". Deve trovare applicazione, secondo Cicerone, il principio di equità, il quale in cose di natura uguale postula parità di diritto. Al riguardo, si v. M.I. FINLEY, *La politica nel mondo antico*, Roma-Bari, Laterza, 1985; F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, Vol. IV, Napoli, Jovene, 1972-1990.

[35] G. FERRARA, *I presupposti della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2009, p. 2. Se, come si è detto nel paragrafo precedente, vi sono riserve sull'esistenza di qualche forma di eguaglianza nelle società del XVI secolo, sicuramente non ve ne sono quanto alla possibilità di applicarla al genere femminile, la cui condizione continua a essere di subalternità.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

bet[36], secondo il quale tutti dovevano partecipare all'assunzione delle decisioni comuni, principio coadiuvato dall'espansione dell'idea cristiana per cui tutti gli uomini sono eguali davanti a Dio. Il Medioevo cristiano, infatti, aveva ereditato, da una parte, la tradizione della filosofia pagana classica, come l'idea di eguaglianza filtrata nel Digesto, dove Ulpiano collegava l'idea storica di eguaglianza all'idea del diritto naturale (*Quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*[37]), e, dall'altra, la nozione teologica di eguaglianza di tutti gli uomini di fronte a Dio[38].

Secoli più tardi, Montesquieu, nel libro settimo dell'*Esprit des lois* sulla *condizione della donna nei governi*, reputerà espressamente «contrario alla *ragione* e contrario alla *natura* che le donne siano padrone in casa, come era stabilito presso gli Egiziani»[39]. Anche nel pensiero illuminista, infatti, trova radicamento l'idea per cui la donna dovesse avere una funzione essenzialmente riproduttiva e domestica[40]. Non a caso, l'unico destinatario delle dichiarazioni rivoluzionarie di fine Settecento è l'uomo. Nel *Bill of rights* che ciascuna colonia inglese oltre l'Atlantico si diede ai fini dell'indipendenza, «per essere *by nature equally free and indipendent* l'essere umano doveva essere maschio, bianco e possidente»[41]. Anche in Francia, l'*ega-*

[36] IUSTINIANUS, *Codex*, 5.59.5.2. Codice di Giustiniano 5.59.5.2: principio giustinianeo che aveva valenza solo nel diritto privato ma che viene trasportato nel diritto pubblico sulla base di spunti romanistici in tema di contradditorio, secondo cui tutti gli interessati dovevano partecipare al processo civile.

[37] ULPIANO in 43 *ad Sabin* D. 50.17.32.

[38] V. COLORNI, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 11 ss.

[39] MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Milano, Rizzoli, 1967, pp. 154-155. Montesquieu sosteneva che "la debolezza che le distingue non permette loro l'orgoglio". Nel sostenere che fosse contrario alla ragione e alla natura che le donne siano padrone in casa, aggiungeva, però, che "non lo è (*contrario alla ragione e alla natura*) che governino un impero", come in alcuni casi sia di governo moderato sia dispotico.

[40] J.J. ROUSSEAU, *Discorso sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza* (1755), in ID., *Scritti politici*, P. ALATRI (a cura di), Torino, UTET, 1970, p. 67 ss. Sul punto, si v. M.A. COCCHIARA, *Donne e cittadinanza politica: una prospettiva storica. Breve storia del diritto di voto alle donne*, in ID. (a cura di), *Donne, politica e istituzioni. Percorsi, esperienze e idee*, Roma, Aracne, 2009, pp. 83-127.

[41] FERRARA, *I presupposti della democrazia*, cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

lité conquistata nel 1789 non si applicava alle donne, nonostante gli isolati tentativi di alcuni pensatori illuministi di estenderla anche a loro[42]. Non pare azzardato sostenere, dunque, che le rivoluzioni moderne abbiano consegnato la sovranità popolare non a tutto il popolo, ma soltanto a chi si trovasse in determinate condizioni proprietarie e, per ciò che qui rileva, soltanto agli uomini, consacrando, così, «il principio di gerarchia che divide la società civile: chi è proprietario governa sugli altri, purché sia uomo; chi è uomo governa comunque sulla donna, anche nella sfera intima»[43].

Nella seconda metà del XIX secolo, a seguito di una serie di trasformazioni economico-sociali su cui in questa sede non può indugiare, si comincia a mettere in discussione tale principio di gerarchia che vedeva la donna governata dall'uomo, grazie anche al contributo della prima ondata del pensiero femminista, caratterizzato dal noto movimento delle *suffragette*. Il principio di eguaglianza comincia ad essere rivendicato anche al fine di rimuovere le discriminazioni basate sul sesso, sebbene, nelle costituzioni flessibili di metà Ottocento, il sesso non fosse ancora considerato un fattore di discriminazione, come si evince dall'art. 24 dello Statuto Albertino del 1848, secondo

[42] Nel 1791 Marie Gauze, nota come Olympe de Gouges, riformulò al femminile la Dichiarazione dei diritti delle donne e delle cittadine (*Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*); nel 1792 Mary Wollstonecraft, esponente del radicalismo inglese, insieme a Thoma Paine, Jeremy Bentham e John Stuart Mill scrisse *A Vindication of the Rights of Woman*, considerato il primo testo di teoria femminista. Al riguardo, si v. C. Faralli, *Donne e diritti. Un'introduzione storica*, in T. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del* giusfemminismo, Torino, Giappichelli, 2015, p. 2. Occorre precisare che, secondo alcuni, il precursore delle teorie femministe è stato Francois Poullain de la Barre, il quale nel 1673 ha pubblicato anonimamente *De l'égalité des deux sexes, discours physique et moral où l'on voit l'importance de se défaire des préjugez*, nel quale dimostra che la disparità di trattamento subito dalle donne è privo di fondamento e nasce esclusivamente da un pregiudizio culturale. Trattasi, tuttavia, di esempi rimasti isolati, ripresi soltanto nel 1848 nella cosiddetta Convenzione di Seneca Falls, con cui si ritiene aperta la prima fase del femminismo liberale. La *Women's Rights Convention* tenutasi a Seneca Falls, vicino a New York, nel 1848 è considerata l'atto di nascita del femminismo liberale.

[43] C. Cardia, *Introduzione storico giuridica alla Carta*, in P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in C*omm. Cod. civ. e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, Zanichelli, 2013, p. 327.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

cui "tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi", dove non si faceva riferimento al sesso, ma solo al titolo e al grado, quale possibile fattore di discriminazione[44].

È nella prima metà del Novecento, con la rivendicazione del diritto di voto da parte delle donne, che si assiste a una svolta epocale, che non travolge soltanto l'Italia ma tutto il mondo, poiché ci si accorge che la presunta e naturale inferiorità femminile è priva di qualsiasi fondamento obiettivo e si comincia ad adeguare la disciplina normativa a tale presa di coscienza[45]. In Italia, infatti, tale diritto fu riconosciuto alle donne con le elezioni amministrative del 10 marzo 1946 e con quelle politiche del 2 e 3 giugno 1946[46]. La prima sede di rappresentanza politica delle donne italiane fu, dunque, l'Assemblea costituente, all'interno della quale costituivano il 3,7% dei componenti[47]: su 556 costituenti solo 21 erano donne, delle quali cinque facevano parte dalla cosiddetta Commissione dei Settantacinque[48].

---

[44] Allo stesso modo, l'art. 10 della Costituzione francese del 4 novembre 1848 stabiliva che "Tutti i cittadini sono egualmente ammissibili a tutti gli impieghi pubblici, senza altro motivo di preferenza che il loro merito, e secondo le condizioni che saranno fissate dalle leggi. Sono aboliti per sempre ogni titolo nobiliare, ogni distinzione di nascita, di classe o di casta".

[45] A. Rossi Doria, *Diventare cittadine. Il voto alle donne in Italia*, Firenze, Giunti, 1996, p. 81 ss.; A. Groppi (a cura di), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, Laterza, 1993.

[46] Le elezioni dell'Assemblea Costituente si tennero con il sistema di voto introdotto con il decreto legislativo luogotenenziale n. 74 del 10 marzo 1946, dopo essere stato approvato dalla Consulta Nazionale il 23 febbraio 1946, che dette per la prima volta in Italia il diritto di voto alle donne.

[47] Le ventuno donne che hanno partecipato ai lavori dell'Assemblea Costituente sono: Adele Bei, Bianca Bianchi, Laura Bianchini, Elisabetta Conci, Maria De Unterrichter Jervolino, Filomena Delli Castelli, Maria Federici, Nadia Gallico Spano, Angela Gotelli, Angela M. Guidi Cingolani, Leonilde Iotti, Teresa Mattei, Angelina Livia Merlin, Angiola Minella, Rita Montagnana Togliatti, Maria Nicotra Fiorini, Teresa Noce Longo, Ottavia Penna Buscemi, Elettra Pollastrini, M. Maddalena Rossi, Vittoria Titomanlio.

[48] Angela Gotelli (Dc), Maria Federici (Pci), Nilde Iotti (Pci), Angelina Merlin (Psi) e Teresa Noce (Pci). Al riguardo, si v. M. Gigante, *Il dibattito costituzio-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

In definitiva, se nell'antica Grecia e nella Roma Repubblicana il valore dell'eguaglianza si lega a quello di libertà, nel diritto pubblico europeo del Sette e Ottocento si intreccia col concetto di legalità e con la domanda di diritti[49]. L'idea di eguaglianza si evolve, dunque, insieme alla società e prevede un livello di garanzia dei soli diritti civili, in quanto è ancora molto ristretto l'ambito dei diritti politici e praticamente inesistente quello dei diritti sociali[50]. È, infatti, soltanto con le Costituzioni della seconda metà del Novecento che si comincia a mettere al centro la persona, tenendo conto della concretezza della vita associata e, soprattutto, delle effettive condizioni sociali, economiche e culturali che ne determinano lo sviluppo e, in questo nuovo contesto, l'eguaglianza si trasforma grazie alle molteplici opzioni politiche che, incontrandosi, si traducono in una norma di principio[51].

---

nale, in ID. (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 16.

[49] M. FIORAVANTI, *Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 1998, Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici, Atti del XIII Convegno Annuale, Trieste, 17-18 dicembre 1998*, Padova, Cedam, 1999, p. 38.

[50] M. FIORAVANTI, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, in M. CARTABIA, T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI convegno della facoltà di giurisprudenza. Università degli studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 60.

[51] A questo proposito, in S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 25, ho parlato dell'esistenza di due anime dell'eguaglianza – l'una originaria e l'altra progressiva – che si collegano, rispettivamente, al suo uso in senso descrittivo e a quello prescrittivo. In quella sede, ho avuto modo di evidenziare come sia proprio la storicità della dimensione semantica del principio di eguaglianza a consentire, da un lato, di superare le critiche sollevate da un certo pensiero femminista all'idea di eguaglianza giuridica e, dall'altro, di risolvere un'apparente aporia: la circostanza per cui, sebbene originariamente pensata su parametri maschili, oltre che borghesi e di classe, l'eguaglianza giuridica conserva un carattere permanentemente rivoluzionario, come ebbe già a evidenziare L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 31, il quale ascrive due valenze al principio di eguaglianza, definendo la prima "conservatrice e mistificatoria" e la seconda "demistificatrice e rivoluzionaria". Al riguardo, G.U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Atti del XIII Convegno Annuale, Trieste, 17-18

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

3. Risalito, seppur sinteticamente, il percorso che ha portato al riconoscimento dei diritti politici anche alle donne, a fronte della secolare esclusione delle stesse dalla sfera pubblica, vale la pena indugiare sul dibattito che, in Assemblea costituente, ha condotto all'approvazione dell'art. 51 Cost., per poi indagarne lo stato di attuazione, avuto particolare riguardo al principio di pari opportunità previsto a seguito della novella di cui alla legge cost. n. 1 del 2003[52].

In Assemblea costituente, furono inizialmente predisposte due versioni di quello che sarebbe diventato l'art. 51 Cost., entrambe accomunate dall'intento di riconoscere una piena capacità giuridica di diritto pubblico alle donne[53]. Ciononostante, non mancarono, tra i costituenti, talune ritrosie rispetto alla possibilità che venisse loro concesso di svolgere determinati uffici pubblici, quali, ad esempio, la funzione di magistrato. La riluttanza rispetto all'estensione del pieno riconoscimento della capacità giuridica in capo alle donne trovava fondamento, ancora una volta, nella capacità generatrice della donna e nella sua funzione di madre, come emerge dalle parole degli Ono-

---

dicembre 1998, Padova, Cedam, 1999, pp. 86-87, evidenzia i rischi sottesi alle riformulazioni del principio di eguaglianza che pretendono di essere complete e univoche, in quanto trattasi di un principio, per sua natura, generalissimo.

[52] Legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1, recante «*Modifica dell'articolo 51 della Costituzione*».

[53] P. Barile, *Sul diritto delle donne ad accedere alla magistratura*, in *Giur. it.*, 2, 1952, p. 225 ss.; V. Crisafulli, *Nota a Corte cost. n. 56 del 1958*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1958, p. 861; C. Mortati, *L'accesso delle donne ai pubblici uffici*, in *Dem. e dir.*, 1960, p. 147. O, ancora, P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, Barbera, 1950, I, p. XXXV; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984. Al riguardo, *ex multis*, si v. A. Rossi Doria, *Le donne sulla scena politica*, in Francesco Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino, Einaudi, vol. I, 1994, pp. 831-832; M. Federici, *L'evoluzione socio-giuridica della donna alla Costituente*, in Aa.Vv., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, Vallecchi, 1969, spec. p. 202 ss.; E. Ceccherini, *La questione di genere nei dibattiti in Assemblea costituente*, in E. D'Urso, *Eguaglianza, lavoro, diritti*, Bari, Libellula, 2016, p. 109 ss.; E. Pazè, *Diseguali per legge*, Milano, Franco Angeli, 2013; M. Iacometti, *Il contributo delle donne in Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana*, in M. D'Amico-S. Leone (a cura di), *La donna dalla* fragilitas *alla pienezza dei diritti. Un percorso non ancora concluso*, Milano, Giuffrè, 2017; M. D'Amico, *Una parità ambigua, Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina, Milano, 2020.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

revoli Giuseppe Cappi, Giuseppe Bettiol, Pietro Calamandrei e Gaspare Ambrosini, intervenuti nella Seduta pomeridiana di venerdì 7 novembre 1947. Secondo l'on. Giuseppe Cappi, ad esempio, «la ragione della diffidenza diffusa nella maggioranza di fronte a una donna giudicante sta nella prevalenza che nelle donne ha il sentimento sul raziocinio, mentre nella risoluzione delle controversie deve prevalere il raziocinio sul sentimento»[54]. Il riferimento alla natura, quale causa determinante la subalternità femminile pare confermata dal penalista Giuseppe Bettiol, per cui: «Se San Paolo fosse vivo direbbe "Facciano silenzio le donne anche nei tribunali", cioè non siano chiamate le donne ad esplicare questa funzione, la quale può arrivare (per fortuna noi abbiamo eliminato questo pericolo) a pronunziare una sentenza di morte. Ed è assurdo, doloroso, inconcepibile che una donna chiamata da Dio e dalla *natura* a dare la vita, sia chiamata anche a dare la morte»[55]. Calamandrei e Ambrosini, invece, proposero di ammettere le donne all'esercizio della funzione di magistrato ma solo per determinate materie, a causa delle periodiche variazioni del loro umore cagionate dagli ormoni[56].

Superate le richiamate resistenze, la Commissione dei Settantacinque giunse ad affermare l'eguale posizione tra i sessi nell'esercizio del diritto di voto (art. 48 Cost.) e nell'accesso ai pubblici uffici (art. 51 Cost.). Nell'affermare che sono elettori "tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età" la formulazione definitiva dell'art. 48 Cost. precisa, in maniera «quasi pleonastica»[57], l'attribuzione di un diritto che, fino all'entrata in vigore della Costituzione, era appartenuto soltanto agli uomini, ritenendo non sufficiente l'eguaglianza formale espressa al primo comma dell'art. 3 Cost. Alla medesima *ratio* risponde il richiamo espresso ai "cittadini dell'uno e dell'altro sesso" nell'accesso agli uffici pubblici e alle cari-

---

[54] CAMERA DEI DEPUTATI. SEGRETARIATO GENERALE (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Seduta pomeridiana di venerdì 7 novembre 1947, *Presidenza del Presidente Terracini*, *indi del Vicepresidente Pecorari*, Roma, 1970, spec. p. 1852 ss.

[55] *Ibidem*.

[56] *Ibidem.*

[57] S. CECCHINI, *Differenza di genere e tutela costituzionale*, in M. MASIA, M.V. SANNA (a cura di), *Donne e diritto. Un dibattito*, Cagliari, Edizioni AV, 2019, p. 277.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

che elettive previsto dall'art. 51 Cost. Una scelta lessicale siffatta si può ricondurre proprio alla consapevolezza, in capo ai Costituenti, delle effettive condizioni di discriminazione e subordinazione del genere femminile all'interno di tale settore. Tuttavia, la circostanza che, all'interno del proprio progetto di trasformazione sociale, la Costituzione esprimesse una sostanza politica molto più avanzata rispetto a quella della legislazione al tempo vigente, ha concorso a rendere particolarmente complicata l'iniziale attuazione di queste disposizioni.

Inizialmente, l'inciso "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" contenuto nell'art. 51 Cost. era stato interpretato dal legislatore, prima, e dal Giudice costituzionale, dopo, come una norma capace di consentire deroghe all'applicazione del principio per cui l'accesso ai pubblici uffici dovesse essere garantito ai cittadini dell'uno e dell'altro sesso, consentendo, così, l'esclusione delle donne dalla sua portata applicativa. A un approccio interpretativo siffatto aderì la Corte costituzionale con la celebre sentenza n. 56 del 1958[58]. Pronunciandosi sulla legittimità dell'esclusione delle donne dalla partecipazione delle giurie popolari delle Corti d'Assise, la Corte affermò il potere, in capo al legislatore, di derogare alla regola dell'eguaglianza formale nell'accesso ai pubblici uffici di cui, riconoscendogli il potere di precludere alle donne l'accesso a determinate professioni laddove sussistessero peculiari esigenze differenziatrici, tra le quali venivano ricomprese le diverse *attitudini* tra i sessi[59]. Un'interpretazione che, come ho avuto

[58] Corte cost., sent. 3 ottobre 1958, n. 56, *Cons. dir.*, "Del resto, anche gli articoli 29 e 37 della Costituzione partono da un presupposto non ispirato ad un'assoluta e indiscriminata parità livellatrice fra uomini e donne: l'art. 29, deferendo alla legge di fissare i limiti a garanzia dell'unità familiare; l'art. 37, assicurando, a favore della donna, condizioni di lavoro consone alla sua essenziale funzione di sposa e di madre. (…) Ora, non pare negabile che, in tali limiti e modi, possa comprendersi un trattamento delle donne diverso da quello degli uomini".

[59] *Ivi*, "era naturale che, pur avendo posto il precetto dell'eguaglianza giuridica delle persone dei due sessi, i costituenti abbiano ritenuto che restasse al legislatore ordinario una qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici, anche nell'intento di meglio utilizzare le *attitudini* delle persone. Del resto, anche gli articoli 29 e 37 della Costituzione partono da un presupposto non ispirato ad un'assoluta e indiscriminata parità livellatrice fra uomini e donne: l'art. 29, deferendo alla legge di fissare i limiti a garanzia

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

modo di evidenziare in altra sede, "non deve certo stupire, se si considera che il Collegio del tempo era composto da uomini immersi in un contesto culturale e normativo fortemente discriminatorio. All'epoca, infatti, l'essenziale funzione familiare della donna era reputata preclusiva di ogni altra attività che la stessa aspirasse a svolgere"[60]. Secondo i giudici del '58, la Costituzione non avrebbe introdotto nell'ordinamento un'assoluta parità tra uomini e donne, ma un principio che, innanzi a limiti come quello previsto dall'art. 51 Cost., poteva trovare deroghe alla sua applicazione.

Si dovette attendere qualche anno affinché venisse dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma che assumeva il sesso femminile a fondamento di incapacità o di minore capacità per una categoria amplissima di pubblici uffici. Ribaltando quanto deciso nel 1958, con la sentenza n. 33 del 1960, la Corte chiarì che l'inciso previsto dall'art. 51 Cost. non autorizzasse il legislatore, senza limiti, a dettare norme attinenti al requisito del sesso, ma gli consentisse soltanto di "assumere, in casi determinati e senza infrangere il principio fondamentale dell'eguaglianza, l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario"[61]. In forza di questa seconda interpretazione, il legislatore, con la legge 9 febbraio 1963, n. 66, consentì alle donne di accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, ivi compresa la Magistratura[62].

Ebbene, oltre ai mutati approcci interpretativi dell'art. 51 Cost., la difficoltà per le donne di accedere alle cariche elettive in effettive condizioni di eguaglianza con gli uomini può essere, altresì, ricondotta alla circostanza per cui la presa di coscienza sulla necessità di un riequilibrio di genere nei luoghi della rappresentanza è un feno-

---

dell'unità familiare; l'art. 37, assicurando, a favore della donna, condizioni di lavoro consone alla sua essenziale funzione di sposa e di madre. (…) Ora, non pare negabile che, in tali limiti e modi, possa comprendersi un trattamento delle donne diverso da quello degli uomini". Al riguardo, cfr. V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 861 ss.

[60] CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, cit., p. 66.

[61] Corte cost., sent. 13 maggio 1960, n. 33, *Cons. dir. 2.*

[62] L. 9 febbraio 1963, n. 66, «*Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni*».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

meno tutto sommato recente[63]. I primi interventi legislativi finalizzati a favorire una maggiore presenza delle donne negli organi politici elettivi risalgono, infatti, agli anni Novanta del secolo scorso. Inoltre, la sensibilità del legislatore rispetto al problema della sottorappresentanza femminile non ha trovato, inizialmente, terreno fertile né nella cultura politica né in quella giuridica, basti pensare alla posizione assunta dalla Corte costituzionale in merito alla legittimità costituzionale delle misure di riequilibrio previste dalle leggi del 1993 e del 1995[64].

[63] Anche l'attenzione della letteratura costituzionalistica sulla tematica in discorso è cresciuta esponenzialmente nel corso del tempo anni. Senza pretesa di esaustività, in argomento, si v. L. Califano, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 39 ss.; L. Lorello, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Oss. AIC*, 2021, p. 86 ss.; C. Tripodina, *I gradini di pietra della parità di genere*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, p. 88 ss.; D'Amico, *Una parità ambigua*, cit.; ma anche Id., *La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 2013, p. 1 ss.; Id., *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, Giappichelli, 2011; G. Sorrenti, *Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 438 ss.; G. Parrinello (a cura di), *Uguaglianza uomo-donna: storia di un'incompiuta*, Napoli, Esi, 2020; G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, Roma, RomaTrE-Press, 2018; E. Imparato, *La rappresentanza di genere tra sistemi elettorali, giurisprudenza costituzionale e modelli socio-culturali di "effettiva uguaglianza"*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 1 ss.; F. Rescigno (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2016; B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza: una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019; R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002; A. Deffenu, *Regioni, diritto di voto e parità tra i sessi: limiti costituzionali e tecniche della legislazione elettorale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 637; Id., *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, Giappichelli, 2012; Id., *Azioni positive ed uguaglianza: spunti di riflessione*, in G. Azzariti (a cura di), *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto, Atti del Seminario di Roma 26 novembre 2021*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 175-184.

[64] Più precisamente, con l'art. 5, comma 2, della legge n. 81 del 1993 sulla elezione diretta del Sindaco, fu previsto che "nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore ai due terzi" (l. 25 marzo 1993, n. 81, «*Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

Come si ricorderà, in un primo tempo, la Corte assunse un approccio particolarmente restrittivo rispetto alla possibilità che il legislatore potesse introdurre misure volte a incentivare la presenza femminile negli organi elettivi, affermando che in materia elettorale trovasse applicazione soltanto il principio di eguaglianza inteso in senso formale[65]. Con la nota e controversa sentenza n. 422 del 1995, il Giudice costituzionale affermò che la regola prescritta dall'art. 51 Cost. fosse da considerarsi inderogabile, dovendosi considerare oggettivamente discriminatoria ogni differenziazione in ragione del sesso[66].

---

consiglio comunale e del consiglio provinciale»); mentre la legge n. 277 del 1993 per la elezione della Camera dei deputati stabilì che le liste presentate ai fini dell'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale (25% del totale), ove recassero più di un nome, fossero formate da candidati e candidate in ordine alternato, con l'ulteriore specificazione che i candidati fossero eletti secondo l'ordine progressivo di presentazione, vale a dire attraverso le cosiddette liste "bloccate", all'interno delle quali risultava decisivo l'ordine di inserimento dei candidati (l. 4 agosto 1993, n. 277, «*Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*», art. 1.) Ancora, per le Regioni a statuto ordinario, la legge n. 43 del 1995 previde una riserva di almeno un terzo dei posti al sesso sotto-rappresentato, disponendo che "in ogni lista regionale e provinciale nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati" (l. 23 febbraio 1995, n. 43, «*Nuove norme per la elezione dei consigli delle regioni a statuto ordinario*», art. 1, comma 6). Analoghe norme, infine, furono previste anche da alcune Regioni a Statuto speciale, quali il Trentino-Alto Adige, il Friuli-Venezia Giulia e la Valle d'Aosta. Al riguardo, *ex multis*, si v. almeno Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, cit., spec. p. 195 ss.; V. Fogliame, *La parità di genere nella legge elettorale e il ruolo dei partiti politici*, in *Oss. AIC*, 2018, pp. 129-144; Id., *Parità di genere e rappresentanza. Il rendimento delle misure legislative promozionali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

[65] Corte cost., sent. 12 settembre 1995, n. 422, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2, ult. per., della legge n. 81 del 1993, che stabiliva che nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi potesse essere di norma rappresentato in misura superiore a due terzi. Tra i tanti commenti a tale decisione, si v. L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422 del 1995 della Corte costituzionale)*, in *Foro it.*, 1996, I, coll. 1961-1976; ora in A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch (a cura di), *Letizia Gianformaggio. Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 229-243; U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle "quote" nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3268 ss.; G. Brunelli, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3272 ss.

[66] Corte cost., sent. n. 422 del 1995, *Cons. dir. 6.*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

In un secondo tempo, la Corte cambiò orientamento anche in forza del mutato quadro costituzionale che, tra il 2001 e il 2003, aveva visto il legislatore modificare gli artt. 51 e 117 Cost. in favore dell'introduzione, rispettivamente, dei principi di pari opportunità e di parità di genere, positivizzando il dovere costituzionale di politiche attive di riequilibrio di genere in campo elettorale[67]. A partire dalla sentenza n. 49 del 2003[68], con cui qualificò come "doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli specificamente alla legislazione elettorale", il Giudice delle leggi giunse a sostenere, con la sentenza n. 4 del 2010, che le misure come la doppia preferenza di genere sono "volte a dare effettività ad un principio di eguaglianza astrattamente sancito, ma non compiutamente realizzato nella prassi politica ed elettorale"[69], per poi ribadire, con la sentenza n. 81 del 2012, che "gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto"[70].

---

[67] Ci si riferisce alle leggi cost. nn. 2 e 3 del 2001 e n. 1 del 2003. Più precisamente, la legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1 aggiunse un nuovo periodo al primo comma dell'art. 51 Cost., in forza del quale "la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini"; mentre la legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 riscrisse il settimo comma dell'art. 117 Cost.; la legge cost. 31 gennaio 2001, n. 2, invece, impose alle leggi elettorali delle Regioni a statuto speciale di promuovere "condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali". Sul percorso di revisione costituzionale che ha interessato, in particolare, l'art. 51 Cost, tra i tanti, cfr. G. Brunelli, *Un «ombrello» costituzionale per le azioni positive elettorali*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 615-616; A. Poggi, *Sulla riforma dell'art. 51 Cost.: le quote alla prova della democrazia pluralista*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 619-620; R. Bin, *Donne e autoreferenzialità della politica*, in *Forum di Quad. cost.*, 2003, pp. 1-4, ora in Id., G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., p. 43 ss.

[68] Corte cost., sent. 13 febbraio 2003, n. 49, *Cons. dir.* 3. Sul punto, si v. L. Carlassare, La *parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. Cost.*, 2003, p. 364 ss.; L. Trucco, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: quando il fine potrebbe già avere il mezzo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, p. 606.

[69] Corte cost., sent. 14 gennaio 2010, n. 4, *Cons. dir.* 3.1.

[70] Corte cost., sent. 5 aprile 2012, n. 81, *Cons. dir.* 4.2.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

4. L'attuazione legislativa del principio di pari opportunità prescritto dall'art. 51 Cost. è avvenuta soltanto con la legge elettorale n. 52 del 2015, che ha previsto, per la prima volta nel sistema elettorale nazionale, misure di stampo paritario, seppur riferite soltanto alla Camera dei deputati[71]. La legge del 2015 aveva introdotto sia il meccanismo della doppia preferenza di genere sia la regola dell'ordine alternato di genere tra i candidati all'interno delle liste. Successivamente alla parziale dichiarazione di incostituzionalità avvenuta con la sentenza n. 35 del 2017 del Giudice costituzionale, che non aveva comunque interessato le misure di riequilibrio di genere, il legislatore ha approvato la legge n. 165 del 2017, in forza della quale si sono svolte le elezioni politiche del 2018, le prime con una legge elettorale, per così dire, paritaria[72].

A livello regionale, invece, l'attuazione dell'art. 51 Cost. è avvenuta per mano della legge statale di principio n. 20 del 2016, che ha prescritto al legislatore regionale due soluzioni alternative per promuovere l'equilibrio di genere negli organi elettivi, a seconda del sistema elettorale prescelto[73]. Ove le leggi elettorali regionali prevedano l'espressione delle preferenze, la legge cornice statale prescrive,

---

[71] L. 6 maggio 2015, n. 52, recante «*Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*». Come probabilmente ricorderà chi legge, l'iniziale previsione per la sola Camera dei Deputati trovava la propria giustificazione sul presupposto che l'entrata in vigore del novellato impianto normativo avvenisse successivamente all'entrata in vigore della Riforma costituzionale cosiddetta Renzi-Boschi (d.d.l. costituzionale recante «*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*», approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati nella seduta del 12 aprile 2016 e pubblicato nella G.U., Serie Generale, n. 88 del successivo 15 aprile, che non è stato approvato a seguito del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016).

[72] L. 3 novembre 2017, n. 165, recante «*Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali*». A seguito delle elezioni politiche del 2018, in Parlamento erano state elette 334 donne, pari a circa il 35% (di cui 225 alla Camera e 109 al Senato).

[73] L. 15 febbraio 2016, n. 20, «*Modifica all'articolo 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165, recante disposizioni volte a garantire l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei consigli regionali*».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

da un lato, le quote di lista, stabilendo che, in ciascuna lista, i candidati dello stesso sesso non possano superare il 60% del totale e, dall'altro, la doppia preferenza di genere. Mentre, laddove la legge elettorale regionale non annoveri la possibilità di esprimere le preferenze ma soltanto liste bloccate, queste devono essere disposte prevedendo l'ordine alternato di genere tra i candidati, sempre con il limite del 60% per i candidati del medesimo sesso. Infine, ove il sistema elettorale regionale preveda collegi uninominali, nell'ambito delle candidature presentate con il medesimo simbolo i candidati di un sesso non devono eccedere il 60% del totale[74].

Anche le Regioni a Statuto Speciale e le Province Autonome hanno dovuto adottare, in materia elettorale, disposizioni volte a favorire l'accesso alle cariche elettive a cittadini di entrambi i generi, in

[74] La regione Campania (l. reg. n. 4 del 2009, art. 10, comma 2) pone il limite di due terzi alla presenza di candidati di ciascun sesso in ogni lista circoscrizionale, con arrotondamento all'unità più vicina. La disciplina elettorale delle regioni Abruzzo (l. reg. n. 9 del 2013, art. 1, comma 4), Puglia (l. reg. n. 2 del 2005, art. 8, comma 13), Umbria (l. reg. n. 4 del 2015, art. 9), Molise (l. reg. n. 20 del 2017, art. 7), Basilicata (l. reg. n. 20 del 2018, art. 3, comma 3), Liguria (l. reg. n. 18 del 2020, art. 6, comma 2) e Calabria (l. reg. n. 1 del 2005, art. 1, comma 6, come mod. da l. reg. n. 17 del 2020) prevede che, in ogni lista circoscrizionale, nessuno dei due sessi possa essere rappresentato in misura superiore al 60% dei candidati. La medesima scelta è stata effettuata dalla regione Piemonte con la l. reg. n. 12 del 2023, art. 14, commi 2 e 3. La regione Marche (l. reg. n. 27 del 2004, art. 9, comma 6, come mod. da l. n. 36 del 2019), invece, individua il limite minimo, per cui nessuno dei due generi può essere rappresentato in misura inferiore al 40% dei candidati presentati, con arrotondamento all'unità superiore in caso di decimale. Le regioni Lazio (l. reg. n. 2 del 2005, art. 3, comma 2, come mod. da l. reg. n. 10 del 2017), Veneto (l. reg. n. 5 del 2012, art. 13, comma 6) ed Emilia Romagna (l. reg. n. 21 del 2014, art. 8) dispongono che in ogni lista circoscrizionale i rappresentanti di ciascun genere devono essere presenti in misura eguale, se il numero dei candidati è pari. Nelle leggi elettorali delle regioni Lombardia (l. reg. n. 17 del 2012, art. 1, comma 11, come mod. da l. n. 38 del 2017), Veneto (l. reg. n. 5 del 2012, art. 13, comma 6) e Toscana (l. reg. n. 51 del 2014, art. 8, comma 6) si prevede che le liste debbano essere composte seguendo l'ordine alternato di genere. Nella regione Toscana, inoltre, in relazione alle candidature regionali, queste devono essere distintamente indicate rispetto alle candidature circoscrizionali ed elencate in ordine alternato di genere (art. 8, comma 5). La normativa elettorale della regione Piemonte, che mantiene la previsione delle liste regionali bloccate, dispone che in esse i candidati debbano essere alternati per genere.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

forza di quanto previsto dalla legge costituzionale n. 2 del 2001[75]. Per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta, ogni genere deve rappresentare almeno il 35% dei candidati per lista, e le liste non conformi vengono ridotte o dichiarate non valide; in Friuli-Venezia Giulia, le liste devono contenere al massimo il 60% di candidati dello stesso genere con l'alternanza dei nomi per genere; sono previsti incentivi o penalizzazioni economiche per i gruppi consiliari in base alla rappresentanza di genere. Nella Regione Siciliana, dopo il capolista, i candidati devono alternarsi per genere; nelle liste provinciali, un genere non può superare i due terzi dei candidati da eleggere. Nella Provincia autonoma di Trento, è previsto l'equilibrio perfetto tra i generi nelle liste, in caso di numero dispari di candidati, un genere può superare l'altro solo di un'unità; nella Provincia autonoma di Bolzano, ciascun genere non può superare i due terzi dei candidati in lista e, se la quota non è rispettata, i nomi in eccesso vengono cancellati[76]. Nella Regione Autonoma della Sardegna, a par-

[75] L. cost. 31 gennaio 2001, n. 2, recante «*Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei presidenti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano*».

[76] Nella regione Valle d'Aosta, in ogni lista di candidati all'elezione del Consiglio regionale ogni genere non può essere rappresentato in misura inferiore al 35 per cento, arrotondato all'unità superiore (art. 3-*bis*, l. reg. n. 3 del 1993 come modificato da ultimo dalla l. reg. n. 7 del 2019), pena la riduzione al limite prescritto delle liste contenenti un numero di candidati superiore al numero massimo prescritto, cancellando gli ultimi nomi, e la dichiarazione di non validità delle liste che non corrispondano alle predette condizioni (art. 9, comma 1, l. reg. n. 3 del 1993 come modificato da ultimo dalla l. reg. n. 16 del 2017). Nella regione Friuli-Venezia Giulia ogni lista circoscrizionale deve contenere, a pena di esclusione, non più del 60 per cento di candidati dello stesso genere; nelle liste i nomi dei candidati sono alternati per genere fino all'esaurimento del genere meno rappresentato; al fine di promuovere le pari opportunità, la legge statutaria prevede inoltre forme di incentivazione o penalizzazione nel riparto delle risorse spettanti ai gruppi consiliari (è considerato sottorappresentato quello dei due generi che, in Consiglio, è rappresentato da meno di 1/3 dei componenti). Nella Regione siciliana, tutti i candidati di ogni lista regionale dopo il capolista devono essere inseriti secondo un criterio di alternanza tra uomini e donne; una lista provinciale non può includere un numero di candidati dello stesso sesso superiore a due terzi del numero dei candidati da eleggere nel collegio (art. 14, comma 1, l. reg. n. 29 del 1951, come modificato dalla l. reg. n. 7 del 2005). Nella Provincia autonoma di Trento, in ciascuna lista di candidati nessuno dei due generi può essere rappresentato in misura supe-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

tire dalla legge statutaria 20 marzo 2018, n. 1, è prevista la parità di genere obbligatoria nelle liste (salvo lista a due componenti, che deve includere entrambi i generi), la doppia preferenza di genere e obblighi di parità nella visibilità mediatica durante la comunicazione politica in campagna elettorale[77].

Infine, a livello comunale, la disciplina della parità di genere è stata introdotta dalla legge n. 215 del 2012, che differenzia le misure in ragione della dimensione dei comuni. Nei comuni con popolazione compresa tra 5.000 e 15.000 abitanti e in quelli con popolazione superiore a 15.000 abitanti, la legge prescrive sia la quota di lista, in base alla quale nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore a due terzi, sia la doppia preferenza di genere. Nei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, invece, la legge non aveva previsto né la quota di lista, né la doppia preferenza di genere, limitandosi a stabilire che "nelle liste dei candidati è assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi"[78]. Tutta-

riore all'altro, se non quando il numero delle candidature della lista è dispari: in tal caso è ammesso che un genere sia sovrarappresentato di un'unità. Nella Provincia autonoma di Bolzano, in ciascuna lista di candidati nessuno dei due generi può essere rappresentato in misura superiore a due terzi del numero dei candidati della lista, con eventuale arrotondamento all'unità più prossima; nella lista in cui non venga rispettata tale quota, sono cancellati i nominativi dei candidati che eccedono la quota prevista (art. 16, comma 8, l.p. n. 14 del 2017).

[77] L. reg. statutaria 20 marzo 2018, n. 1, recante «*Modifiche alla legge statutaria n. 1 del 2013 in materia di rappresentanza di genere*». Più precisamente, la legge regionale statutaria n. 1 del 2013 (come modificata dalla l. reg. stat. n. 1 del 2018) stabilisce che in ciascuna lista circoscrizionale ogni genere è rappresentato in misura eguale; nel caso di lista circoscrizionale con due soli componenti, a pena di esclusione, devono essere rappresentati entrambi i generi (art. 4); è prevista la doppia preferenza di genere (art. 9, comma 4) e vi sono specifiche disposizioni per la campagna elettorale, che impegnano i soggetti politici ad assicurare la presenza paritaria di candidati di entrambi i generi nei programmi di comunicazione politica offerti dalle emittenti radiotelevisive pubbliche e private e nei messaggi autogestiti, e a garantire che siano messi in risalto, con pari evidenza, i candidati di entrambi i generi nelle liste presentate (art. 9-*bis*).

[78] L. 23 novembre 2012, n. 215, recante «*Disposizioni per promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali. Disposizioni in materia di pari opportunità nella composizione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni*», art. 2, comma 1, lett. *c*), n. 1) che ha introdotto il comma 3-*bis* all'art. 71, primo periodo, TUEL.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

via, tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 62 del 2022, nella parte in cui non prevede l'esclusione delle liste elettorali che non assicurino la presenza di candidati di entrambi i sessi[79]. Con tale sentenza additiva, la Corte ha aggiunto la sanzione della esclusione per le liste che non rispettano la normativa, ritenendo che l'omissione del legislatore determini una violazione dell'art. 51, comma 1, Cost.[80].

In definitiva, a fronte di un assetto costituzionale che esprime esplicitamente l'esigenza di promuovere le pari opportunità di genere anche nel campo della rappresentanza politica, imponendo al legislatore statale e regionale l'obbligo di introdurre, nelle rispettive discipline elettorali, misure finalizzate a garantire il riequilibrio di genere[81], ci si sarebbe potuti aspettare dei dati maggiormente edificanti rispetto a quelli richiamati all'inizio del lavoro. Al contrario, se, da un lato, è innegabile che l'attuazione del principio in discorso attraverso la predisposizione delle ricordate misure abbia incentivato una maggiore rappresentanza femminile rispetto al passato[82], dall'altro, i

---

[79] Al riguardo, si v. T. Groppi, *Il (ri-)equilibrio di genere alla prova della nuova "stagione" della giustizia costituzionale italiana. Il caso dei piccoli comuni*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 84-93. A margine della sentenza 10 marzo 2022, n. 62, si v. anche i commenti di P. Colasante, *Una parità di genere senza ostacoli demografici*, in *Oss. AIC*, 2022, p. 2-18; L. Lorello, *La Corte definisce un altro tassello per l'effettività del principio delle pari opportunità. La sentenza n. 62 del 2022*, in *Consulta online*, 2022, p. 1230-1240.; P. Scarlatti, *Corte costituzionale e allenamento a "rime obbligate" nella promozione della parità di genere*, in *Giur. cost*., 2022, p. 766. In argomento, da ultimo, si v. P. Colasante, *L'eguaglianza di genere nella rappresentanza politica delle Regioni e degli enti locali*, in *Diritti regionali*, 2025, pp. 386-408.

[80] In argomento, *ex multis*, si v. L. Califano, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 39 ss.; Lorello, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, cit., p. 86 ss.; Tripodina, *I gradini di pietra della parità di genere*, cit., p. 88 ss.; D'Amico, *Una parità ambigua*, cit.

[81] A. Deffenu, *Parità di genere e istituzioni politiche: prime note per un bilancio*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza: una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, cit., p. 88. Al riguardo, si v. O. Giolo, *Eguaglianza e pari opportunità sono conciliabili? Un tentativo di chiarificazione concettuale (e di proposta politico-giuridica)*, in F. Rescigno (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, cit., p. 352.

[82] Sul punto, si v. M. D'Amico, *L'eguaglianza tra i sessi e la rappresentanza*, in F. Rescigno (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, cit., p. 76; Id., *Il difficile cammino*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

dati mostrano come le previsioni normative, da sole, non siano in grado di promuovere una democrazia paritaria laddove non siano accompagnate da una reale volontà della classe politica in tal senso[83].

4.1. Oltre alle ricordate ragioni di carattere storico, uno dei fattori che contribuisce al permanere della asimmetria di genere nella rappresentanza è da rinvenirsi nel sistema di organizzazione della rappresentanza politica e, più precisamente, nelle modalità di strutturazione dei partiti, nelle scelte di selezione dei candidati, nonché nella comunicazione politica.

L'applicazione delle misure di riequilibrio da parte delle *leadership* dei partiti, infatti, rivela come, a tutti i livelli di governo, sussista una sostanziale ritrosia della classe politica nel favorire il riequilibrio di genere al proprio interno. Come hanno dimostrato gli studi sul rendimento delle misure in discorso[84], dalle scelte in ordine alla sele-

---

della democrazia paritaria, cit. e ID., *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni Strumenti di riequilibrio, Relazione presentata il 30 marzo 2017 a Roma, presso la Corte di Cassazione, nell'ambito dell'Iniziativa promossa dalla Struttura di Formazione decentrata della Corte di cassazione in collaborazione con l'Associazione Donne Magistrato Italiane.* Nello stesso senso, si v. L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in ID., A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI, *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, Cedam, 2002, p. 87; A. MANGIA, *Rappresentanza di "genere" e "generalità" della rappresentanza*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., pp. 79-93; L. FERRAJOLI, *Differenza di genere e garanzie di uguaglianza*, in F. BIMBI, A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Torino, Rosenberg&Sellier, 1997, p. 93 ss.

[83] Sull'importanza della componente politica per il mutamento della realtà politico sociale, si v. già C. MORTATI, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, s.l., 1949, ora in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2015, pp. 5-22. In tal senso, si v. S. STAIANO, *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo,* network analysis, Napoli, Jovene, 2014; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, Liguori, 1988, p. 195. Con particolare riferimento al ruolo dei partiti politici affinché l'equilibrio di genere non costituisca "una promessa mancata del nostro ordinamento", si v. FOGLIAME, *La parità di genere nella legge elettorale e il ruolo dei partiti politici*, cit., spec. pp. 149-144.

[84] V. FOGLIAME, *Il rendimento delle formule legislative regionali di riequilibrio della rappresentanza di genere. Incertezze, resistenze, ruolo dei partiti politici*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1-21; e, più diffusamente, ID., *Parità di genere e rappresen-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

zione del personale politico e dall'organizzazione delle campagne elettorali, emerge la diffidenza del sistema dei partiti rispetto all'esigenza di assicurare portata precettiva al principio di pari opportunità di cui all'art. 51 Cost. Tra le diverse forze politiche, si registra non soltanto un desolante disinteresse a favorire l'elezione delle donne nell'ottica di un riequilibrio di genere, ma anche, e soprattutto, il consolidamento di vere e proprie prassi distorsive volte ad aggirare le regole paritarie allo scopo di scongiurare il raggiungimento del fine per il quale sono preordinate.

Tra le segreterie di partito, è invalsa la prassi di presentare le candidature sulla base di una strategica distribuzione delle *chances* di vittoria dei candidati, volta ad assicurare l'elezione dei candidati uomini. Nei collegi uninominali, ove la disciplina elettorale di riferimento preveda che i candidati del medesimo genere non possano eccedere una determinata percentuale, i partiti tendono a collocare la maggior parte delle candidate nei collegi cosiddetti deboli o a sconfitta sicura, individuati sulla scorta dei sondaggi precedenti alla competizione elettorale. Nei collegi plurinominali, ove sussista la regola dell'ordine alternato di genere, è invalsa la prassi delle pluricandidature e della collocazione dei candidati di sesso maschile nei cosiddetti posti utili, di modo che, ove la medesima candidata vinca in più collegi, possa subentrare nella sua posizione il candidato uomo collocato secondo nella lista[85].

---

tanza. Il rendimento delle misure legislative promozionali, cit. In tema, si v. anche S. STAIANO, *L'incertezza (anche) delle regole dell'incarico*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 8; S. LEONE, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, Franco Angeli, 2013; G. BRUNELLI, *Divieto di discriminazione e diritti di cittadinanza*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario di Perugia, 18 marzo 2005, Torino, Giappichelli, 2006, p. 3 ss.; L. CARLASSARE, *Considerazioni conclusive*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., p. 246 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell'accesso ad uffici pubblici e a cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti)*, in *Oss. cost.*, 2018, p. 123-127; P. FARAGUNA, *Recenti sviluppi dell'esperienza costituzionale italiana in tema di c.d. quote rosa*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 81.

[85] FOGLIAME, *Parità di genere e rappresentanza. Il rendimento delle misure legislative promozionali*, cit. In alcuni casi, il cosiddetto *ticket*, vale a dire il metodo per

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

Strategie politiche di un tenore siffatto inducono chi scrive a un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, le modalità di scelta dei candidati comprovano l'efficacia delle misure di riequilibrio, le quali, ove correttamente applicate, consentono di favorire una maggiore presenza delle donne tra gli eletti, al punto da portare le *leadership* maschili a elaborare meccanismi elusivi volti ad assicurare il consolidamento dell'*establishment*. La volontà politica di marginalizzare le candidate emerge non soltanto con riferimento alle strategie volte a scongiurarne l'elezione, ma anche dalle funzioni assegnate alle stesse laddove vengano elette. Lo squilibrio di genere nella rappresentanza, infatti, non è soltanto quantitativo ma financo qualitativo. Alle elette vengono solitamente assegnate funzioni di carattere prettamente gestionale, ministeri senza portafoglio o ruoli marginali, mentre agli esponenti uomini si attribuiscono assessorati, ministeri e ruoli di rilievo[86]. Per studiare tale fenomeno è stato elaborato un indice, denominato *indice di forza*, che misura il peso di ciascun politico attraverso un sistema di ponderazione di istituzioni, organi e ruoli[87]. Nell'attuale le-

---

cui in campagna elettorale due candidati si presentano assieme, viene utilizzato non tanto per promuovere il riequilibrio di genere, quanto per assicurare l'elezione del candidato di genere maschile. Vi sono stati, infatti, alcuni candidati uomini che si sono alleati a più candidate donne al solo fine di accumulare un numero elevato di voti. Con specifico riferimento agli esiti delle prime consultazioni regionali sarde in cui ha trovato applicazione la misura della doppia preferenza di genere, prevista dalla legge statutaria n. 1 del 2018, e alla scarsa propensione tra i candidati a stabilire alleanze che ha determinato, in alcuni casi, l'inutilizzazione della misura, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 marzo 2019, pp. 1-12.

[86] T.A.R. Lazio, Roma, sent., 25 luglio 2011, n. 6673, ha evidenziato che "il parametro dell'equilibrio di genere non è riconducibile soltanto al dato numerico e assume connotati sostanziali che possono rimandare alla rilevanza dei ruoli e delle funzioni, implicando un apprezzamento di carattere sostanziale analogo a quello tipico delle scelte amministrative, anche di spiccata caratterizzazione politica".

[87] L'indice di forza è stato elaborato da uno studio di Openpolis consultabile all'url.: *https://www.openpolis.it/la-rilevanza-delle-donne-nel-governo-e-in-parlamento*. Il calcolo dell'indicatore tiene conto di aspetti posizionali (ogni incarico ha un suo peso) e di dinamiche distributive (come le diverse articolazioni contribuiscono all'assetto istituzionale). Ad esempio, se fosse istituito un nuovo ministero

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

gislatura, secondo uno studio aggiornato a marzo 2024, il peso delle donne è pari al 27,94% mentre l'indice di forza degli uomini è pari 71,89%. Si tratta di una sproporzione superiore anche a quella della rappresentanza numerica e che potrebbe risultare ancor più significativa laddove il Presidente del Consiglio dei ministri non fosse una donna.

In secondo luogo, le strategie elusive elaborate dalle segreterie di partito rivelano la necessità di intervenire su altri e diversi fronti per scardinare le logiche di potere che, alla radice, innervano i partiti politici e la loro organizzazione. Il che ripropone la *vexata quaestio* relativa all'*an* e al *quantum* regolare giuridicamente il sistema dei partiti[88]. A questo proposito, si dovrebbe, ad esempio, ragionare sulle ripercussioni che, in termini di rappresentanza di genere, sono determinate dal consolidarsi del fenomeno della personalizzazione dei partiti[89]. Più precisamente, occorrerebbe riflettere sul se e quanto i criteri selettivi ricordati *supra*, e conseguentemente la strumentalizzazione delle candidate, possano essere altresì ricondotti a un atteggiarsi del sistema dei partiti che, non sempre, risulta informato al metodo democratico di cui all'art. 49 Cost. Una riflessione siffatta richiederebbe uno studio il cui grado di approfondimento non può essere adeguatamente sviluppato in questa sede. Al riguardo, ci si può limitare a evidenziare che "un rendimento ottimale delle misure legislative di riequilibrio" può, anzitutto, "essere assicurato soltanto se i

---

senza portafoglio, questo avrà un indicatore di forza più basso rispetto a un ministero con portafoglio.

[88] Sul tema, senza pretesa di esaustività, si v. quanto meno D. Coduti, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino, Giappichelli, 2019; A. Barbera, La *rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost*., 2008, n. 4, p. 870 ss.; G. Pasquino, *Crisi dei partiti e governabilità*, Bologna, Il Mulino,1980; C. Pinelli, *Discipline e controlli sulla "democrazia interna" dei partiti*, Padova, Cedam, 1984. In argomento, più che mai attuali le riflessioni sul ruolo dei partiti politici di M.S. Giannini, *Il potere pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986.

[89] Come è noto, con la locuzione «personalizzazione della politica» o «dei partiti» ci si riferisce a fenomeni spesso significativamente diversi, alcuni effettivamente recenti, altri in realtà risalenti. Al riguardo, si v. V. M.S. Piretti, *L'influenza del sistema elettorale: uno studio sulla personalizzazione delle campagne elettorali in Italia*, in F. Venturino (a cura di), *Elezioni e personalizzazione della politica*, Roma, Aracne, 2005, p. 47 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

leader dei partiti riescano a garantire moduli partecipativi di tipo paritario, orientando le proprie scelte in quella direzione"[90]. Viceversa, in assenza di un'effettiva volontà della classe politica di farsi carico della piena attuazione dei principi di eguaglianza, parità e di pari opportunità di genere, la funzione promozionale e performativa del diritto, da sola, non può garantire il loro inveramento[91].

4.2. Il mancato rispetto del principio di pari opportunità da parte delle segreterie dei partiti, in un'ottica di marginalizzazione della presenza femminile al proprio interno, si può cogliere anche con riferimento al versante della comunicazione politica disciplinata dalla legge sulla *par condicio* n. 28 del 2000, che prescrive la parità di accesso ai mezzi di comunicazione segnatamente in campagna elettorale[92]. Anche con riferimento alla gestione degli spazi di tempo e parola accordati ai candidati e agli esponenti delle diverse forze politiche, infatti, si registra uno squilibrio di genere significativo tanto in termini quantitativi quanto qualitativi.

La sensibilità del legislatore rispetto al problema della sottorappresentanza femminile ha interessato anche la cosiddetta legislazione elettorale di contorno, vale a dire il *corpus* normativo che presiede allo svolgimento delle elezioni. Attuando i principi di cui agli artt. 51 e 117, comma 7, Cost., la legge n. 215 del 2012 ha aggiunto, all'art.

---

[90] FOGLIAME, *Il rendimento delle formule legislative regionali di riequilibrio della rappresentanza di genere*, cit., p. 11.

[91] A tal fine, infatti, si ritiene necessaria un'evoluzione della cultura politica. Del resto, una delle funzioni della politica non dovrebbe essere anche quella di *orientamento* della società e non solo quella di un suo «mero *rispecchiamento*»? Se questo, infatti, è un suo compito, allora può dirsi gravare sui partiti l'obbligo di conformare la società ai principi costituzionali, la cui funzione di trasformazione sociale consente di ribaltare la tradizionale visione dei ruoli di uomini e donne nelle istituzioni, garantendo l'effettiva partecipazione di *tutti* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. In questo senso, C. TRIPODINA, *1946-2016 "La questione elettorale femminile": dal voto delle donne al voto alle donne (una luce si intravede)*, in *Rivista AIC*, 2016, p. 31, parla espressamente di "mero rispecchiamento".

[92] L. 22 febbraio 2000, n. 28, recante «*Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica*».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

1 della legge sulla *par condicio*, il comma 2-*bis*, prescrivendo che "i mezzi di informazione, nell'ambito delle trasmissioni per la comunicazione politica, sono tenuti al rispetto dei principi di cui all'articolo 51, primo comma, della Costituzione, per la promozione delle pari opportunità tra donne e uomini"[93].

Sotto il profilo temporale, il periodo chiave per l'applicazione delle misure previste dalla legge n. 28 del 2000 decorre dalla data di convocazione dei comizi elettorali e trova nella data di presentazione delle candidature un'ulteriore tappa di riferimento, allo scopo di regolare la concomitante e più intensa partecipazione di partiti e cittadini alla propaganda politica, in conformità e tutela ai principi costituzionali dello Stato di democrazia pluralista[94]. A seguito della novella del 2012, nella comunicazione politica radio-televisiva, che si svolge in tribune politiche, dibattiti, tavole rotonde, presentazione dei programmi politici, ecc., nella attribuzione degli spazi e del tempo di parola, deve essere rispettato tanto il principio di parità di

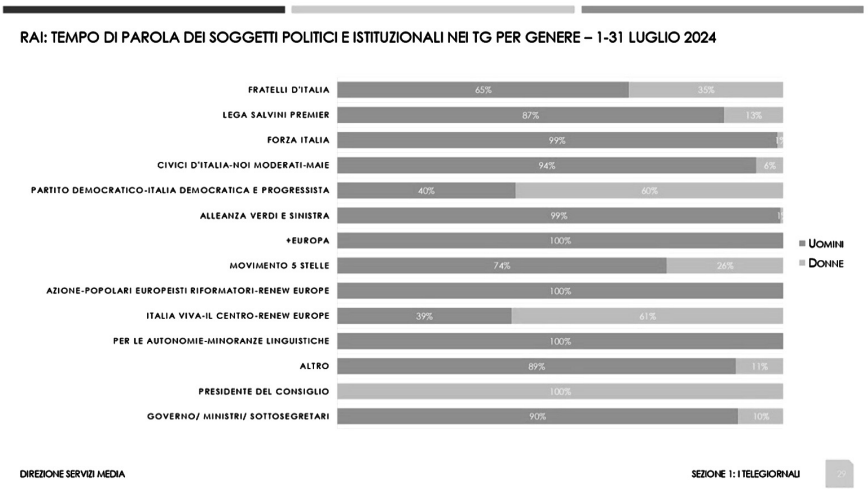
[93] La l. 23 novembre 2012, n. 215, recante «*Disposizioni per promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali. Disposizioni in materia di pari opportunità nella composizione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni*», ha modificato la l. n. 28 del 2000, aggiungendo il comma 2-*bis*, all'art. 1, che oggi prevede che "ai fini dell'applicazione della presente legge, i mezzi di informazione, nell'ambito delle trasmissioni per la comunicazione politica, sono tenuti al rispetto dei principi di cui all'articolo 51, primo comma, della Costituzione, per la promozione delle pari opportunità tra donne e uomini".

[94] In argomento, *ex multis*, si v. quanto meno F. Biondi Dal Monte, *Esiste ancora la "*par condicio*"? Contenuto e limiti della legge n. 28/2000*, in *Oss. cost*., 2018, p. 311-322.; E. Cheli, *Punti critici della disciplina attuale in tema di "*par condicio*"*, in F. Lanchester, R. Zaccaria (a cura di), *La "*par condicio*" in Italia*, in *Federalismi.it*, 2011, p. 1 ss.; S. Ceccanti, *Le proposte di riforma della "*par condicio*" dentro le prospettive della transizione*, in *Federalismi.it*, 2011, p. 8 ss.; D. Campus, *Comunicazione politica. Le nuove frontiere*, Roma-Bari, Laterza, 2008; G. Gardini, *Libertà vs eguaglianza: la difficile regolamentazione della campagna elettorale*, in R. D'Alimonte, C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana: come migliorarla e perché*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 195 ss. R. Borrello, Par condicio *e radiotelevisione*, Torino, Giappichelli, 2007; L. Carlassare (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, Cedam, 2007; F. Modugno, Par condicio *e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1997; e, da ultimo, G. Barozzi Reggiani, *"Soggetti politici" e* par condicio *elettorale radiotelevisiva (alla luce di una recente delibera dell'Agcom)*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 1-24.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

trattamento tra le forze politiche quanto l'equilibrio di genere. Anche la violazione di quest'ultimo principio, infatti, altera la leale competizione elettorale e lede, in particolare, l'esercizio dei diritti civili e politici delle candidate, nonché dello stesso elettorato[95].

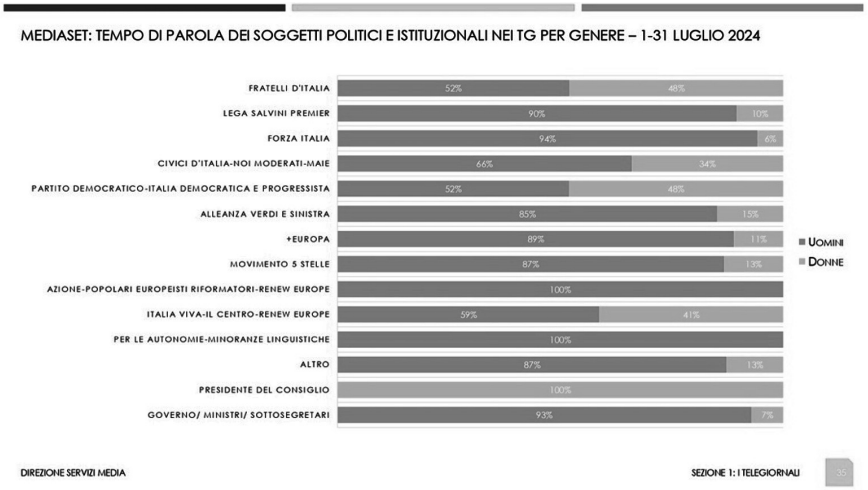
Tuttavia, anche tale prescrizione normativa non pare aver trovato un effettivo seguito nella prassi applicativa. Ove si prendano in considerazione i dati e gli indicatori sul tempo di parola forniti dall'AGCOM, che registrano l'accesso ai mezzi di informazione da parte delle diverse istanze sociali, culturali e politiche presenti nel Paese, emergono tendenze analoghe a quelle richiamate nelle pagine precedenti con riferimento alle modalità di selezione dei candidati. Il tempo di parola dei soggetti politici uomini è dell'82% nei Tg e del 78% nei programmi, mentre quello riconosciuto alle donne è il 18% nei Tg e il 22% nei programmi extra-tg[96].



[95] Così Corte cost., sent. 7 maggio 2002, n. 155, spec. *Cons. dir.* 2, in cui la Corte insiste sul legame che intercorre tra il diritto ad una completa e obiettiva informazione del cittadino, da un lato, e il corretto svolgimento del confronto politico, dall'altro; relazione su cui si fonda il sistema democratico.

[96] Dati riportati nel Rapporto Annuale 2024 AGCOM reperibile all'url: *https://www.agcom.it/sites/default/files/documenti/relazione_annuale/RELAZIONE%20ANNUALE_2024.pdf*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini



Fonte: *Il pluralismo politico istituzionale in televisione* (monitoraggio Agcom 1-31 luglio 2024), *https://www.agcom.it/sites/default/files/documenti/audizioni_parlamentari/Pluralismo_Politico-Istituzionale_TV_Luglio_2024_0.pdf*.

Osservando i monitoraggi dell'AGCOM, si può altresì notare che, anche nel caso della comunicazione politica, lo squilibrio di genere non è soltanto quantitativo, ma anche qualitativo. La presenza femminile nei tg, nelle tribune politiche e nei programmi politici, infatti, non solo è decisamente inferiore rispetto a quella maschile, ma risulta relegata a fasce orarie in cui lo *share* degli spettatori è minore. Ad esempio, le candidate e le esponenti femminili delle varie forze politiche vengono invitate a partecipare prevalentemente nei programmi che si svolgono la mattina o nel pomeriggio, mentre nelle edizioni serali dei telegiornali e nelle trasmissioni che vanno in onda in prima serata si registra una prevalenza di soggetti politici di sesso maschile[97].

Insomma, anche con riferimento alla norma che ha prescritto il rispetto delle pari opportunità nella disciplina sulla *par condicio*, si possono svolgere considerazioni del medesimo tenore di quelle svi-

[97] Dati riportati nel monitoraggio AGCOM aggiornato ad agosto 2024, reperibile all'url: *https://www.agcom.it/monitoraggio-televisivo-e-radiofonico#panoramica*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

luppate in relazione alle strategie dei partiti nella selezione dei candidati e, più in generale, all'atteggiamento della classe politica nei confronti delle norme poste a tutela della parità di genere. Risulta, dunque, evidente l'esigenza di favorire non tanto, o perlomeno non soltanto, la presenza delle donne nel sistema di rappresentanza politica in termini numerici, quanto, e soprattutto, in termini di peso e capacità di influenza. Si rende, pertanto, necessario un cambiamento nella cultura politica che parta da una riconsiderazione del ruolo della donna all'interno dei partiti e, prima ancora, all'interno della società.

5. Il percorso verso l'auspicato cambiamento culturale che veda le donne partecipi alla vita politica nella stessa misura, in termini di tempo e capacità di influenza, dei colleghi uomini si ritiene «tutt'altro che facile perché esse devono conciliarlo con gli impegni della maternità e il compito di adempiere alla essenziale funzione familiare»[98].

Sgombrando immediatamente il campo da possibili equivoci, va preliminarmente chiarito che la *essenziale funzione familiare* di cui all'art. 37 Cost. non è certo l'unica funzione che oggi le donne possono ricoprire. Se, infatti, per i Costituenti poteva costituire il principale ruolo cui una donna poteva aspirare, adesso la situazione è radicalmente cambiata. In forza di un'interpretazione evolutiva degli artt. 37 e 29 Cost., tale funzione si aggiunge alle altre che una donna può svolgere e il cui assolvimento deve avvenire in condivisione con mariti e compagni[99]. Intesa, dunque, quale attività che risulta ad ap-

[98] Anzon Demmig, *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell'accesso ad uffici pubblici e a cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti)*, cit., p. 126.

[99] Sul punto, si v. Anzon Demmig, *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell'accesso ad uffici pubblici e a cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti)*, cit.; G. Sorrenti, *Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 438-492; G. Parrinello (a cura di), *Uguaglianza uomo-donna: storia di un'incompiuta*, Napoli, Esi, 2020. Sempre attuali, in questo senso, le riflessioni di M.V. Ballestrero, *Percorsi della differenza di genere. La maternità delle lavoratrici da funzione essenziale a fattore di discriminazione*, in F. Poggi (a cura di), *Questioni di genere nel diritto italiano vigente*, in *Forum. Notizie di Politeia*, Anno XXXII, 124, 2016, pp. 7-18.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

pannaggio non esclusivamente ma *prevalentemente* femminile, l'adempimento della funzione familiare costituisce un elemento di cui non si può tenere conto ove si consideri il divario di genere nella rappresentanza un fenomeno multifattoriale. Certificate anch'esse dai dati statistici[100], infatti, le disparità di responsabilità familiari si traducono in altrettanto certificate disparità di accesso alla sfera pubblica, evidenziando, dunque, la necessità di capire come favorire la conciliazione tra tale funzione e l'impegno politico.

L'ultimo Rapporto BES dell'ISTAT mostra che le donne italiane dedicano, in media, molto più tempo al lavoro domestico e di cura rispetto agli uomini. In particolare, si registra un incremento dell'*indice di asimmetria nel lavoro familiare*, che misura, per le coppie di età compresa tra i 25 e i 44 anni, quanta parte del tempo dedicato al lavoro domestico da entrambi i partner occupati è svolto dalle donne. Tale indice ammonta al 61,8% (media 2021/2022), con la percentuale più alta nel Mezzogiorno (67,5%) rispetto al Centro (63,3%) e al Nord (58,8%)[101]. Nonostante alti livelli di istruzione sembrino offrire maggiore stabilità lavorativa alle donne[102], il titolo

[100] Gli effetti penalizzanti determinati dalla disparità di responsabilità nello svolgimento della funzione di cura, infatti, trova un sicuro riscontro nei dati statistici, i quali mostrano come, nonostante il livello di istruzione femminile sia cresciuto fino a superare quello maschile, la difficoltà di conciliare la cura della famiglia con la carriera continua ad ostacolare l'ingresso e la permanenza delle donne nella sfera pubblica, contribuendo, altresì, a disincentivare la natalità. Dal 2008, anno in cui il numero dei nati vivi ha registrato il più alto valore dall'inizio degli anni Duemila, i nati residenti in Italia sono sistematicamente diminuiti. In termini assoluti, la riduzione medio-annua ammonta a circa 13mila unità, quella relativa al 2,7%. Cfr. ISTAT, *Natalità e fecondità della popolazione residente anno 2022*, agg. al 26 ottobre 2023, p. 2, reperibile all'url.: *https://www.istat.it/it/files/2023/10/Report-natalita-26-ottobre-2023.pdf*.

[101] Come risulta da Istat, *Report sui livelli di istruzione e ritorni occupazionali*, spec. capitolo "*Donne più istruite e meno occupate: i divari si riducono al crescere del titolo*", pp. 101-102, reperibile all'url.: *https://www.istat.it/it/files/2022/10/Livelli-di-istruzione-e-ritorni-occupazionali-anno-2021.pdf*, il tasso di occupazione femminile è ancora molto più basso di quello maschile (55,7% contro 75,8%), nonostante il 65,3% delle donne abbia almeno un diploma (a fronte del 60,1% degli uomini) e le laureate arrivino al 23,1%, (contro il 16,8% degli uomini).

[102] La percentuale di dipendenti che vedono trasformato il loro contratto di lavoro da instabile a stabile è, infatti, maggiore per i lavoratori in possesso di titoli

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

di studio non influenza gli indicatori diretti a misurare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (sovraccarico di lavoro, asimmetria familiare e soddisfazione del lavoro). Nell'ultimo anno, infatti, i divari di genere nell'occupazione non soltanto non sono diminuiti ma, sono persino aumentati, con un incremento dell'*indice di asimmetria nel lavoro familiare* che evidenzia come il carico del lavoro domestico continui a gravare principalmente sulle donne.

Inoltre, la difficoltà per le donne di conciliare vita privata e lavorativa risulta certificata anche dalla *Relazione annuale sulle convalide delle dimissioni e risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri* dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro. Ai sensi dell'art. 55, comma 4, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, la risoluzione consensuale del rapporto o la richiesta di dimissioni presentate, rispettivamente, dalla lavoratrice durante il periodo di gravidanza e dal lavoratore o dalla lavoratrice durante i primi tre anni di vita del bambino, devono essere convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro competente per territorio. La Relazione per l'anno 2023 fotografa un profondo squilibrio di genere nei destinatari dei provvedimenti di convalida, di cui il 72,8% sono donne[103]. In particolare, la presenza più consistente dei destinatari di convalida si registra tra i 34 e 44 anni, ove le donne risultano 18.853 e gli uomini

di studio elevati. Sul punto, cfr. ISTAT, Rapporto BES 2022, Capitolo 3, *Lavoro e conciliazione dei tempi di vita*, reperibile all'url.: *https://www.istat.it/it/archivio/282920*. Dati confermati dal *Focus Gender Gap 2023* elaborato da Almalaurea, reperibile all'url.: *https://www.almalaurea.it/sites/default/files/2023-03/FOCUS-GENDER-GAP_2023.pdf*, p. 4, che dimostra come il divario in termini occupazionali e retributivi tra uomini e donne non dipenda dal grado di istruzione e specializzazione delle donne, quanto dalla difficoltà di conciliare la maternità con la carriera lavorativa. Se, infatti, il differenziale occupazionale tra laureati è di 2,3 punti percentuali in assenza di figli (il tasso di occupazione è pari al 90,3% per gli uomini e all'88,0% per le donne), tra i laureati con figli il differenziale sale a 22,8 punti percentuali (il tasso di occupazione degli uomini laureati con figli è pari al 94,4%, rispetto al 71,6% per le laureate con prole).

[103] Ispettorato Nazionale del Lavoro, *Relazione annuale sulle convalide delle dimissioni e risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri ai sensi dell'art. 55 del Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151*, aggiornata al 25 gennaio 2024, è reperibile all'url: *https://www.ispettorato.gov.it/attivita-studi-e-statistiche/monitoraggio-e-report/relazioni-annuali-sulle-convalide-delle-dimissioni-e-risoluzioni-consensuali-delle-lavoratrici-madri-e-dei-lavoratori-padri/*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

soltanto 8.812, confermando, per un verso, la struttura demografica del Paese, che vede una età media per le donne al primo figlio di 33 anni[104], e mostrando, per altro verso, come la fascia critica per restare nel mercato del lavoro sia proprio quella immediatamente successiva alla maternità (coincidente col primo anno di età del bambino), al punto che "il modello di beneficiario di convalida sembra essere «genitore di un figlio di età tra 0 e 1 anno, prevalentemente donna»"[105].

Profonde differenze di genere emergono altresì dai motivi alla base della risoluzione del rapporto di lavoro. Quanto alle convalide femminili, la motivazione prevalente è la difficoltà di conciliazione tra lavoro e cura del bambino (63,6%): il 41,7% ha collegato tale difficoltà all'assenza di servizi e il 21,9% a problematiche legate all'organizzazione del lavoro. Per gli uomini, invece, la motivazione prevalente del recesso è di carattere professionale: il 78,9% ha riferito che la cessazione del rapporto è avvenuta per passaggio ad altra azienda e solo il 7,1% la ha ricondotta ad esigenze di cura dei figli[106].

La mancanza di un sostegno strutturale nello svolgimento della funzione di cura, dovuto all'assenza o all'insufficienza di servizi quali asili nido, scuole a tempo pieno e servizi di cura per gli anziani, scarica sulle donne l'onere di organizzare soluzioni alternative, spesso a proprie spese, o, come si è appena visto, a recedere dai contratti di lavoro. In Italia, infatti, solo il 25% dei bambini di età compresa tra 0 e 2 anni ha un posto in asilo nido (contro l'obiettivo UE del 33%), con la conseguenza che 3 bambini su 4 restano esclusi; le liste d'attesa per asilo pubblico salgono al 56% negli anni 2022-2023 (erano 49% nel biennio 2021-2022) e si registra una situazione ancora meno edificante con riferimento ai nidi pubblici[107].

---

[104] Ispettorato Nazionale del Lavoro, *Relazione annuale sulle convalide delle dimissioni e risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri ai sensi dell'art. 55 del Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151*, cit., p. 4.

[105] *Ivi*, p. 5.

[106] *Ivi*, p. 20.

[107] Ansa, *8 marzo, maternità e famiglia pesano sul lavoro*, editoriale 8 marzo 2025, reperibile all'url.: *https://www.ansa.it/sito/notizie/economia/aziende/2025/03/08/8-marzo-maternita-e-famiglia-pesano-sul-lavoro-_1f15118b-b3c0-4fa1-8611-5e404a25aced.html*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

Ora, i dati brevemente ricostruiti restituiscono uno scenario complesso che fotografa lapalissianamente la difficoltà per le donne di accedere, in condizioni di parità con gli uomini, alla sfera pubblica in ragione della significativa asimmetria nella distribuzione del carico domestico. In un Paese in cui molte donne rinunciano al lavoro in ragione della difficoltà di conciliarlo con le responsabilità familiari, anche a causa dell'assenza di servizi che le supportino in tal senso, non stupisce, dunque, che le stesse rinuncino, in partenza, a intraprendere i rischi e costi di una candidatura e ad assumersi (anche) l'impegno politico. Al fine di scongiurare tale desistenza, si rendono necessari adeguate misure e strumenti di *welfare* capaci di supportare le donne nello svolgimento della funzione di cura. Alla già esistente legislazione di protezione della donna e della maternità[108], occorrerebbe, dunque, affiancare politiche capaci di favorire uno sgravio dal carico familiare delle donne, implementando, ad esempio, i servizi dell'infanzia, in attuazione di quanto prescritto a tutela della maternità e dell'infanzia dagli artt. 3 e 31 Cost., nell'ottica di favorire un'inversione di tendenza rispetto a quella registrata dalle evidenze statistiche.

Il fenomeno è ben noto al decisore politico che, da ultimo, con il "Piano per asili nido e scuole dell'infanzia e servizi di educazione e cura per la prima infanzia", finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU[109], mira ad aumentare l'offerta di strutture per l'infanzia mediante la costruzione, la riqualificazione e la messa in sicurezza di asili nido e scuole dell'infanzia, "al fine di garantire un incremento dell'offerta educativa e delle fasce orarie disponibili per la fascia di età 0-6 anni, migliorando in tal modo la qualità dell'inse-

[108] D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, «*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*».

[109] PNNR, *Missione 4 - Istruzione e Ricerca - Componente 1 - Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università - Investimento 1.1: "Piano per asili nido e scuole dell'infanzia e servizi di educazione e cura per la prima infanzia"*. Al riguardo, si v. il Decreto del Ministro dell'istruzione e del merito 17 marzo 2025, n. 51. Il 3 giugno 2025 sono stati riaperti i termini per le manifestazioni di interesse per la costruzione di nuovi asili nido nella fascia 0-2 anni e/o per la riconversione di edifici pubblici di cui all'Avviso pubblico prot. n. 41142 del 17 marzo 2025.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

gnamento, *incoraggiando la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e sostenendo i prestatori di assistenza nel conciliare vita familiare e vita professionale*"[110]. Al riguardo, tuttavia, deve essere rilevato che, nel 2024, sono stati utilizzati soltanto circa 817 milioni di euro (circa il 25% dei fondi complessivi) e, per il biennio 2024-2025, risultano stanziati solamente 400 milioni per asili nido. La difficoltà di spendere e utilizzare le risorse previste per la costruzione, riqualificazione e messa in sicurezza degli asili nido sono riconducibili alla scarsa adesione dei Comuni ai bandi previsti dal PNRR, in ragione, principalmente, della limitata disponibilità finanziaria iniziale degli Enti locali, che spesso non hanno le risorse per sostenere le spese preventive[111]. Difatti, nonostante sia stata prevista un'ulteriore dotazione di 734,9 milioni di euro, con l'obiettivo di creare almeno 150.480 nuovi posti per servizi di educazione e cura per la prima infanzia entro il 30 giugno 2026, con contestuale riapertura dei termini per sollecitare i Comuni a presentare manifestazioni di interesse, si rende necessario un ripensamento complessivo, anche in termini di allocazione territoriale della gestione e affidamento dei servizi per l'infanzia.

La difficoltà di garantire una copertura territoriale accettabile dell'offerta dei servizi dell'infanzia è, in parte, da ricondursi alla sussistenza, in materia, di un quadro regolatorio incerto, a partire dall'assetto di competenze tra Stato, Regioni ed Enti locali. Con riferimento agli asili nido, infatti, i Comuni esercitano le funzioni amministrative di regolazione locale e di gestione diretta o indiretta dei servizi tre mesi-tre anni e gestiscono le scuole dell'infanzia comunali paritarie; le Regioni esercitano la potestà legislativa concorrente sul-

[110] Dossier di studi della Camera dei Deputati, *Ulteriori disposizioni urgenti in materia di attuazione delle misure del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per l'avvio dell'anno scolastico 2025/2026*, *https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/D25045b.pdf?_1750251480218*, p. 65 (corsivo aggiunto). Al riguardo, si v. d.l. 7 aprile 2025, n. 45, recante «*Ulteriori disposizioni urgenti in materia di attuazione delle misure del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per l'avvio dell'anno scolastico 2025/2026*», in particolare art. 3, commi 1-2 e 3 (Rimodulazione delle risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza assegnate al Ministero dell'istruzione e del merito).

[111] M. Perrone, G. Trovati, *Asili nido, anche il nuovo bando fermo a 400 milioni su 800*, in *IlSole24ore*, 14 maggio 2025.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

l'organizzazione e caratterizzazione delle strutture e la funzione amministrativa di programmazione territoriale; infine, lo Stato determina i livelli essenziali delle prestazioni, definisce i principi fondamentali della materia e le norme generali sull'istruzione[112].

Come è noto, in materia, è intervenuta la riforma di cui al d.lgs. n. 65 del 2017, che, istituendo il sistema integrato di educazione e istruzione[113], ha cercato di ridisegnare i confini delle competenze nel tentativo di armonizzare il sistema scolastico della prima infanzia. Tuttavia, la frammentazione delle competenze e l'esclusiva attribuzione delle funzioni amministrative di gestione ai Comuni si traduce, tra le altre cose, in una sostanziale difficoltà di utilizzo delle risorse destinate alla implementazione dei servizi dell'infanzia con conseguenti disparità a livello territoriale.

Ora, alla luce di tali difficoltà e di una generale situazione di regressione dello Stato sociale, pensare a un cambio improvviso di sensibilità risulta poco realistico o, financo, utopistico[114]. Eppure, un intervento coordinato che, tra gli altri, incida su questo specifico settore risulta necessario per sostenere i prestatori di assistenza (*rectius* le donne) nel conciliare vita familiare e vita professionale e, dunque, per contribuire a superare la dicotomia tra *privato* e *pubblico*, che relega nel privato la cura, connotandola al femminile in forza del vecchio retaggio *natura-cultura* ricordato nelle pagine precedenti.

---

[112] In argomento, si v. A. Mari, *Il sistema integrato di educazione e di istruzione dell'infanzia come amministrazione nazionale a rete*, in *Federalismi.it.*, 2024, p. 95.

[113] D.lgs. 13 aprile 2017, n. 65, «*Istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera e), della legge 13 luglio 2015, n. 107*».

[114] Al riguardo, si v. R. Bin, *Rule of law e ideologie*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 38, secondo il quale: "(…) lo Stato sociale ha svolto il suo compito, nell'intento di assicurare un sistema di protezione sociale in grado di estendere le tutele e rafforzare le reti di sicurezza su cui i cittadini possono contare. Sono questi i traguardi mediamente conseguiti dagli Stati costituzionali moderni. Ma sono standard che non hanno alcuna applicabilità ai meccanismi decisionali che dominano il mercato globalizzato. L'internazionalizzazione dei mercati ha spostato grandi percentuali del potere decisionale lontano dalla vista dei cittadini, dal controllo democratico e dalla responsabilità politica".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

6. Come ogni tentativo di sintesi di fenomeni complessi, anche la presente riflessione sconta inevitabilmente dei limiti di semplificazione in ordine alla connessione, in termini causa-effetto, tra la difficoltà delle donne di accedere alle cariche politiche, da un lato, e la difficoltà per le stesse di conciliare il carico di lavoro domestico e il lavoro, dall'altro. Tuttavia, si è avuto modo di evidenziare il legame che sussiste tra il carico di responsabilità familiari e la concreta possibilità di assunzione dell'impegno politico, che si traduce, spesso, nella rinuncia, in partenza, a intraprendere una campagna elettorale.

Alla luce di quanto si è avuto modo di dimostrare nelle pagine precedenti, si può conclusivamente affermare che quello della sottorappresentanza delle donne nelle istituzioni politiche costituisce un fenomeno multifattoriale che per essere fronteggiato necessita che lo si approcci tenendo conto dei molteplici elementi che contribuiscono a determinarlo.

In particolare, attraverso l'analisi sullo stato di attuazione del principio di pari opportunità, sul suo carattere di prescrittività e sul concreto atteggiarsi della classe politica rispetto alle previsioni legislative in materia, si è visto che le misure di riequilibrio non sono di per sé sufficienti per favorire un riequilibrio di genere nella rappresentanza politica. Il che, tuttavia, non equivale ad affermare che tali misure abbiano esaurito la propria funzione. Anzi. I dati ricostruiti nel corso dell'indagine mostrano che quote di lista, obbligo di alternanza di genere, doppia preferenza di genere sono ancora necessarie, in termini di adeguatezza rispetto al fine, per assicurare parità di *chances* a soggetti (le donne) che ancora partono in condizione di svantaggio. Sebbene non costituiscano misure di azione positiva in senso stretto, nel cui novero possono essere, invece, ricomprese le cosiddette quote rose nei Consigli di amministrazione delle società o le *affirmative actions* statunitensi[115], le misure di riequilibrio in mate-

[115] In Italia, la l. 12 luglio 2011, n. 120, cosiddetta Legge Golfo-Mosca, ha introdotto un meccanismo volto a rendere più equilibrata la rappresentanza dei generi all'interno degli organi collegiali delle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati, nonché delle società, non quotate, controllate dalle pubbliche amministrazioni. La disciplina in materia è stata in seguito integrata dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP), nonché dalla Legge di bilancio per il 2020 e, da ultimo, dalla l. 5 novembre 2021, n. 162. Con riferimento alle *affirmative actions* statunitensi, per tutti, si v. D'Aloia, *Eguaglianza so-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

ria elettorale potranno cessare di essere previste all'interno delle leggi elettorali soltanto laddove non si debba più assicurare attuazione ai principi di cui agli artt. 51 e 117, comma 7, Cost. Fino ad allora, fino a che permane il divario di genere fotografato dalle evidenze statistiche, le misure volte ad assicurare parità di *chances* tra i candidati dovranno continuare a trovare applicazione in forza delle disposizioni richiamate nonché degli artt. 3, 48 e 49 della Costituzione.

Tali misure, però, da sole, non bastano.

Affrontare la sottorappresentanza femminile come un fenomeno multifattoriale significa, infatti, volgere lo sguardo verso tutti i versanti e settori dell'ordinamento giuridico in cui si realizza il divario di genere. In primo luogo, si è visto che occorre guardare al sistema di organizzazione della rappresentanza politica *latu sensu* inteso, avuto particolare riguardo alle logiche interne ai partiti e alla comunicazione politica. In secondo luogo, si è avuto modo di evidenziare che il grado di effettività del principio di pari opportunità di cui all'art. 51 Cost. passa necessariamente attraverso lo stato di attuazione del principio di eguaglianza nella vita privata e familiare (artt. 3, 29, 31, 37 Cost.), ed è, dunque, anche tale settore a dover costituire oggetto di precipua attenzione da parte del legislatore.

Del resto, l'intima connessione che sussiste tra sfera privata e sfera pubblica non costituisce un fenomeno inedito. La storia, infatti, ci ha insegnato che, per scongiurare la loro partecipazione alla vita della *polis* e della *res publica*, le donne sono state a lungo confinate nelle mura domestiche, facendo leva su un'asserita *naturale* funzione procreativa e di cura. La storia ci ha, altresì, insegnato che le donne sono riuscite a uscire dalla sfera privata grazie al riconoscimento dei diritti fondamentali, primo tra tutti quello all'istruzione. Attraverso un lento processo evolutivo, come si è visto, il livello di istruzione femminile è cresciuto al punto da superare quello maschile, consentendo alle donne di raggiungere posizioni, un tempo, loro precluse.

Oggi, dunque, la situazione è sicuramente cambiata. L'*essenziale funzione familiare* di cui all'art. 37 Cost. ha assunto un nuovo significato e le donne italiane dell'era dell'intelligenza artificiale non si

---

stanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale, cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

sentono certo più rappresentate dalla narrazione dell'angelo del focolare. Eppure, ora come allora, la sostanziale difficoltà ad uscire dalla sfera privata può continuare a tradursi nella sostanziale impossibilità di accedere, in parità di condizioni con gli uomini, alla sfera pubblica. Pertanto, a fronte di una perdurante asimmetria di genere nello svolgimento della funzione di cura, per favorire una maggiore partecipazione delle donne alla vita politica-istituzionale del Paese, si rendono necessarie misure che le sostengano nel conciliare le responsabilità familiari con l'impegno politico. Altrimenti, come ammoniva Lucien Febvre, «la storia, se la si ignora, si vendica»[116].

Abstract

Il lavoro intende dimostrare che la sottorappresentanza femminile nelle istituzioni politiche costituisce un fenomeno multifattoriale determinato da un molteplice ordine di ragioni, non soltanto di carattere storico ma anche sistemico. In particolare, il saggio sostiene che l'asimmetria di potere tra i generi nella sfera pubblica è da ricondurre, per un verso, al sistema di organizzazione della rappresentanza politica (dall'organizzazione dei partiti all'applicazione delle misure di riequilibrio e della "*par condicio* di genere" nella comunicazione politica) e, per altro verso, alla difficoltà per le donne di conciliare l'impegno politico con la loro *essenziale funzione familiare*. Dimostrata la sussistenza di un legame tra la difficoltà di accesso alla sfera pubblica e la difficoltà di conciliare le responsabilità familiari con l'impegno politico, il lavoro evidenzia come, per ridurre il divario di genere nella rappresentanza, si renda necessario un intervento normativo coordinato volto a superare la visione dicotomica tra *pubblico* e *privato*, che, in forza di un retaggio del passato, relega nel privato la funzione di cura, connotandola al femminile.

The essay aims to demonstrate that the under-representation of women in political institutions is a multifactorial phenomenon determined by a variety of reasons, not only historical but also systemic. In particular,

[116] L. Febvre, *Combats pour l'histoire*, Paris, A. Colin, 1953, p. 67 ss. La frase «la storia, se la si ignora, si vendica» viene spesso citata come sintesi del pensiero storico dell'A., il quale in tutte le sue opere insiste sull'idea che la storia non è inerte, che dimenticare il passato comporta conseguenze perché le cause dimenticate riaffiorano sotto altre forme.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

the essay argues that the asymmetry of power between the genders in the public sphere can be traced, on the one hand, to the system of political representation (internal organisation of parties; methods of selecting candidates; application of rebalancing measures and respect for "gender parity" in political communication) and, on the other hand, to the difficulty for women to reconcile political commitment with their "essential family role". Having demonstrated the existence of a link between the difficulty of accessing the public sphere and the difficulty of reconciling family responsibilities with political commitment, the study highlights how, in order to reduce the gender gap in representation, coordinated regulatory intervention is needed, acting on several fronts in an attempt to overcome the dichotomous view of the public and private spheres, which, due to a legacy of the past, relegates the role of care to the private sphere, connoting it as feminine.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-1-Cecchini

Giovanni Cocco

QUALCHE VECCHIA E NUOVA IDEA SUL PERCHÉ È GIUSTIFICATO PUNIRE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La definizione di pena. – 3. Gli interrogativi fondamentali sulla pena. – 4. Le ragioni critiche degli abolizionisti. – 5. Le risposte all'abolizionismo. – 6. Le giustificazioni della punizione dei reati. Le innovazioni del diritto penale dell'Illuminismo. – 7. Il *libero arbitrio* o l'*agire comunicativo* alla base delle più importanti concezioni della pena. – 8. Lo scopo della pena come special e general prevenzione negativa nei classici. – 9. Le concezioni retributive. – 10. La prevenzione speciale. – 11. Intuizioni e limiti del Programma di Marburgo di von Liszt. – 12. La scuola tecnico-giuridica. – 13. Il perseguimento della prevenzione speciale positiva nel Dopoguerra. – 14. La crisi del modello correzionale e la emersione di un nuovo retribuzionismo. – 15. La dottrina del nuovo retribuzionismo. – 16. La spiegazione neo-retribuzionista della pena statale. – 17. Il carattere espressivo e comunicativo della pena. – 18. La prevenzione generale positiva. – 19. Conclusioni sulla prevenzione generale positiva. – 20. Come comunicare la censura? Metodi simbolici e duri di comunicazione. – 21. Gli antigiustificazionisti. – 24. Conclusioni.

1. Ho già presentato le mie considerazioni motivate sul fondamento della pena[1], essenzialmente nel senso della general-prevenzione negativa limitata. Questo lavoro, invece, propone una analisi critica, con una lettura diacronica, seppure per grandi linee e selezioni personali, delle posizioni presenti nel dibattito internazionale, con particolare riguardo, in primo luogo, alle concezioni abolizioniste; inoltre, a quelle special-preventive in quanto poste a fondamento

[1] Cocco, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 1/2020, 1 ss., delle conclusioni raggiunte la ricostruzione critica operata in queste pagine delle diverse tesi storicamente e attualmente proposte in letteratura costituisce il presupposto indispensabile.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

dell'ordinamento penale; infine, alle concezioni retribuzioniste e a quelle ad esse equiparabili.

Secondo uno schema classico risalente quanto meno a Binding[2], occorre premettere che l'individuazione di ciò che può essere delitto (o illecito penale o reato nel nostro linguaggio) e, dunque, della norma che vieta un comportamento o lo impone, è questione pregiudiziale e differente dalla sanzione penale della sua violazione, distinzione concettuale che mantiene la sua vitalità in una epoca in cui il pluralismo culturale tipico delle società liberal-democratiche rende ancor più necessario interrogarsi sul delitto[3], il quale richiede un autonomo fondamento rispetto alle considerazioni relative alla sanzione della sua violazione. Binding espressamente parlò anche di un delitto senza pena[4], sottolineando che la pena è un male non solo per il reo, ma anche per lo Stato, sia in termini di amministrazione della giustizia e penitenziaria, di cui sono a tutti noti i costi economici e gli sforzi istituzionali, sia quale lesione degli interessi giuridici del condannato, dei suoi familiari e della comunità[5], per la quale, pur riportando benefici (vedremo se irrinunciabili), il male inflitto ad uno dei suoi membri è pur sempre negativo. In definitiva la pena costituisce una amara necessità[6] che ha bisogno di una seria giustificazione, autonoma rispetto alla individuazione del delitto.

---

[2] BINDING, *Die Normen und ihrer Übertretung*, Leipzig, 4 vol., dal 1872 al 1920 [nuova ed., Aalen, 1991, I, 83 s.]; in tema ROBLES PLANAS, *Dogmática de los límites al Derecho penal*, in HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS, ROBLES PLANAS (cur.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, 2012, 22 ss. [ed. ted., HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006].

[3] Ho approfondito il tema in altri lavori: COCCO, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, in questa rivista, 1/2023, 31 ss.; ID., *La voce e i contenuti della legge penale liberale. Elementi teorici e spunti applicativi*, in *Penale. Diritto e procedura*, 1/2023, 7 ss.

[4] BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1879, Leipzig, 8ª ed. 1913 [nuova ed., Aalen, 1975] (trad. di MORETTINI, *Compendio di diritto penale*, Roma, 1927), 232 ss.; ID., *Das Problem des Strafe in der heutigen Wissenschaft*, in *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, I, *Strafrecht*, München, Leipzig, 1915, 82 ss.; ID., *Die Normen und ihrer Übertretung*, cit., 426 ss.

[5] BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, cit., 233.

[6] *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches - Allgemeiner Teil*, Tübingen 1966, 2ª ed. 1969, 29.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Affrontando il tema delle teorie sulla pena, l'esperienza impone di rilevare che «la storia delle pene, in molte sue pagine, non è meno disonorevole per l'umanità che quella dei delitti»[7], si comprende dunque perché, per non ricadere negli stessi errori, sia necessario approfondire in termini generali nozione e giustificazione della pena, prima di affrontare i problemi che pone la materia penale: dalla continua pretesa di un incremento delle sanzioni edittali, alla c.d. certezza della pena (intesa oggi fondamentalmente quale pena detentiva) nel senso della immancabile esecuzione della stessa. Sono, dunque, necessarie basi non intuitive e spesso irrazionali, ma fondate sulla riflessione filosofica, sociologica e della dogmatica penalistica, di cui si proverà a rendere – molto parzialmente e in estrema sintesi, non come analisi storica (per la quale non basterebbe una biblioteca), ma come una sorta di costruzione di un percorso logico-ricostruttivo inevitabilmente personale[8] – lo stato dell'arte.

Le letture proposte, pur necessariamente limitate rispetto a una sterminata letteratura, sono però originali rispetto a quelle tradizionali del diritto penale continentale e italiano in particolare[9], attingendo al dibattito anglo-americano. Originale mi pare anche il tentativo, da dogmatico e pragmatico cultore del diritto penale positivo, di confrontarmi con letture filosofiche, non per filosofare anch'io ma per inserirle nel circuito degli esperti di diritto positivo, per cui occorre tenere anche presente che argomenti contraddittori possono provenire da settori che spesso non sono comparabili[10].

---

[7] DEL VECCHIO, *Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena*, in *Scritti Carnelutti*, I, Padova, 1950, 100 ss.

[8] In materia pretendere di affermare una posizione scientifica è decisamente forzato, del resto la stessa nozione e i principi del diritto penale sono strettamente legati al modello statuale in cui si inserisce e a cui si aderisce. Ciò non vuol dire cedere all'idea che il diritto penale sia politica, ovvero lo è nel senso più nobile ed elevato, ma quando si afferma comunemente è perché lo si vuole ridurre alla pratica quotidiana, ad una eccessiva personalizzazione delle posizioni, ad una faziosità che vuol scendere nell'agone della contesa partitica contingente.

[9] Per una eccellente recente analisi *tradizionale*, che attinge prevalentemente alla letteratura nazionale e tedesca, rinvio a DONINI, *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2024.

[10] Così NAUCKE, *Strafrecht, Eine Einführung*, Neuwied, 10ª ed., 2002, 55 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

L'obiettivo è quello di ampliare gli orizzonti e le conoscenze del lettore affinché possa giungere a conclusioni personali su una base critica più ampia di quella di partenza

2. Aiutano ad affrontare l'argomento alcune premesse concettuali[11], in primo luogo, la *definizione* del concetto giuridico di pena deve essere tenuta distinta dalla sua *giustificazione*, non è infatti corretto presupporre che la pena possa essere giustificata, sebbene si tratti di un assunto implicito di gran parte della discussione filosofica e giuridica, occorre invece essere aperti alla soluzione contraria. D'altra parte, è più corretto parlare di *giustificazione* invece di *funzione della pena* giacché quest'ultima terminologia presuppone che la pena abbia una funzione[12], che è invece il *thema decidendum*.

Come primo passo è pertanto necessario fornire un abbozzo di definizione *neutrale* di pena, cioè che non incorpori per così dire la sua giustificazione: si tratta dell'imposizione da parte di un soggetto che ne ha l'autorità (sulla base dell'ordinamento giuridico) di privazioni o diminuzioni[13] della libertà, della *privacy*, di denaro, in alcuni

[11] Cfr. HART H.L.A., *Prolegomenon to the Principles of Punishment* (1959), rist. in HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, 1 [trad. di Jori, *Responsabilità e pena: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1981]; RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *Phil. R.* 1955, 3 [trad., *Due concetti di regola*, in *La giustizia come equità. Saggi 1951-1969*, a cura di Ferranti, Napoli, 1995].

[12] Vale a dire «l'efficacia della pena: in altri termini, gli effetti che produce e in vista dei quali essa è adottata dallo Stato», così ad esempio ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 15ª ed., agg. Conti, Milano, 2000, 677.

[13] La formulazione classica, ad esempio in HOBBES, *Leviathan* (1651) [trad., *Leviatano*, Milano, 2001]. È tradizionale il dibattito se la caratteristica della pena sia infliggere sofferenze (CHRISTIE, *Limits to Pain*, London, 1981 [trad., *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, 1985], parla di 'pain-delivery'), che si presta a evidenti obiezioni, oppure costituire un qualcosa di gravoso (in tema WRINGE, *Must Punishment Be Intended to Cause Suffering?*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2013, 863 ss.; ID., *Punishment, Jesters, and Judges: A Response to Nathan Hanna*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2019, 3 ss.; HANNA, *The Nature of Punishment: Reply to Wringe*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2017, 969 ss.; ID., *The Nature of Punishment Revisited: Reply to Wringe*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2020 89 ss. Definisce la pena in riferimento alla *sofferenza* causata piuttosto che alle *privazioni* (nella manualistica italiana, per tutti ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 673).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

ordinamenti addirittura della vita, o di altri beni giuridici (o diritti) della persona, o l'imposizione di speciali oneri (trascorrere del tempo in lavoro comunitario non retribuito, presentarsi regolarmente a un addetto alla libertà vigilata, intraprendere impegnativi programmi di vario genere), a carico di una persona riconosciuta colpevole di un reato.

Questa definizione evidenzia i caratteri essenziali della pena[14]: (1) ha fondamento nell'ordinamento giuridico ed è, dunque, una istituzione umana; (2) è imposta dall'autorità competente in presenza di un *reato*; (3) priva di diritti o beni (seppure ne sia controversa la individuazione) l'autore del reato in coerenza con la natura di quest'ultimo che (fra l'altro) viola diritti o beni della vittima; (4) è imposta su persone che si reputa abbiano agito illecitamente (base e correttezza di tale convincimento nei singoli casi possono essere controverse) ed è condizione necessaria (e sufficiente) della sua giustificazione che la colpevolezza sia affermata dagli organi giurisdizionali mediante il processo penale ancorché tale giudizio sia errato; (5) non implica, per definizione, una specifica, esplicita funzione o scopo, ma è coerente con diversi funzioni o scopi che pur deve perseguire, su cui dobbiamo interrogarci; (6) non tutte le privazioni previste dall'ordinamento giuridico costituiscono pene, ma solo quelle inflitte in conseguenza dell'accertamento di una responsabilità penale, non invece di una responsabilità esclusivamente civilistica o amministrativa o fiscale[15].

Secondo una posizione sostanzialistica le *privazioni penali* si distinguono da quelle non penali essenzialmente perché queste ultime non esprimono (o esprimono in misura molto minore) una condanna sociale ovvero una *riprovazione etico-sociale*[16]. Peraltro, tradizional-

[14] Per tutti, DUFF, *Legal punishment*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (online), 2013; BEDAU, KELLY, *Punishment*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (online), 2010.

[15] In tema rinvio alla sintesi proposta in COCCO, *La materia penale*, in COCCO, AMBROSETTI (cur.), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, I/1 - *La legge penale*, 3ª ed., Padova, 2023, 3 ss.

[16] Cfr. FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in *The Monist* 1965, 397 [anche in *Doing and deserving: Essays in the Theory of responsibility*, Priceton, 1970, 95; e in DUFF, GARLAND (cur.), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994]; BE-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

mente si afferma, sotto il profilo strettamente tecnico-giuridico, che la differenza tra la pena e le altre sanzioni previste dall'ordinamento giuridico è meramente quantitativa o formale[17]; nella dogmatica italiana, in particolare, si parla di sanzione pubblica inflitta dall'autorità giudiziaria con le forme e le garanzie del procedimento penale[18]. Nel nostro codice penale il concetto di pena è coerente con la definizione accolta, come si evince dall'elenco di pene principali (art. 17) e accessorie (art. 19).

3. Così definita la pena si deve rispondere – liberi da preconcetti, spesso fuorvianti – alle tre celebri domande di H.L.A. Hart (1907-1992)[19]. (1) *In primis*, quale è la ragione generale che giustifica un ordinamento penale, cioè quale bene può conseguire e/o quale obbligo soddisfa la sua esistenza. (2) Inoltre, quali principi o scopi determinano la applicazione della pena a ciascun individuo. (3) Infine, come va individuata la pena da infliggere, sotto il profilo dell'entità e della tipologia appropriate in generale e con riguardo a particolari crimini[20].

DAU, *Feinberg's Liberal Theory of Punishment*, *Buffalo Criminal L.R.* 2001, 103; DUFF, *Legal punishment*, loc. cit.; HOSKINS, DUFF, *Legal punishment*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021; VON HIRSCH, *Punishment, Penance and the State*, in MATRAVERS (cur.), *Punishment and Political Theory*, Oxford, 1999, 69 ss.; FRISCH, *Umstände der Strafzumessung außerhalb der Tat*, in *FS Jareborg*, Uppsala, 2002, 222 ss.; SEHER, *Kann Strafrecht 'subsidiär' sein? Aporieneines 'unbestrittenen' Rechtsgrundsatzes*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles*, cit., [*¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico «indiscutido»*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS, ROBLES PLANAS (cur.), *Límites al derecho penal*, cit.], 141 ss.; MIR PUIG, *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, 2011, 7/59; BVerG 16.7.1969 - 2 BvL 2/69, BVerGE 27, 18; BVerG 9.11.1976 - 2 BvL 1/76, BVerGE 43, 101; BVerG 20.3.2002 - 2 BvR 794/95, BVerGE 105, 135.

[17] GRACIA MARTÍN, in GRACIA MARTÍN, BOLDOVA PASAMAR, ALASTUEY BOLDON, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2004, 30 ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, *Parte General*, I, Madrid, 6ª ed., 2004, 43 ss.

[18] Per tutti ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 673.

[19] HART H.L.A., *Prolegomenon to the Principles of Punishment* cit., 1-27; inoltre, RAWLS, *Two Concepts of Rules*, loc. cit.; QUINN, *The Right to Threaten and the Right to Punish*, in *Phil. & Pub. Affairs*, 1985, 327.

[20] DUFF, *Legal punishment*, loc. cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Differenziando utilmente le diverse domande a cui una teoria della pena dovrebbe rispondere, Hart ha reso possibili risposte diverse a queste domande[21], quindi si può privilegiare il consequenzialismo per la giustificazione dell'istituzione della pena in generale, mentre si può scegliere il retribuzionismo quando si tratta di giustificare l'irrogazione della punizione in un caso particolare[22].

Quest'ultimo tema concerne, in particolare, la c.d. *teoria del sistema di pene*, il cui oggetto è la definizione e la determinazione degli strumenti operativi mediante i quali rendere possibile la realizzazione pratica dei fini della pena coerentemente con il fondamento e i principi che la legittimano, che comprende tre settori: il diritto dei tipi di pena, il diritto della applicazione e determinazione della pena, e il diritto della esecuzione della pena[23].

È chiara, dunque, la distinzione tra la giustificazione della pena quale istituto, ovvero la giustificazione dell'ordinamento penale, dalla giustificazione della inflizione in concreto della pena, perché, da un lato, può esservi un sistema che legittimamente prevede la pena senza che vi sia alcuna occasione di infliggerla (ad esempio, non vi sono reati o rei accusati e condannati); e, dall'altro, l'istituto della pena può essere giustificato anche quando non lo sia la sua applicazione in uno specifico caso.

È utile ribadire perché è necessario giustificare l'istituto della pena[24], la quale non è un fatto naturale ma una istituzione umana deliberatamente organizzata e praticata e ha solamente un'affinità storica o biologica con le ritorsioni o gli altri atti aggressivi che pos-

---

[21] Cfr. DUBBER, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2006, 679 ss.

[22] Tra gli altri, EDWARDS, SIMESTER, *Prevention with a Moral Voice*, in SIMESTER, DU BOIS-PEDAIN, NEUMANN (cur.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014. Una applicazione di tale impostazione ad esempio, in COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, loc. cit.; ID., *Nothing works: per il recupero della giustificazione liberale della applicazione e della esecuzione della pena*, in *IP*, 2020, 288 ss. Di recente, cfr. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 74 ss.

[23] GRACIA MARTÍN, in GRACIA MARTÍN, BOLDOVA PASAMAR, ALASTUEY BOLDON, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., 32 ss.

[24] Cfr. l'analisi condivisibile di BEDAU, KELLY, *Punishment*, loc. cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

siamo trovare fra gli animali o col naturale risentimento che l'aggressione non provocata suscita[25]. Non è nemmeno una istituzione sociale di base necessaria, concettualmente o empiricamente, ad ogni società per perfezionare la cooperazione sociale e umana, ma è una testimonianza della fragilità umana e può decidersi razionalmente di farne a meno. In particolare, la pena, come abbiamo già detto, qualsivoglia possano esserne i benefici, causa costi considerevoli per tutti i soggetti coinvolti, pertanto ogni società, specialmente le democrazie costituzionali e liberali, deve offrirne un fondamento razionale. La questione è resa ancor più seria dall'ampiezza con cui la società preferisce sopportare i costi della pena piuttosto che quelli degli interventi sociali alternativi volti alla prevenzione del crimine e alla soddisfazione delle sue vittime[26]. A ciò va aggiunto che la pena mette in mano a talune persone i destini di altre e, pertanto, può essere una occasione di abuso del potere, debbono pertanto essere garantiti l'autorevolezza e il legittimo agire di chi ha il potere di punire.

4. La necessità di giustificare la pena è imposta, in particolare, per l'esistenza di una significativa corrente abolizionista o antigiustificazionista, risalente agli *utopisti* Tommaso Moro (1478-1535)[27] e Tommaso Campanella (1568-1639)[28] e, agli albori del diritto penale contemporaneo, alle tesi di Leone Tolstoi (1828-1910)[29] e Robert Owen (1771-1858)[30], secondo cui il criminale non è tale per natura, ma lo diventa a causa di una errata educazione e con il concorso di fattori di cui non è responsabile, pertanto, è ingiusto punire chi non ha colpa.

---

[25] Per qualche considerazione difforme vedi ROBINSON, *Criminal law's core principles*, in *Washington Un. Jurisprudence R.*, 2021, 153 ss.

[26] CURRIE, *Confronting Crime: An American Challenge*, New York, 1985.

[27] MORO T., *Utopia* (1516), rist. Bari, 2006.

[28] CAMPANELLA, *La città del sole*, 1623.

[29] TOLSTOI, *Resurrezione*, trad. Roma, 1899. In tema FALKNER, *Straftheorie von Leo Tolstoi*, Berlin, 2021.

[30] OWEN, *A New View of Society and other Essays* (1816), London, 1927.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Le tesi abolizioniste contemporanee[31] – le quali, pur irrealistiche, non vanno sottovalutate perché ci ricordano che i mezzi a cui è legata ogni istituzione penale sono moralmente problematici – non si limitano a censurare la pratica penale attuale, si potrebbe dire quale ne sia il fondamento, e dunque non si limitano a richiedere una profonda riforma delle istituzioni penali, ma più radicalmente escludono qualsiasi giustificazione di principio all'ordinamento penale.

Essenzialmente propongono tre ragioni critiche: *in primo luogo*, la pretesa del diritto penale di indicare come si deve vivere e di imporsi contro la volontà dei destinatari, è considerata un illegittimo tentativo del potere politico di imporre una conformità alla morale in società caratterizzate per contro da radicale eterogeneità morale, con ciò negandosi a coloro che non condividono tali posizioni la libertà di pensare e vivere come meglio credono. *In secondo luogo*, si afferma che il diritto penale, definendo e trattando la condotta come reato e trasportando la questione nel contesto professionalizzato della giustizia penale, in cui né alla vittima né all'offensore è attribuito un ruolo adeguato o utile, sottrae o *ruba* i conflitti o i problemi a coloro ai quali propriamente appartengono[32]: la vittima e l'offen-

[31] V. ad es. BEDAU, *Punitive Violence and Its Alternatives*, in Brady, Garver (cur.), *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia, 1991, 193 ss.; CHRISTIE, *Limits to Pain*, loc. cit.; ID., *Conflicts as Property*, in *British J. of Crim.*, 1977, 1 ss.; DAVIS A., *Are Prisons Obsolete?*, New York, 2003; HULSMAN, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, in *Contemporary Crises*, 1986, 63 ss.; ID., *The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies*, in *ILR*, 1991, 681 ss.; ID., *Alternative alla giustizia criminale*, in Curi, Palombarini (cur.), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 305; MATHIESEN, *Prison on Trial*, London, 1990; BIANCHI, *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Bloomington, 1994; BIANCHI, VAN SWAANINGEN (cur.), *Abolitionism: Towards a Non-Repressive Approach to Crime*, Amsterdam, 1986; de HAAN, *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*, London, 1990; ZEHR, *Changing Lenses: a New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale (Pa.), 1990; VAN NESS, *New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice*, in *CLF*, 1993, 251; WALGRAVE, *Beyond Rehabilitation: in Search of a Constructive Alternative in the Judicial Response to Juvenile Crime*, in *European J. on Criminal Policy and Research*, 1994, 57 ss. Critici di tali posizioni, per tutti, ASHWORTH, *Some Doubts about Restorative Justice*, in *CLF*, 1993, 277 ss.; DUFF, *Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment*, in *Crime and Justice*, 1996, 67 ss.; VON HIRSCH e altri, *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, 2003.

[32] CHRISTIE, *Conflicts as Property*, cit., 1 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

sore, invece di consentire (anche aiutandoli) che chiariscano il loro conflitto e trovino le soluzioni giungendo al risarcimento dei danni con l'aiuto della comunità locale. *In terzo luogo*, si sottolinea la necessità di un processo rivolto al futuro e cioè alla riparazione dei danni causati, alla riconciliazione delle persone coinvolte nel conflitto e, quindi, al ripristino dei rapporti danneggiati dal conflitto, all'opposto della pena, che riflette un punto di vista primitivo volto al passato e legato alla giustizia retributiva. Quest'ultimo argomento appartiene alla discussione sulla sanzione penale più che alla nozione di reato: ma vedremo che i modelli consequenzialista e retributivo di giustificazione della pena possono sovrapporsi a quelli relativi al contenuto del reato.

Per gli abolizionisti, in particolare, occorre eliminare il concetto di reato dal nostro vocabolario sociale e parlare di *conflitti* o *disturbi*[33]. L'assunto, in verità, sembra presupporre che *il reato* comporti come risposta appropriata *la pena*, sebbene a rigore ciò non sia esatto perché possiamo immaginare una legislazione penale senza pena, poiché definire una condotta come un *reato* – trattandosi di un illecito che propriamente concerne la intera comunità politica – implica effettivamente che sia necessaria una qualche risposta pubblica[34], ma tale risposta potrebbe consistere semplicemente, ad esempio, in un processo penale che chiami il presunto malfattore a rispondere della offesa arrecata e lo condanni quando ne accerti la colpevolezza[35], potendo essere ritenuta la condanna penale una specie di pena, per quanto non si tratti della pena che va eseguita dopo la condanna della quale discutono principalmente gli studiosi del diritto penale[36].

---

[33] CHRISTIE, *Conflicts as Property*, loc. cit.; HULSMAN, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, loc. cit., 63 ss.

[34] In tema, ampiamente, i miei saggi citati in nota 2.

[35] V. avanti, §§ 17 ss., le considerazioni sulla pena come comunicazione morale; la dottrina continentale, spesso criticamente, parla di funzione simbolica della pena.

[36] DUFF, *Legal punishment*, loc. cit. Va rilevato (cfr. EDWARDS, *Theories of Criminal Law*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, § 2) che, secondo alcuni (GARDNER, *Offences and Defences*, Oxford, 2007, 80; DUFF, *Towards a Theory of Criminal Law*, in *Aristotelian Society Supplementary*, 2010, 16), la funzione centrale

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Per queste tesi, dunque, i conflitti debbono devolversi agli interessati, sopprimendo un diritto penale che agisce negativamente tanto rispetto all'autore, perché lo spinge a continuare la sua carriera criminale, quanto rispetto alla vittima, perché non persegue il suo legittimo interesse ad essere risarcita. Si tratta, in particolare, del c.d. movimento della giustizia ristorativa, il cui tema centrale è che il reato rende necessario un processo di riparazione o restaurazione tra offensore, vittima e altre parti interessate, che non viene realizzato dal processo penale, ma attraverso programmi di mediazione o di riconciliazione che portano vittima, offensore e le altre parti interessate a discutere insieme di ciò che è accaduto e di come farsene carico[37]. Per gli abolizionisti non si tratta di introdurre la riparazione nel diritto penale, di cui ho in altra sede esaminato la recente valorizzazione nel nostro ordinamento penale[38], ma di sostituire completamente quest'ultimo, rimpiazzando la pena con altre soluzioni, tra cui la riparazione[39].

---

svolta dal diritto penale è quella di chiamare i sospettati a rendere conto nei tribunali penali, visione che pone il processo penale al centro del diritto penale nel suo insieme (DUFF, *Relational Reasons and the Criminal Law*, in Green, Leiter (cur.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (v. 2), Oxford, 2013, 196).

[37] MATTHEWS (cur.), *Informal Justice*, London, 1988; DALY, IMMARIGEON, *The Past, Present, and Future of Restorative Justice*, in *Contemporary J. R.* 1998, 21; VON HIRSCH, ASHWORTH (cur.), *Principled Sentencing*, Oxford, 2ª ed., 1998, cap. 7; VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING, *Restorative Justice: A "Making Amends" Model?*, in VON HIRSCH, ASHWORTH, *Proportionate Sentencing*, Oxford, 2005, 110 ss.; VON HIRSCH et al, *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, 2003; BRAITHWAITE, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in *Crime and Justice*, 1999, Chicago, 1 ss.; WALGRAVE (cur.), *Restorative Justice and the Law*, Devon, 2002; LONDON, *Crime, Punishment, and Restorative Justice*, Boulder, 2011; JOHNSTONE, *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*, Londra, 2ª ed., 2011; ID., *A Restorative Justice Reader*, Cullompton, Devon, 2ª ed., 2012.

[38] COCCO, *L'autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto verso le riforme*, in *Ind. Pen.* 2/2023, 3 ss.

[39] V. le precisazioni di ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in SCHÖCH (cur.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, 37 ss. (trad., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *RIDPP*, 1987, 3 ss.); MAIER, *La víctima y el sistema penal*, in *Jueces para la Democrazia* 1991, n. 1, 35; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000, 129.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

In proposito si distinguono[40] le tesi abolizioniste in senso stretto da quelle c.d. *sostituzionaliste* che propugnano non tanto la abolizione del diritto penale quanto la sostituzione con trattamenti pedagogici e terapeutici[41].

Dalle tesi abolizioniste vanno distinte anche le tesi *depenalizzatrici*, che pretendono la depenalizzazione e il trasferimento al diritto civile dei casi per la cui adeguata soluzione è sufficiente la riparazione del danno, richiedendo tuttavia che la quantificazione della riparazione contenga anche elementi punitivi che la dotino di efficacia dissuasoria; in altre parole, si tratta[42], invece della abolizione del diritto penale, della penalizzazione del diritto civile, a cui si attribuisce almeno in alcuni casi la capacità di adempiere le funzioni simboliche e di affermazione del diritto che si considerano proprie del diritto penale[43]. Ovvero, si vuole sostituire la pena con un sistema di restituzioni forzate alle vittime e alla società[44], di cui occorre però individuare oggetto e ammontare, dovendo concernere non solo il danno provocato, ma l'illecito commesso.

Occorre evidenziare, peraltro, che lo stesso Alessandro Baratta (1933-2002), importante assertore della criminologia critica e della politica penale alternativa, pur sottolineando che l'obiettivo finale della strategia alternativa è la abolizione dell'istituzione carceraria, evidenzia che i passaggi per raggiungere tale obiettivo sono multipli e differenziati e passano attraverso l'estensione del sistema delle misure alternative, un ampliamento delle forme di sospensione condi-

---

[40] FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 8ª ed., 2004, *passim*.

[41] Cfr. PAVARINI, *El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo*, in *Poder y control* 1987, 1, 141 ss.

[42] V. SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales de reparación a la víctima*, in Romeo Casabona (cur.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, La Laguna, 1993, 340 ss.

[43] Un esempio è costituito dalla *sanzione pecuniaria civile* introdotta su delega *ex* art. 2, co. 3, lett. *a*), *c*), *d*), *e*), l. n. 67/2014, dal d.lgs. attuativo n. 7/2016 (per un cenno COCCO, *L'autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto verso le riforme*, cit., § 3.

[44] Cfr. BARNETT, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, in *Ethics*, 1977, 279 ss.; BOONIN, *The Problem of Punishment*, New York, 2008, cap. 5; TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

zionale e di libertà condizionale, la introduzione di forme di esecuzione della pena privativa della libertà in regime de semilibertà, la applicazione e la estensione del regime dei permessi, infine, la rivalorizzazione del lavoro carcerario[45]. Precisa, inoltre, che la contrazione e/o il superamento della pena detentiva deve precedere e non seguire il superamento del diritto che regola il suo esercizio, poiché sarebbe molto pericoloso abbandonare le garanzie legali e costituzionali dello stato di diritto che disciplinano l'esercizio della funzione penale, e che, d'altra parte, parlare del superamento del diritto penale non significa negare l'esistenza di altre forme di controllo sociale della condotta deviante[46].

5. Le tesi abolizioniste sono utili perché aiutano a evidenziare le caratteristiche proprie del sistema penale, il quale dichiara pubbliche talune regole di condotta (illecito pubblico), ne pretende il rispetto anche da parte di coloro che non le condividono e si occupa della loro violazione, che non è considerato un problema esclusivo di chi è immediatamente coinvolto ma dell'intera comunità politica[47]. L'intervento pubblico può aiutare le persone vulnerabili a ottenere ciò che è loro dovuto ed evitare che i potenti prevarichino i più deboli impunemente nonché ridurre la probabilità che la vendetta generi conflitti violenti negativi per tutti[48]. Vi è chi fonda il diritto penale proprio sul contributo che offre per trasformare le nostre relazioni da relazioni di dipendenza reciproca in relazioni di indipendenza dal potere altrui[49].

---

[45] BARATTA, *Criminologia crítica e política criminale alternativa*, in *QC*, 1977, f. 3, 339 ss.

[46] BARATTA, *Criminologia crítica e política criminale alternativa*, cit., 339 ss.

[47] V., tra gli altri, LAMOND, *What is a Crime?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, 609 ss.; LEE, *Public Wrongs and the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2015, 155 ss.; EDWARDS, SIMESTER, *What's Public About Crime?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, 105 ss. Mi sono sforzato di definire l'illecito pubblico in COCCO, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, loc. cit.

[48] GARDNER, *Offences and Defences*, Oxford, 2007, 214 s.; WELLMAN, *Samaritanism and the Duty to Obey the Law*, in WELLMAN, SIMMONS (cur.), *Is There A Duty to Obey the Law? For and Against*, Cambridge, 2005, 8 ss.

[49] RIPSTEIN, *Force and Freedom*, Cambridge (MA), 2009, 300 ss.; THORBURN, *Constitutionalism and the Limits of the Criminal Law*, in DUFF et al (cur.), *The*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Sono in gioco i valori che definiscono la comunità[50]. Abbiamo bisogno di garanzie sufficienti che i nostri diritti saranno rispettati e di un meccanismo attraverso il quale la loro supremazia possa essere riaffermata di fronte a violazioni intenzionali[51], altrimenti siamo condannati a nuocerci l'un l'altro. D'altra parte, il processo penale può aiutare a proteggere i membri della comunità dal subire una lesione in futuro, per tale ragione chi ha subito un torto può dovere rinunciare al controllo del procedimento[52]. In definitiva, si tratta di un compito del sistema politico nel suo complesso, ovvero dello Stato, in nome e per conto del quale la legge penale pretende di parlare e di agire.

La giustificazione di tale pratica istituzionale non è certamente messa in crisi dalla prima critica degli abolizionisti al concetto di reato, che deriva da una sorta di relativismo morale che contesta l'imposizione di valori a chi non li condivida[53], che però appare incongruente perché anche gli abolizionisti in sostanza vogliono imporre una loro pretesa morale, cioè propongono altrettanto perentoriamente le loro soluzioni a *conflitti* o *disturbi* e insegnano come lo Stato deve o non deve trattare i suoi cittadini[54].

I problemi sono più ampi e complessi e riguardano ogni tentativo di giustificare i sistemi della autorità politica e del diritto e concernono la misura in cui la loro legittimazione dipenda dal consenso dei suoi membri e il se e il come un sistema politico possa rivendicare un'autorità legittima su coloro che ne rifiutano i valori centrali e le pretese normative. Pur non potendo soffermarci su queste questioni, non v'è dubbio che anche gli istituti del diritto penale dipen-

---

Structures of the Criminal Law, Oxford, 2011; ID., *Criminal Law as Public Law*, in DUFF, GREEN (cur.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011.

[50] DUFF, *Responsibility, Citizenship and Criminal Law*, in DUFF, GREEN (cur.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011; DUFF, MARSHALL, *Public and Private Wrongs*, in CHALMERS, LEVERICK, FARMER (cur.), *Essays in Criminal Law in Honour of Sir Gerald Gordon*, Edinburgh, 2010.

[51] EDWARDS, *Theories of Criminal Law*, loc. cit.

[52] TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, cit., 297 ss.

[53] BIANCHI, *Justice as Sanctuary*, cit., 71 ss.

[54] Così, per tutti, WILLIAMS, *Morality*, Cambridge, 1976, 34 s.; DUFF, *Legal punishment*, loc. cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

dono da legittimità e autorità del sistema politico che li sostiene[55]. In altre parole, il vero problema del diritto penale di un regime totalitario è il regime stesso, la stessa sovrastruttura apparentemente liberale di un ordinamento penale in un regime totalitario non può reggere nella sua effettiva applicazione: si pensi alla tragica vicenda dei *gulag sovietici*, al cui smantellamento (1960) seguì il trattamento medico forzato mediante imprigionamento psichiatrico, utilizzato per isolare ed esaurire psichicamente i prigionieri politici, laddove quella che era una sanzione penale per gli oppositori politici, sanzionati per le loro idee, formalmente venne accreditata come trattamento per i malati psichiatrici non molto dissimile dai manicomi occidentali.

D'altra parte, se lo Stato approva leggi che criminalizzano ingiustificatamente dei comportamenti, ciò mette in discussione la giustificazione della pena che impone per le violazioni di queste leggi, quindi anche le scelte di criminalizzazione sono direttamente rilevanti per la giustificazione della punizione[56]. Parimenti, se le procedure con cui i funzionari della giustizia penale arrestano, incriminano e perseguono le persone sono ingiustificate, anche le successive inflizioni della pena saranno ingiustificate[57]. Più in generale, se uno Stato tollera (o peggio, incoraggia) gravi ingiustizie sociali, ciò può minare la sua capacità di punire i trasgressori che sono anche vittime di tali ingiustizie[58].

La seconda e terza critica, in definitiva, pongono l'accento sulla distinzione tra diritto civile e diritto penale[59].

---

[55] Duff, *Punishment, Communication, and Community*, New York, 2001, cap. 5.2.

[56] Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2008.

[57] Cfr. Ristroph, *Regulation or resistance? A counter-narrative of constitutional criminal procedure*, in *Boston University Law Review*, 2015, 1555 ss.; Id., *The conditions of legitimate punishment*, in Flanders, Hoskins (cur.), *The New Philosophy of Criminal Law*, London, 2016, 79 ss.

[58] Tra gli altri, Matravers 2006; Duff, *Answering for Crime*, Oxford, 2007; Holroyd, *Punishment and justice*, in *Social Theory and Practice*, 2010, 78 ss.; Chau, *Duff on the Legitimacy of Punishment of Socially Deprived Offenders*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2012, 247 ss.; Howard, *Punishment, Socially Deprived Offenders, and Democratic Community*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2013, 121 ss.

[59] Ma non per Grande, *L'*ingiustizia riparativa *nel nome di Nils Christie. Rischi e pericoli di una composizione privata del conflitto*; in *Antigone*, 2/2015, 31 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Indubbiamente le procedure penali esistenti non consentono né alle vittime né agli autori dei reati di avere un ruolo centrale, ma ciò è l'effetto della considerazione da parte dell'ordinamento giuridico di una categoria di *illeciti* come *pubblici*[60], cioè che non riguardano solo i citati soggetti, ma la comunità politica nel suo complesso. Si tratta di illeciti che sono affari della comunità politica e che debbono, quindi, essere trattati da un pubblico processo, il che inevitabilmente li sottrae a chi vi è più direttamente coinvolto[61]. Solo gli agenti statali possono parlare per tutti noi, quindi l'applicazione del diritto penale deve rimanere nelle loro mani[62].

D'altra parte, per quanto vada considerata la proposta di dare una risposta ai reati non in termini di pena ma di processo di mediazione o di *restoration* tra vittima e offensore, occorre però sottolineare che nel reato la situazione coinvolge non persone *in conflitto*, ma una vittima che ha subito l'offesa e il suo offensore. La devoluzione del conflitto alla comunità è oggi solo un sogno nostalgico, una utopia incompatibile con sviluppo e complessità della società moderna [63]: la riparazione del danno costituisce tradizionalmente nell'ambito del diritto civile un meccanismo di risoluzione dei conflitti giuridici[64], ma nella materia criminale non sembra consentire il riequilibro da parte dello Stato delle relazioni di potere tra l'autore, parte forte, e la vittima, parte debole, che possono avere originato il reato[65]. Non bisogna dimenticare che il processo di avocazione da parte dello Stato rispetto alla società civile dell'originario potere di trovare una soluzione

---

[60] HAREL, *Why Law Matters*, Oxford, 2014, 96. In tema di illeciti pubblici v. COCCO, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, loc. cit.

[61] DUFF [a], *Penal Communications*, loc. cit.; inoltre i miei lavori citati in nota 3.

[62] THORBURN, *Constitutionalism and the Limits of the Criminal Law*, in DUFF, et al. (cur.), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford, 2011, 98-99.

[63] WEIGEND, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzen im Strafverfahren*, in *ZStW*, 1984, 773 ss.; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., 133 s.

[64] FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., 133 s.

[65] ALBRECHT, *Die vergessene freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäisches Sicherheitsdebatte*, Berlin, 2003, 206 ss., rileva che le forme private comportano arbitrarietà e insicurezza giuridica.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

ai problemi nasce dalla necessità di tutelare le libertà individuali dal rischio di sopraffazione da parte degli attori sociali più forti, quale rimedio dunque a faide e vendette incontrollate dei soggetti economicamente e politicamente più avvantaggiati[66]. Di fronte, ad esempio a vicini che litigano continuamente, accusandosi reciprocamente di offese più o meno bagatellari, può essere certamente opportuno il suggerimento di dimenticare le reciproche accuse e di cercare un modo per chiarire il conflitto. Per contro, di fronte a uno stupratore e alla persona stuprata, o ad un marito violento e alla moglie colpita, sarebbe un tradimento della vittima e dei valori in questione descrivere la situazione semplicemente come un *conflitto* che le parti debbono cercare di risolvere, si deve riconoscere e affermare, invece, che vi è una vittima che è stata gravemente offesa e censurare l'azione dell'offensore come illecita[67]. Il reato è sempre qualcosa in più del pregiudizio individuale sofferto dalla vittima, essendo un male per tutta la collettività che non si corregge con la mera riparazione alla vittima.

L'abolizionismo nega gli interessi della società espressi nella pretesa penale dello Stato: la protezione delle vittime future e la conservazione dell'ordinamento giuridico[68], facendo dipendere il processo penale dal capriccio dell'offeso[69], sebbene vi siano delitti in cui è possibile coniugare l'interesse pubblico con quello privato, ad esempio i delitti contro il patrimonio non violenti, i delitti economici e i delitti contro l'onore[70] e in cui può avere un ruolo la riparazione del danno[71].

---

[66] Pavarini, *Lo scopo della pena. Pene in astratto e in concreto*, in Insolera G., Mazzacuva N., Pavarini M., Zanotti M. (cur.), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, 369.

[67] *Amplius* Duff, *Legal punishment*, loc. cit.

[68] Von Hirsch, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin, 2005, 58 ss.

[69] Quintero Olivares, *La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena*, in *Estudios Albor*, Santiago de Compostela, 1989, 593 ss.

[70] Quintero Olivares, *La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena*, cit., 593 ss.

[71] Ampiamente in tema, Cocco, *Una introduzione ai reati contro il patrimonio e l'economia pubblica. Tra beni giuridici e tecniche di tutela*, in *Studi Romano*, Napoli, 2011, III, 1449 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Contro le tesi abolizioniste occorre, infine, evidenziare i problemi che nella prospettiva dello *Stato di diritto* conseguono alla perdita delle garanzie stabilite a favore dell'accusato nel processo penale[72].

Tali concezioni, comunque, rafforzano l'idea di concepire l'approccio al fondamento del punire secondo il principio *in dubio pro libertate*[73].

6. Mantenere il concetto di reato e una legge penale che definisce e condanna una categoria di *pubbliche* offese, come anticipato, non significa ancora mantenere un sistema penale che punisce gli autori di tali offese; occorre pertanto giustificare l'istituto della pena così inteso e rispondere al primo interrogativo proposto[74]. Partendo dal dato che la legge penale individuando i reati parla evidentemente, indicando ciò che possono fare o non fare, a tutti i cittadini, o a categorie di essi, e non ai giudici e ai funzionari[75], e si rivolge in primo luogo ai cittadini anche rappresentando quale conseguenza della commissione del reato la inflizione della pena.

La questione, si può dire, è vecchia quanto l'uomo e dunque non potranno mancare cenni alla riflessione più antica, rispetto alla quale è difficile immaginare che possano essere proposte risposte davvero nuove[76]. Tuttavia, va rilevato che è solo nel secolo dei Lumi che nasce il diritto penale come scienza indipendente (in primo luogo dalla teologia e dalla morale) proprio per il nuovo approccio

[72] Steininger, *Wiedergutmachung als dritte Spur neben Strafen und Maßnahmen*, in *JBl*, 1990, 144 s.; Weigend, *Deliktsopfer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, 339 ss.; Id., *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzen im Strafverfahren*, cit., 773 ss.

[73] Nauke, *Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria*, in Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Baden-Baden, 2000, 13 ss.; Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *RTDPC*, 1/2015, 51 ss.

[74] Per un interessante e riassuntivo volume in tema v. Simester, Du Bois-Pedain, Neumann (cur.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford e Portland, Oregon, 2014.

[75] V. Cocco, *La voce e i contenuti della legge penale liberale*, cit., 15 ss.

[76] Mayer, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953, 24 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

alla questione della giustificazione della pena, da cui occorre pertanto procedere più analiticamente.

In termini storici la giustificazione della pena attinge a considerazioni volte al futuro o al passato, quando prevalgono le prime la teoria è detta *finalistica* (*consequentialist* nel linguaggio anglosassone), ovvero orientata alle conseguenze che produce, o *relativa* nel linguaggio italo-tedesco, e si presenta principalmente nel mondo anglosassone come una versione dell'utilitarismo, secondo cui l'obiettivo dell'istituto della pena è aumentare la rete complessiva del *welfare* (benessere) sociale riducendo (idealmente, prevenendo) il crimine.

Se prevalgono le seconde, la teoria è detta *deontologica* nel linguaggio anglosassone o *assoluta* nel linguaggio italo-tedesco[77]. In questo approccio la pena è vista o come un bene in sé o come fedeltà all'ordinamento giuridico: la giustificazione *deontologica* della pena è abitualmente retributiva.

Ulteriori giustificazioni della pena, dette teorie miste[78] o unificatrici (così nella dottrina tedesca e spagnola), sono fornite combinando queste due posizioni, pratica attualmente molto seguita nella opera legislativa[79], nonché in giurisprudenza[80] e in dottrina[81]. Le versioni delle teorie unificatrici possono essere essenzialmente due, una prima in cui prevale la giustizia sulla utilità, quest'ultima cioè può contemplarsi quando non si richieda né di diminuire né di aumen-

---

[77] ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 679; HÖRNLE, *Straftheorien*, in *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie* (online), che critica l'uso del termine per tesi non preventive ma comunque su basi razionali.

[78] ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 679.

[79] Ad esempio, *United States Sentencing Guidelines*, ch. 1, pt A(3), in cui si precisa che non va accordata prevalenza al finalismo sul retribuzionismo o viceversa; e § 18 U.S.C. § 3553 (a)(2), che richiama deterrenza, neutralizzazione, retribuzione e riabilitazione.

[80] Ad esempio, in Germania il BVerfG 21.6.1977, BGH 1 St., 8.12.1970, 40 s., in part. 49.

[81] Per tutti ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4ª ed., 2006, 55 ss. (trad. spagn., *Derecho penal. Parte general*, I, Madrid, 1997); JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996, 75 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

tare la pena giusta[82]; una seconda, in cui solo la utilità giustifica la pena che però non può superare il limite della pena giusta[83]. In particolare, va fin da ora evidenziato che la *teoria liberale della pena*, come abbiamo proposto in altre pagine[84], può essere ascritta a quest'ultimo filone.

Si è già cennato che la pena presuppone i reati, in vista della commissione dei quali è prevista e all'autore dei quali è imposta, e una legge penale che li individua; l'ordinamento penale presuppone a sua volta uno Stato che ha l'autorità politica per prevedere e applicare la legge penale e imporre le pene.

La giustificazione della pena presuppone, quindi, una spiegazione della legge penale e dei corretti poteri e funzioni dello Stato, ovvero della risposta all'interrogativo in forza di quale autorità o diritto lo Stato può prevedere la legge penale e imporre punizioni a chi non la osserva[85]. Diverse concezioni politiche dello Stato, per semplificare: liberal-democratico *versus* totalitario o di polizia, possono comportare giustificazioni molto diverse della pena e del suo uso. E nella prima prospettiva certamente il riconoscimento dello *status* di cittadini (attribuendo al termine una valenza più generale che quello di appartenenza ad uno specifico Paese) a coloro i quali debbono subire la pena pone l'interrogativo in modo ancor più grave e impone di trovare soluzioni che rispettino tale *status*. Dobbiamo, pertanto, assumere alla base del nostro ragionamento i principi dello stato liberale e democratico o di diritto, e la sua legittimità, senza peraltro poterli pienamente giustificare in questa sede[86].

---

[82] MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Karlsruhe, 1971, 63 ss.

[83] BAGICALUPO, *Principios de Derecho Penal*, *Parte General*, Madrid, 5ª ed., 1998, 14 ss.

[84] COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, loc. cit.

[85] HOSKINS, DUFF, *Legal punishment*, loc. cit.

[86] Si comprende, d'altro canto, che fuori dallo stato liberal-democratico o da parte di chi ne nega la giustificazione possa affermarsi che il diritto penale costituisce uno strumento di dominio di una classe sull'altra, secondo il classico schema marxista. Ad esempio GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, considera che le garanzie penali per le classi sottomesse «funcionan

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Parimenti solo un rinvio qui può effettuarsi al concetto di reato, di cui abbiamo ampiamente trattato in altre sedi[87], da intendersi condotta che causa un danno ai terzi o un danno sociale[88], o che lede un diritto soggettivo[89] o un bene giuridico[90], da ritenersi essenziale alle

---

como instrumentos de clasificación, disciplina y represión» (p. 181) e che è necessario un nuovo diritto penale il cui contenuto sia costituito dai «comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad» (p. 217).

[87] Su cui ampiamente COCCO, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, loc. cit.

[88] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, (nella vulgata di Morellet 1766), ed. a cura di Pisapia G.D., Milano, 1973; HOMMEL, *Prefazione* a *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen* (1786), rist., Berlin, 1966. Sulla evoluzione che ne è seguita cfr., in particolare, SCHÜNEMANN, *Das Rechtsguterschutzprinzipals Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Stratatbestande und ihrer Interpretation*, in HEFENDEHL, VON HIRSCH, WOHLERS (cur.), *Die Rechtsgutstheorie Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 138 ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsguter im Strafrecht*, Köln, 2002, 15 ss.

[89] FEUERBACH P.J.A., *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn* (1798) [trad., *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972]; ID., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed. curata da Mittermaier, Giessen, 1847 [rist. Aalen, 1986]; ID., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799 (rist. Aalen, 1966); ID., *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona, 1796.

[90] BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, 149 ss., 179: «ogni violazione o minaccia a un bene che deve essere garantito dallo Stato in modo uguale a tutti e che è attribuibile alla volontà umana». VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* 'Marburger Programm' (1882/1883) [trad., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962]; ID., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* (1905), Berlin, 1970, t. 1; ID., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, (1ª ed. 1881, 22ª ed. 1919) [trad. spagn. delle 18ª [v. I] e 20ª [v. II, III] ed., *Tratado de derecho penal*, Madrid, 4ª ed., 1999; trad. franc. della 17ª ed., *Traité de droit pénal allemand*, Paris, 1911], § 13, p. 65, descrive i beni giuridici come «interessi vitali dell'individuo o della comunità", che non sono creati dall'ordinamento giuridico. Sempre VON LISZT, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin und Leipzig, 1881, afferma (trad. mia) che «lo scopo della pena e la tutela dei beni giuridici, che si realizza attraverso la minaccia della punizione come mezzo» (p. 3). «Il legislatore pone un certo interesse sotto la sua tutela giuridica dichiarandolo bene giuridico» (p. 12) (cfr. anche AMELUNG, *Rechtsguterschutz*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

concezioni contemporanee del diritto penale – da Beccaria (1738-1794) e Voltaire (1694-1778), da Edmund Burke (1729-1797) e Jeremy Bentham (1749-1832), e prima di tutti Grozio (1583-1645)[91], per cui solo le colpe contro gli uomini possono comportare una punizione umana e lo scopo della sanzione è quello di evitare una lesione, sebbene negli USA manchi un concetto assimilabile al concetto di bene giuridico accolto nel diritto penale continentale[92].

Il concetto è espresso puntualmente dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 26 agosto 1789, che dichiara che la legge ha il diritto di proibire soltanto le azioni dannose per la società. Emblematica la protesta di Voltaire nel 1766, contro la pena di morte inflitta al cavaliere de la Barre per blasfemia (non essersi tolto il cappello al passaggio di una processione, distante 30 passi, e aver cantato, in compagnia di amici canzoni oscene), condotta che non causa danno materiale ad alcuno, o, meglio, può eventualmente costituire un intralcio alla espressione della libertà religiosa costituita dalla processione dei partecipanti, ma non il danno alla divinità cui la sanzione (squartamento da vivo) venne proporzionata[93].

Questo è e deve essere il punto di partenza delle concezioni contemporanee: non si sanziona più in nome di Dio ma in nome del

---

oder Schutz der Gesellschaft, Konigstein i.t., 1972, 84 ss., per la critica 87 ss.). BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, t. I, Leipzig, 1ª ed. 1872, 179 ss.; ID., *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig 1885, 169 s., propone, invece, in una visione positivista del bene giuridico che non pone limiti allo Stato: è «tutto ciò che il legislatore ritiene prezioso e la cui conservazione indisturbata deve quindi garantire attraverso le norme».

[91] GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres* (1625) [trad., *Il diritto della guerra e della pace*, rist. anastatica, Firenze, 2002], II, cap. 20.

[92] Sottolinea l'estremamente maggiore livello di approfondimento del concetto di bene giuridico nella dottrina tedesca rispetto al classico riferimento alla teoria del danno di J.S. MILL, DUBBER, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, loc. cit. V. anche COCCO, *Alcuni caposaldi dell'interpretazione liberale. Insegnamenti e differenze con l'esperienza statunitense*, in *RIDPP*, 4/2023, 1339 ss., in part. 1361 s.

[93] VOLTAIRE, *Relation de la mort du Chevalier de la Barre* 1766 [trad., *Il caso de la Barre. Lettera a Cesare Beccaria*, Pisa, 2000; in generale ID., *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Ginevra, 1776 [trad., *Commentario sul libro 'Dei delitti e delle pene' di Cesare Beccaria*, I*bis*, 1994].

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

popolo[94] e il diritto penale può giustificarsi solo in quanto assicura la esistenza della società e i suoi interessi.

7. Un'altra base su cui consapevolmente o meno si poggiano le più importanti concezioni della pena presenti e passate è il c.d. *libero arbitrio*, ovvero la libertà dell'essere umano nella scelta delle proprie condotte e la conseguente responsabilità per la commissione delle stesse[95]. In altre parole, laicamente, la libertà, che Hume definisce «un potere di agire o di non agire secondo le determinazioni della volontà; ossia se preferiamo restar fermi, possiamo; se preferiamo muoverci egualmente possiamo»[96], «libertà come articolazione consapevole dell'assenza di costrizione esterna»[97]. Si potrebbe dire, parafrasando J.S. Mill[98], che il diritto penale concerne la «libertà civile o sociale: la natura e i limiti del potere che la società può legittimamente esercitare sull'individuo». Una libertà pratica, dunque, la si intenda o meno come concessione teologica, a proposito della quale questione centrale è il diritto/dovere di difenderla[99].

Con gli stessi effetti – ma strettamente legata a un modello statuale liberal-democratico – si propone attualmente anche nel diritto

---

[94] Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, 380 ss.; e in Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, New York, 1973, 1 ss. (trad. sp. Luzón Peña, *Sentido y límites de la pena estatal*, in *Problemas basicos del Derecho Penal*, Madrid, 1976, 24).

[95] In tema anche Cocco, *La colpevolezza quale principio costituzionale (e il buon, vecchio libero arbitrio)*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 2/2021, 225 ss.

[96] Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding* (1748), [trad. di Prezzolini, *Ricerca sull'intelletto umano e sui principi della morale*, Bari, 1910], sez. VIII.

[97] Giorello, *Libertà*, Torino, 2015, 40.

[98] Mill J.S., *On Liberty* (1859) [trad., *Sulla libertà*, Milano, 2000]; Id., *Utilitarianism* (1863) [trad., *L'utilitarismo*, Milano, 1991].

[99] Pettit, *A Theory of Freedom from Psichology to the Politics of Agency*, Cambridge, 2001 [trad., *Libero arbitrio e libertà politiche*, Milano, 2005]; Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, 2016. Sulla «visione costituzionale dell'uomo come soggetto capace di autodeterminazione» v. BVerfG 4.5.2011, in *EuGRZ*, 2011, 297.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

penale la concezione dell'*agire comunicativo*[100], secondo cui assumersi la responsabilità per le azioni e le loro conseguenze è costitutivamente legato al fatto che gli uomini sono pronti e capaci di *rendere conto* per ciò che dicono e fanno, sia di fronte a sé che agli altri, disponibilità a sua volta legata internamente al significato comunicativo delle espressioni linguistiche. Nella nostra materia, «i cittadini si assumono la responsabilità delle loro leggi penali. Ciò significa che la legislazione non è la somma causale di decisioni e preferenze contingenti, che entrano nel processo politico già belle pronte. I cittadini pensano, invece, di potersi reciprocamente giustificare e criticare le loro preferenze. In altre parole, essi si vedono come persone in grado di riflettere (e agire) alla luce di ragioni pubblicamente sostenibili. In tal modo si riconoscono mutuamente come persone deliberative. È a questo presupposto che il processo politico deve fare riferimento»[101]. E ciò vale, non solo per giustificare l'ordinamento penale, ma anche l'ascrizione di responsabilità per la violazione della norma all'agente, «riconoscendosi a vicenda come persone deliberative, i partecipanti mostrano di essersi decisi in favore del principio per cui ciascuno/a è singolarmente responsabile del rispetto delle norme»[102].

In modo forse più semplice possiamo dire che, a fronte dei dubbi proposti dalle neuroscienze[103], che presentano l'essere umano

---

[100] Elaborata da Jürgen HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 1: *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, vol. 2: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt a.M. 1981, [trad., *Teoria dell'agire comunicativo*, 1986]; ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt a.M., 1992 [trad. a cura di Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013], e proposta tra i penalisti, in particolare, da GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, Torino, 2010.

[101] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 24.

[102] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 26.

[103] BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, in BAURMANN, KLIEMT (cur.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990, 109 ss., 141 ss.; CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1974, 186 ss.; NORRIE, *Law, punishment and ideology*, Dordrecht, 1991; SCHEFFLES, *Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts*, Frankfurt a.M., 1985, 79 ss., 96 ss.; PEREBOOM, *Free Will Skepticism and Criminal Punishment*, in NADELHOFFER (cur.), *The Future of Punishment*, Oxford, 2013, 49 ss.; CARUSO, *Rejecting Retributivism: Free Will, Punishment, and*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

determinato da influssi esterni, dobbiamo considerare che la disputa determinismo[104] indeterminismo è antica, non è stata finora risolta né è prevedibile che verrà mai risolta, ma non per questo il diritto penale non ha proseguito il suo cammino, essenzialmente basandosi, non sulle scienze naturali, inadeguate alla bisogna, ma sulle scienze sociali e sul concetto di controllo sociale di cui il diritto penale è uno strumento[105]. Come si afferma[106] riferendosi alla colpevolezza ed è più in generale riferibile alla capacità di autodeterminarsi dell'essere umano, non si tratta di una funzione celebrale, ma del risultato di un processo cui molti prendono parte: «Questo processo è caratterizzato, all'interno come all'esterno del diritto penale, dalla cultura della nostra convivenza sociale. Noi facciamo esercizio di reciproco riconoscimento, non accertiamo responsabilità, ma l'ascriviamo, ce la concediamo in credito gli uni agli altri. Solo quando divengono visibili i segni di un limite di comprensione o di controllo, assumiamo ulteriori informazioni»[107]. Su tali basi si declina essenzialmente il di-

Criminal Justice, Cambridge, 2021; *contra* per tutti, STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin, 1995, 27. Già Enrico FERRI, *Sociologia criminale* (1884), Torino, 1929, 82, affermava che «la psicologia positiva ha dimostrato essere una pura illusione il cosiddetto libero arbitrio e che, comunque se ne pensi, la questione filosofica del libero arbitrio non può essere la base pratica della giustizia penale». Estremamente critico CROCE, *Responsabilità*, 1922 inedito (inserito in Croce, *Etica e Politica*, Milano, 1994, a cura di Galasso), afferma che «Solo i deterministi e positivisti potevano giungere alla rozzezza di confondere il concetto della "pena", rivolta a disporre diversamente la volontà dei componenti di un complesso sociale, con la cosiddetta "difesa sociale" contro i pericoli, e, di conseguenza, a dichiarare eliminabili e condannabili alla pari il delinquente di vocazione e il folle pericoloso" 44.

[104] Parla di sfida determinista REEVES, *Adorno, Freedom and Criminal Law: The 'Determinist Challenge' Revitalised*, in *Law and Critique*, 2016, 323-348.

[105] Tra gli altri, WESTEN, *Getting the fly out of the bottle: The false problem of free will and determinism*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2005, 599 ss.; MORSE, *The non-problem of free will in forensic psychiatry and psychology*., in *Behavioural Sciences and the Law*, 2007, 203 ss. Anche COCCO, *La colpevolezza quale principio costituzionale*, loc. cit.

[106] HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 [*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009], 203 s.

[107] HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 214.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

ritto penale della colpevolezza[108], per il quale l'uomo è libero nel suo agire, opposto al diritto penale della pericolosità, per il quale l'uomo è invece determinato[109].

Del resto, gli esiti delle posizioni deterministe non sono certo rassicuranti, la inabilitazione cui sono destinati i criminali[110] può produrre esiti ben più severi della pena.

8. Su queste premesse – il cui nucleo essenziale è intuitivo anche per l'uomo della strada – si poggia il pensiero illuministico di Cesare Beccaria sulla giustificazione della pena: «Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo»[111]. E si poggia l'utilitarismo di Jeremy Bentham: «[I]f it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil»[112], per il quale dunque la pena è in sé un male, ma si giustifica in ragione della capacità di escludere mali maggiori. In tal senso, anche il più tradizionale giurista inglese William Blackstone (1723-1780) sottolinea che la pena non è riparazione o espiazione per la colpa commessa, ma una precauzione contro future analoghe colpe, con la correzione del colpevole o la sua inabilitazione e con la dissuasione dei terzi con il timore del suo esempio[113]. Va rilevato, peral-

[108] Cocco, *La colpevolezza quale principio costituzionale (e il buon, vecchio libero arbitrio)*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2/2021, 225 ss.

[109] Zafaroni [b], *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, 70 s.

[110] Pereboom, *Free Will Skepticism and Criminal Punishment*, loc. cit.; Caruso *Rejecting Retributivism*, loc. cit.

[111] Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XII.

[112] Bentham, *Introduction to Principles of Morals and Legislation*, 1789 [trad. it, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, 1998], cap. XIII.2.

[113] Blackstone W., *Commentaires on the Laws of England*, I-IV, Oxford, 1765-1769, IV, 1 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

tro, che in queste posizioni si confondono considerazioni preventive riferite al singolo reo (dunque specialpreventive) e considerazioni relative alla collettività (dunque generalpreventive), che cercheremo di distinguere nel prosieguo.

Si tratta di un punto di vista diffuso già nella seconda metà del Settecento, secondo un chiaro ragionamento, poiché l'istituto della pena infligge (o cerca di infliggere) una privazione o un dolore la sua giustificazione va individuata negli importanti benefici causati che compensano quella privazione o dolore. In primo piano è la critica all'uso indiscriminato e inefficace della pena[114], l'illuminismo e l'utilitarismo infatti cercano di limitarne l'uso ai casi in cui sia dimostrato che serve effettivamente al bene della società con il suo più plausibile e immediato vantaggio: la prevenzione del crimine. Si afferma, dunque, quale scopo della pena la prevenzione dei danni da esso causati, con la neutralizzazione o la riabilitazione dei potenziali rei, detta anche prevenzione speciale (: nei confronti del singolo reo), e, in primo luogo, con la dissuasione-prevenzione generale (nei confronti della generalità dei cittadini), perché, «quando consideriamo che un crimine impunito lascia aperta la via al crimine, non solo per lo stesso delinquente, ma anche per tutti coloro che potrebbero avere gli stessi motivi e le stesse opportunità per compierlo, comprendiamo che la pena inflitta all'individuo diviene una fonte di sicurezza per tutti»[115].

Secondo un pensiero che trova le sue radici nel Protagora platonico[116]: «Nessuno punisce coloro che commettono ingiustizie per il semplice fatto che sono stati ingiusti, a meno che non voglia vendicarsi in modo irrazionale, come una bestia; chi, invece, vuole punire secondo ragione, non vendica l'ingiustizia commessa – dal momento che non può annullare ciò che è stato – ma punisce in vista del futuro, affinché non venga commessa ingiustizia di nuovo, né da quello né da un altro che lo veda punito»[117]. Concetto ripreso da Seneca (4

---

[114] RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law: The Movement for Reform 1750-1833*, London, 1948, in part. il cap. XI su Bentham.

[115] BENTHAM J., *Principles of Penal Law*, in BOWRING (cur.), *The Works of Jeremy Bentham*, 11 vol., Edinburgh, 1838-43, I, 397 ss.

[116] PLATONE, *Protagora* (388 a.C.?), trad. Roma-Bari, 2007, 324.

[117] V. anche PLATONE, *Gorgia* (386 a.C.?), trad. Roma-Bari, 2007, 42.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

a.C. - 65 d.C.)[118]: *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*[119] e da Aulo Gellio (125 - dopo 166 d.C.)[120]. Traghettato nel diritto penale moderno da Grozio: non vendetta ma emenda per il reo e sua neutralizzazione per la sicurezza pubblica, deterrenza e (ri)educazione per gli altri[121], e Hobbes (1588-1679)[122].

Sulla scia di Beccaria, si pongono Gaetano Filangieri (1780-1788)[123] e Francesco Mario Pagano (1748-1799), il quale elabora la teoria della minaccia penale come «contrario motivo» rispetto ai motivi a delinquere, precursore del concetto di prevenzione generale di Feuerbach, sebbene sia considerato anche anticipatore delle istanze retributive della dottrina penalistica italiana del sec. XIX[124]. Non dissimili le posizioni sviluppate successivamente da Gian Domenico Romagnosi (1761-1835)[125], secondo cui la minaccia della pena costituisce una controspinta psicologica alla spinta criminosa ed è quindi uno strumento di difesa sociale, e da Anselm von Feuerbach (1775-1833), che propone la c.d. *teoria della coazione psicologica*[126], secondo cui l'impulso psicologico di procurarsi un piacere, alla base del reato, può essere fermato dalla consapevolezza che ad esso seguirà certamente un male maggiore del mancato appagamento del

---

[118] Seneca, *De ira* (49 d.C.?), trad. it., *L'ira*, Milano, 2007, libro I-19-7.

[119] La cui triplice spiegazione della pena, ripresa dal pensiero greco citato, si trova in Seneca, *De Clementia* (55-56 d.C.), trad. it., Milano, 2005, I, 20, 1.

[120] Aulo Gellio, *Noctes Atticae* (177 d.C.?), trad., *Notti attiche*, Torino, 2007, VII, 14.

[121] Grotius, *De Iure Belli ac Pacis libri très*, cit., II, 20.

[122] Hobbes, *Leviathan*, II, 30.

[123] Filangieri, *La scienza della legislazione* (I-V), 1780-1783, ed. Parigi, 1853, (rist. integrale, Napoli, 2003).

[124] Pagano F.M., *Saggi politici, dè principi, progressi e decadenza della società (1783-1785)*, a cura di Firpo e Salvetti, Napoli, 1993, 144.

[125] Romagnosi G.D., *Genesi del diritto penale* (1791), rist. della 5ª ed. Prato 1833, Milano, 2003.

[126] Anche Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung* (1819) v. I, 433 ss.; ma già per Pufendorf (1632-1694), secondo cui l'obiettivo della pena non è la retribuzione ma la conservazione/sicurezza della società che si ottiene con la neutralizzazione del criminale e dissuadendo gli altri dall'imitarlo (*De iure naturae et gentium, libri octo*, 1672, VIII, 3, 12).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

desiderio, cosicché lo Stato minaccia la pena per scoraggiare i cittadini dalla commissione del delitto, «il fine della minaccia della pena è la intimidazione di tutti; il fine della sua inflizione è la efficacia della minaccia legale, perché senza di essa detta minaccia sarebbe vuota (inefficace)»[127]. Feuerbach, d'altra parte, distingue chiaramente la sua teoria della prevenzione generale, concernente la pena, «dalla sicurezza e dalla difesa»[128], distinse cioè la funzione propria del diritto penale dalla funzione della polizia di prevenzione.

Tali teorie sono tradizionalmente definite dell'intimidazione, e gli effetti attribuiti alla pena sono detti di c.d. prevenzione generale negativa o di deterrenza[129] e possono ritenersi paradigmatiche di una teoria puramente *finalistica* che giustifica la pena nella misura in cui realizza (o si pensa ragionevolmente realizzi) il fine di prevenzione dei reati, che un sistema consequenzialista razionale individua nei comportamenti lesivi dei beni altrui, se i benefici superino i costi e non esistano mezzi meno gravosi per conseguirlo. Non manca peraltro chi sottolinea il ruolo della deterrenza anche in sede civile: *tort law*[130].

A siffatta giustificazione della pena, oltre alle obiezioni pratiche circa la effettiva capacità di raggiungere l'obiettivo[131], si oppongono

---

[127] FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed. curata da Mittermaier, Giessen, 1847 [rist. Aalen, 1986], 39; conf. FICHTE J.G. [1762-1814], *Das System der Rechtslehre* (1812), in *Ausgewählte Politische Schriften*, a cura di Batscha e Saage, Frankfurt a.M., 1977. Su cui, tra gli altri, GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie - Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009. In Italia ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 689. Può richiamarsi anche Freud che spiega il comportamento umano a partire dall'idea di soddisfazione o frustrazione degli istinti.

[128] FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799 (rist. Aalen, 1966), 19. Pr una recente ricostruzione storica del pensiero tedesco sui fini della pena v. MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco. Tra illuminismo e idealismo*, Napoli, 2023.

[129] ANDENAES, *Punishment and deterrence*, Ann Arbor, 1974. Più recentemente KENNEDY, *Deterrence and Crime Prevention. Reconsidering the Prospect of Sanction*, London, 2009 (trad. spagn. *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, Madrid, 2016).

[130] POPPER F., *In defense of deterrence*, in *Albany L. R.*, 2012, 181.

[131] O che ci sono metodi più efficaci e meno onerosi per ridurre il crimine: GOLASH, *The Case against Punishment: Retribution, Crime Prevention, and the Law*,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

obiezioni morali – coeve alle prime asserzioni illuministe e utilitariste e riproposte fino ad oggi – secondo cui l'effetto della prevenzione del crimine non basta a giustificare un sistema penale.

I critici contemporanei del finalismo puro, ad esempio, rilevano condivisibilmente che una giustificazione puramente *finalistica* rende problematica la protezione dell'innocente contro l'ingiustizia del suo uso strumentale agli scopi del sistema[132], poiché anche la punizione manifestamente ingiusta (ad es. in misura eccessivamente severa o, addirittura, dell'innocente) può servire efficacemente lo scopo di prevenire i delitti. Né pare sufficiente opporre che è estremamente improbabile una giustificazione utilitaristica della pena applicata agli innocenti[133] e che la individuazione più approfondita dei fini della legge penale consente di evitare le punizioni ingiuste[134].

La prospettiva puramente finalistica, che presenta i suoi precetti alla stregua dell'ordine di un *pistolero*, sembra comunque inadeguata agli scopi della legge penale in uno stato liberal-democratico che si rivolge a cittadini e non sudditi[135], secondo la nota obiezione hegeliana

---

New York, 2005, cap. 2 e 8; BOONIN, *The Problem of Punishment*, New York, 2008, 53, 264 ss.

[132] DUFF, *Trials and Punishments*, Cambridge, 1986, 151 ss.; ID., *Penal Communications*, cit., 20 ss.; ID., *Legal punishment*, cit.; VON HIRSCH, ASHWORTH, *Not Just Deserts: A Response to Braithwaite and Pettit*, in *OJLS*, 1992, 83; PETTIT, *Republican Theory and Criminal Punishment*, in *Utilitas*, 1997, n. 1, 59; PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, Atlantic Highlands (N.J.), 2ª ed., 1999, § 2-3, 6.5; HART H.L.A., *Prolegomenon to the Principles of Punishment* cit., § 1-2; TEN, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford, 1987; BOONIN, *The Problem of Punishment*, cit., cap. 2.

[133] Così RAWLS, *Two Concepts of Rules*, loc. cit.; inoltre, HARE, *Moral Thinking: Its Levels, Methods and Point*, Oxford, 1981, § 3, 9.7.

[134] BRAITHWAITE, PETTIT, *Not Just Deserts*, Oxford, 1990, spec. 71-76.

[135] V. COCCO, *La voce e i contenuti della legge penale liberale*, loc. cit. Si afferma anche (DUFF, *Responsibility, Restoration, and Retribution*, in TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, 2011, 75 ss.) che il fondamento general-preventivo crei sistemi inappropriatamente escludenti nella misura in cui trattano i trasgressori come pericolosi *estranei* che debbono essere minacciati, neutralizzati o riformati per garantire la sicurezza dei membri della società rispettosi della legge, mentre in una società liberale i trasgressori dovrebbero essere trattati come membri (ancora) della comunità politica, i quali potrebbero e dovrebbero (re)impegnarsi nei suoi valori. Una possibile risposta è che un sistema penale volto alla riduzione della criminalità attraverso la deterrenza non ha bisogno di essere escludente, poi-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

alla intimidazione che tratta «un uomo come un cane invece che con la libertà e il rispetto dovutogli in quanto uomo»[136] o in Kant, secondo cui tale punizione tratta i puniti come meri mezzi per conseguire un bene sociale, piuttosto che rispettarli come fini in sé stessi[137].

Sebbene possa rilevarsi che la legge penale dello Stato di diritto non descrive il reato soltanto come una *condotta proibita* (temibile strumento in mano allo Stato totalitario), ma anche come *un peculiare tipo di illecito pubblico*; come evidenziano lo sviluppo della teoria del bene giuridico come dato prepositivo e fondante la tutela penale, in particolare dopo la seconda guerra mondiale e nei Paesi (*in primis* la Germania) duramente colpiti dallo stato totalitario, e la teoria del danno agli altri di matrice anglosassone[138]. Potrebbe, dunque affermarsi che chi viola volontariamente la legge perde almeno alcuni dei diritti dei cittadini[139], la nostra Costituzione ad esempio prevede all'art. 48 che il diritto di voto può essere limitato per effetto di sen-

---

ché tratta tutti i membri della comunità allo stesso modo, vale a dire come potenziali autori di reato (Hoskins, *Deterrent Punishment and Respect for Persons*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2011, 379 ss.). Inoltre, nella misura in cui un tale sistema «promuove la cooperazione sociale nell'ambito di istituzioni pubbliche stabili», contribuisce a proteggere la libertà di tutti (Chiao, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, New York, 2018, 36).

[136] Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), trad., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma, 1979, 246. Peraltro, sembra che nell'argomentare contro la prevenzione generale negativa vi sia anche una certa sovrapposizione tra il fondamento generale dell'ordinamento penale e la inflizione della pena nel singolo caso (ad esempio in Frisch, [g], *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, in *InDret*, 3/2014, 1 [*Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel*, in *GA*, 2/2015].

[137] V. nota 141.

[138] Tra gli altri, Dubber, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, loc. cit. V. anche, ampiamente, Cocco, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, loc. cit.

[139] V. Goldman, *Toward a New Theory of Punishment*, in *Law and Philosophy*, 1982, 57 ss.; Morris C., *Punishment and Loss of Moral Standing*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1991, 53 ss.; Wellman, *The Rights Forfeiture Theory of Punishment*, in *Ethics*, 2012, 371 ss.; critici Lippke, *Criminal Offenders and Rights Forfeiture*, in *Journal of Social Philosophy*, 2001, 78 ss.; Boonin, *The Problem of Punishment*, New York, 2008, 103 ss., che ritengono vada offerta una giustificazione della pena nel cui ambito si possa ancora affermare di trattare che la subisce come cittadino a pieno titolo.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

tenza penale irrevocabile[140] e il nostro codice penale agli articoli 28 e 29 prevede la interdizione dai pubblici uffici, a cui consegue anche la privazione dell'elettorato attivo e passivo.

9. D'altra parte, l'Illuminismo non ha significato la fine delle concezioni retributive, che pongono l'idea di giustizia a fondamento della pena, a cui dobbiamo riconoscere non solo il superamento della idea di vendetta – che non soddisfa esigenze obiettive della giustizia ma necessità emozionali di vittima e sodali – ma anche un opportuno contraltare critico alle concezioni generalpreventive, ponendo questioni sempre attuali.

Qui basti ricordare che si deve a Immanuel Kant (1724-1804) la pretesa che lo Stato e la sua legge indirizzino i cittadini come agenti morali e responsabili. Per tale autore l'uomo è un fine in sé stesso e, dunque, non è lecito strumentalizzarlo a beneficio della società, pertanto, non può fondarsi la sanzione del reo su ragioni di utilità per la prevenzione dei delitti, per proteggere altri. La pena può essere fondata esclusivamente sul fatto che il reo la merita per esigenze di giustizia, poiché il delitto costituisce violazione dell'ordine etico la coscienza morale esige di punire e quando la pena è meritata deve essere imposta anche in assenza di alcuna utilità[141].

La legge penale è, dunque, presentata come un imperativo categorico, una pura necessità morale, resa dal celebre esempio kantiano secondo cui, malgrado lo scioglimento della società civile, l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe essere giustiziato unicamente perché tutti comprendano il valore dei loro atti[142]. Come re-

[140] LIPPKE, *The Disenfranchisement of Felons*, in *Law and Philosophy*, 2001, 553 ss.; JOURNAL OF APPLIED PHILOSOPHY, *Symposium on Disenfranchising Felons*, 2005, 211 ss., ritengono che trattare chi subisce la pena come cittadino a pieno titolo comporti anche l'esclusione di tale limitazione.

[141] KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797) [trad., *Metafisica dei costumi*, 1970]. Su cui di recente, v. FANTASIA, *Kant on Punishment: Between Retribution, Deterrence and Human Dignity*, in *The Italian Law Journal* (7), 1/2021, 463.

[142] Sulla scia di Kant, Mamiani in polemica con Mancini (MAMIANI, MANCINI, *Fondamenti della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire: lettere*, 4ª ed., Torino, 1853); PETROCELLI, *La funzione della pena* (1935), in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 81 s.; ID., *Retribuzione e difesa nel progetto del Codice penale*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

tribuzionista si (auto)presenta anche il pensiero di Hegel (1770-1831), per cui la pena è giusta in sé stessa perché riafferma la vigenza della volontà generale rappresentata dal diritto (tesi), negata dalla volontà particolare del reo (antitesi), che dunque – seguendo il metodo dialettico – va a sua volta negata con la pena per la riaffermazione della volontà generale (sintesi). Tuttavia, è ben differente l'approccio rispetto a Kant, giacché la pena non è quanto merita il reo, ma quanto necessario per riaffermare il diritto negato dal delitto, dunque, anticipo, qualcosa di molto simile a ciò che, con il linguaggio attuale della dominante dottrina tedesca, viene chiamata prevenzione generale positiva[143], su cui torneremo.

Si tratta di concezioni per cui la realizzazione della giustizia è una esigenza incondizionata, che non può dipendere da convenienza utilitaristiche, perciò si dicono *teorie assolute*, in contrapposizione a quelle *relative*, per l'appunto finalizzate ad un obiettivo utile. La pena dunque pare «non servire a nulla» per il retribuzionismo puro[144], ma in realtà queste concezioni sono *state utili* a sviluppare una filosofia politica liberale incentrata sui limiti posti al diritto penale a garanzia del cittadino, in quanto la dignità umana impedisce che l'individuo sia utilizzato come strumento per perseguire fini sociali di prevenzione ad esso estranei, in tal senso furono invocate, ad esempio, contro gli eccessi generalpreventivi del III Reich e possono utilizzarsi contro il diritto penale contemporaneo interventista. Va da

del 1949, in *RIDPP*, 1950, 573 ss.; Id., *La pena come emenda del reo*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 479 ss.; Bettiol, *Aspetti etico-politici della pena retributiva*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 504; Id., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice* (1941), in *Scritti giuridici*, I, cit., 524; Id., *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 739; Id., *Sulla rieducazione del condannato*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 902; Id., *Punti fermi in tema di pena retributiva*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 937; Id., *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 949; Id., *Il mito della rieducazione*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 995; Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996; Maurach, *Deutsches Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, cit.: la maestà sciolta da scopi della pena retributiva. Per una recente ricostruzione del pensiero penalistico italiano ottocentesco v. Ronco, *Itinerari della modernità penale in Italia. Profili critici (1800-1930)*, Torino, 2025; inoltre De Francesco GA, *Della pena e del punire*, in *LP*, 17.10.2022.

[143] Mir Puig, *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., 37.

[144] Cfr. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., 378 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

sé, peraltro, che essere la base per porre limiti alla pena non significa costituirne il fondamento, come approfondiremo.

Istanze liberali evidenziate, in particolare, in Italia nella prima metà dell'800 da Giovanni Carmignani (1768-1847) che ragiona sul diritto penale in termini di libertà da garantire ai consociati: «L'interna sicurezza sociale, della quale solo il Diritto criminale si occupa …, dipende da ciò:1) che la costituzione del sommo impero … detragga dalla naturale libertà dei cittadini quella sola parte la cui detrazione sia strettissimamente necessaria al conseguimento della sicurezza medesima …; 2) che quell'avanzo della naturale libertà dei cittadini … resti sacro e inviolabile contro ogni eccesso degli uomini, delle leggi e dei magistrati»[145]. Tesi sviluppate su basi retribuzioniste dall'allievo di quest'ultimo Francesco Carrara (1805-1888), fondatore della c.d. *scuola classica*, che ravvisa il fondamento della pena nella «tutela giuridica» di cui s'incarica lo Stato col diritto penale, degli inalienabili diritti connaturati all'individuo umano (*mala in se*). Peraltro, la pena statuale serve anche al «ristabilimento dell'ordine esterno della società» cosicché possono essere sanzionate mere trasgressioni di precetti (*mala quia prohibita*), rispetto a cui è compito della scienza criminale «frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione*, e nel *giudizio*, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia»[146].

Va, comunque, rilevato che fino a circa la metà dell'Ottocento il dibattito è spesso monco della fase esecutiva[147] e ne sono protagonisti i concetti di *pena utile* con riferimento alla pena prevista in astratto (e dunque intesa quale scopo del diritto penale), cioè alla fase comminatoria, e di *pena giusta* con riferimento alla pena applicata; mentre dalla seconda metà dell'Ottocento si pone maggiore attenzione anche alla esecuzione della pena, giustificata solo in quanto utile[148].

---

[145] CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, (1ª versione it. sulla 5ª ed. latina di Pisa) a cura di Gramignani e Scelsi, I, Palermo, 1846 [*Elementa juris criminalis* (1822-1823)], 5.

[146] CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* 1859, rist. Bologna, 1993, 31.

[147] Considerato non diritto: PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, in CURI, PALOMBARINI (cur.), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 259 ss.

[148] PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 260 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

10. Per avere un quadro completo dei fermenti di fine Settecento, alla base del pensiero contemporaneo, occorre fare riferimento alle tesi che pongono centrale attenzione alla *prevenzione speciale o individuale*. Già nella prima elaborazione di Karl Ludwig Wilhelm Grolman (1775-1829) e del suo precursore Christoph Carl Stübel (1764-1828)[149] la tesi dell'*intimidazione individuale* volta alla correzione del reo (di tipo risocializzante invece che morale) per impedirgli di (ri)cadere nel delitto, secondo cui il male della pena trasforma l'impulso a commettere delitti nella inibizione a commettere il delitto, si propone quale generale fondamento della pena, esplicitamente in concorso con le tesi retributive di Kant e in contrapposizione a quelle generalpreventive di Feuerbach.

Secondo Grolman la minaccia e la esecuzione della pena contro una persona si giustificano nella misura in cui siano necessarie per la libertà giuridica universale, in particolare, la esecuzione della pena non può oltrepassare la misura necessaria per ricondurre la persona nell'ambito della sua sfera di libertà (per renderla non più pericolosa)[150]. Del resto, già ai primi del Settecento, una scritta sulla facciata dell'ospizio di San Michele in Roma (1701-4), considerato il primo edificio penitenziario, ammoniva che a poco serve punire i delinquenti se non li si migliora con la rieducazione.

Pur volto a fermare il dispotismo dei tribunali, Grolman costituisce, tuttavia, l'ultima e più nobile voce dello *Stato di polizia*, che precede lo *Stato di diritto*, attento al delinquente piuttosto che al fatto di reato, preoccupato del benessere pubblico e della educazione del cittadino per il bene e l'utile, con la correzione del colpevole e la garanzia della sicurezza della società nei suoi confronti. La sua visione doveva soccombere di fronte a Feuerbach che interpretava la necessità della realizzazione dello *Stato di diritto* anche nel campo del diritto penale, e solo con la piena affermazione di quest'ultimo poteva farsi strada alla fine dell'Ottocento, su impulso di

[149] STÜBEL, *System des allgemeinen Peinlichen Rechts*, Leipzig, 1795 (rist., Norderstedt, 2016).

[150] GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Gießen, 1798 [rist. anastatica, Glashütten in Taunus, 1970]; ID. [b], *Über die Begründung des Strafrechts und der juridischen Imputation*, Giessen, 1799 [rist. Frankfurt a.M., 1968].

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

von Liszt e della scuola sociologica, la teoria della pena adatta al delinquente senza pericolo per la certezza del diritto[151].

Alle teorie della generalprevenzione si affiancano, comunque, fin dagli esordi gli sforzi specialpreventivi per riformare e riabilitare i delinquenti (la c.d. *dottrina correzionalistica* o dell'emenda), con il penitenziario, luogo di risocializzazione forzata e di disciplina[152], quale strumento della pratica punitiva liberale coerente con i valori a base delle teorie illuministiche, che superano la concezione del criminale come soggetto da distruggere e annientare ancora presente nel Settecento – espressa, oltre che dalla pena di morte, da *sanzioni relative all'integrità* fisica: mutilazione (qualche interrogativo dovrebbero porselo i fautori della castrazione chimica), fustigazione, etc.[153], e da *pene infamanti*, quali gogna, marchio, etc. – e lo riconoscono come parte integrante della società in cui deve essere reinserito.

Tale visione – già evidenziata dal giureconsulto patavino Paolo (II-III secolo)[154]: *poena constituitur in emendationem hominum* – non è in verità alternativa, semmai complementare, alla teoria della prevenzione generale giacché concerne essenzialmente la fase impositiva e principalmente quella esecutiva[155], fu diffuso nell'Europa della seconda metà dell'Ottocento principalmente da Karl David August Röder (1806-1879), secondo cui il reo dimostra di avere bisogno di una disciplina severa e di guida al suo reinserimento nella vita sociale a cui deve soddisfare una pena dal contenuto educativo[156].

---

[151] Così RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, 2ª ed., Göttingen, 1957, 45 s.; crit. CATTANEO M.A., *L'umanesimo giuridico penale di Karl Grolman*, Pisa, 1996, 142 ss.

[152] RUSCHE, KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, New York, 1939 [trad. it. Melossi e Pavarini, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978].

[153] Per tutti VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, loc. cit.

[154] Digesto, 48, 19, 2 (libro 18 *ad Plautium*).

[155] Ho sviluppato la problematica in COCCO, *Nothing works: per il recupero della giustificazione liberale della applicazione e della esecuzione della pena*, loc. cit.

[156] RÖDER, *Die herrschenden Grundgedanken von Verbrechen uns Strafe in ihrem inneren Widerspruch* (1867) [trad. sp., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contraddiciones*, Madrid, 1876, rist. an., Valladolid 2002]; ID., *Sul fondamento e sullo scopo della teoria dell'emenda*, in *RP*, 1875. Tesi non priva di pericoli come evidenziato da G. RADBRUCH, *Der Erziehungs-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Il suo rilievo culturale è confermato dalla sostanziale adesione alla teoria dell'emenda – accompagnata, nel rispetto della ideologia liberale del principio di legalità, dal correttivo di una teoria dell'intimidazione mediante minaccia normativa[157] – del più importante pensatore (e politico) liberale italiano del Novecento, Benedetto Croce (1866-1952)[158], emenda peraltro non intesa meramente come rieducazione ma come rimorso[159]. A cui si avvicina anche la teoria neoidealistica dell'emenda di Ugo Spirito (1896-1979)[160].

11. A queste problematiche principalmente pose attenzione alla fine dell'Ottocento la c.d. *scuola sociologica tedesca*. Il magistrale insegnamento del suo fondatore Franz von Liszt (1851-1919)[161], nello *Schulenstreit* contro Binding e la scuola classica tedesca, attribuisce alla pena, per la sua legittimazione in uno Stato moderno e illuminato, lo scopo di proteggere contro le offese criminali i beni giuridici (c.d. *idea di scopo*)[162], vale a dire le condizioni di vita di una comunità data, cosicché crimini sono tutti quegli atti che i membri della comunità percepiscono in un dato tempo come disturbi a quelle con-

---

gedanke im Strafwesen (1932), in *Der Mensch im Recht: Ausgewahlte Vortrage und Aufsatze uber Grundfragen des Rechts*, Gottingen, 1957, 56, che la connette alle teorie sanzionatorie dei successivi stati totalitari continentali.

[157] POZZONI, *La concezione del diritto criminale in Benedetto Croce: le funzioni della pena. Etica e politica*, in notizie di *Politeia*, n. 152, 2023.

[158] B. CROCE, *Perdonare e dimenticare*, in *La Critica*, n. 13, 1915, 15 ss.

[159] Sul rimorso v. anche PIGLIARU A., *Il rispetto dell'uomo*, Sassari, 1980, 178-181. Una visione dell'emenda non lontana dalle conclusioni crociane è presente in Francesco CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, I, 14. Anche per CARRARA, *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena* (1863), in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1870, I, 198, il reo, «purgato l'animo proprio di ogni labe delle malvagie propensità, si rialza all'amore della virtù ed all'aborrimento del male».

[160] SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano: da Cesare Beccaria ai nostri giorni* (1924), Firenze, 1974.

[161] VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* 'Marburger Programm' (1882/1883) [trad., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962].

[162] In sintonia con JHERING (1818 - 1892), *Der Kampf ums Recht*, Vienna, 1872 [trad., *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989].

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

dizioni di vita (difesa sociale). Funzione della pena è la prevenzione speciale per mezzo dell'intimidazione del singolo reo non della collettività.

Von Liszt nel *Programma di Marburgo* del 1882[163] critica la concezione dominante all'epoca perché determina la pena in relazione a un fatto disinteressandosi dell'autore, mentre ritiene pena giusta quella necessaria per la protezione dei beni giuridici, volta verso il futuro e non verso il passato come la pena retributiva, e che varia a seconda del tipo di reo – con precedenti ma recuperabile, occasionale, irrecuperabile – rispettivamente, con la deterrenza, la riabilitazione (educazione) o la neutralizzazione.

Per i delinquenti occasionali bisognosi di correzione la pena costituisce un promemoria che inibisce da ulteriori delitti. Per i delinquenti non occasionali ma suscettibili di correzione, anche detti *di stato*, possono perseguirsi risocializzazione e correzione per mezzo di una adeguata esecuzione della pena. Invece, sono incorreggibili e dunque debbono essere neutralizzati i delinquenti abituali. Il recidivo, ad esempio, alla sua terza condanna[164] per offese motivate dai «più forti e basici impulsi umani» (compresi furto, rapina, incendio doloso e stupro, ma anche il danneggiamento alla proprietà) può essere condannato alla detenzione per un *periodo indeterminato* ed essere assoggettato ad uno stato di *servitù penale* con l'uso della pena corporale per rafforzare la disciplina del carcere, con l'applicazione della pena detentiva a vita per i rei incorreggibili perché «non desideriamo siano decapitati o impiccati e non possono essere deportati».

Non vi è contrasto per von Liszt tra repressione (retribuzione) e prevenzione (speciale), al contrario la pena è prevenzione mediante repressione. Si tratta di lottare contro le cause empiriche del delitto che si riflettono sulla personalità del reo. Conformemente al loro approccio largamente *trattamentista*, von Liszt e i suoi allievi richiedono riforme radicali, la sostituzione dell'ingombrante e legalistica costruzione della dottrina classica con un più flessibile e moderno,

[163] Von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* 'Marburger Programm' (1882/1883), loc. cit.

[164] L'idea attuale del *three strike out* in diritto penale non è dunque originale e proviene da un pensatore progressista.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

scientifico (*progressivo*) sistema di diagnosi corretta e di classificazione dei rei, decisivo per la prescrizione di qualità e quantità del trattamento sanzionatorio correzionale. Peraltro, diversamente dagli altri positivisti, hanno chiari i rischi per la persona della teoria specialpreventiva – come noto dietro il perseguimento di una salutare igiene sociale può venire la voglia di un illimitato diritto di punire – e difendono la colpevolezza come barriera insuperabile anche di fronte alle esigenze di prevenzione speciale e, di conseguenza, sostengono un sistema dualista che distingue pene e misure.

Nel 1889 venne fondata da von Liszt, van Namel e Adolphe Prins, la *Unione internazionale del diritto penale*, improntata alla difesa sociale, secondo cui la missione del diritto penale deve tenere conto degli studi antropologici e sociologici, la pena non è l'unico mezzo di lotta al crimine, è necessario distinguere diverse categorie di delinquenti, occorre lottare contro le sanzioni detentive brevi e il legame della durata della pena unicamente con la gravità materiale del reato, bisogna preoccuparsi della emenda del condannato e, infine, occorre impedire ai delinquenti abituali di essere nocivi per il maggior tempo possibile[165]. L'applicazione di queste concezioni, in particolare nel campo dell'esecuzione della pena, laddove assume un ruolo centrale la prevenzione speciale intesa come trattamento scientifico e individualizzato del reo, in qualche misura sovvertendo il pensiero liberale classico che si basa sul principio di eguaglianza degli autori del reato davanti alla legge[166], costituisce il risultato più importante di quel movimento ideale.

Nella prospettiva della *difesa sociale* la limitazione della libertà si giustifica non solo in presenza e nella misura della colpevolezza dell'agente per il delitto commesso, ma anche con riferimento alla prevenzione nei confronti dei soggetti pericolosi, e il diritto penale è legittimato, se necessario, a utilizzare la persona come *mezzo* per mantenere la sicurezza della società. La idea morale di persona dal-

[165] ANCEL, *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 3ª ed., Parigi, 1981 [trad. della 2ª ed. a cura di Nuvolone, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966, 16].

[166] La questione si pone con riferimento recentemente anche con riferimento alla c.d. giustizia riparativa v., tra gli altri, O'HEAR, *Is restorative justice compatible with sentencing uniformity?*, in *Marquette law review*, 2005, 304 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

l'idealismo tedesco viene, dunque, ridimensionata dal concetto di pericolosità; in polemica con Hegel e con il diritto penale del XIX secolo, uno dei fondatori della criminologia e psichiatria forense, lo psichiatra Gustav Aschaffenburg (1866-1944)[167] causticamente afferma: «Un cane che morde deve stare legato con una catena; disgraziato il padrone che non lo fa! Però un uomo pericoloso per la società viene lasciato libero con il permesso dello Stato».

L'esito è che si teorizza, da parte di autori comunemente di fede socialista[168], la pena indeterminata finché permangano ragioni di sicurezza, al pari di un malato che sta in ospedale fino alla sua guarigione, al contrario della posizione di Kant che non vuole che i tribunali si trasformino in collegi di medici. Le nuove teorie, soprattutto, si esprimono nelle *misure di sicurezza* e nel c.d. *doppio binario* o doppia via, che prevede appunto, a fianco alla pena per la colpevolezza, le misure di sicurezza contro la pericolosità, da applicarsi anche cumulativamente, consistenti in «tutte quelle misure mediante le quali si procura l'adattamento dell'individuo alla società (misure educative e correzionali) o la eliminazione dalla società degli incapaci di adattamento (misure di protezione e sicurezza in senso stretto)»[169]. Tali misure debbono sostituire la pena quando l'agente non è capace di colpevolezza, o completarla quando la pena è insufficiente per coloro i quali, espiata la pena, manifestano la pericolosità propria della abitualità. «Ambedue gli istituti giuridici si relazionano come cerchi intersecanti: la pena puramente retributiva e la pura misura di sicurezza si oppongono l'una all'altra; però, dentro un campo comune, la misura di sicurezza può rimpiazzare la pena (operando con essa in modo vicario) e viceversa»[170]. Cosicché viene ampliata notevolmente le possibilità di limitazione della libertà.

Paradossalmente – ma fino a un certo punto, perché la dottrina in esame evidentemente non è esente da pericoli – in Germania que-

[167] *Das Verbrechen und seine Bekänfung*, 1903.

[168] Jiménez De Asúa, *Origenes de la filosofia penal liberal (1941)*, in *El Criminalista*, IV, Buenos Aires 1951, 62.

[169] Von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* 'Marburger Programm', cit., § 58.I.2.

[170] Von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* 'Marburger Programm', cit., § 58.I.3.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

ste idee trovano una piena attuazione con la presa del potere dei nazisti, una delle cui prime riforme è la legge contro i recidivi pericolosi e sulle misure di protezione e di riabilitazione del 24.11.1933, che prevede il sistema del *doppio binario* (pene e misure di sicurezza) ancora oggi vigente. Analoga previsione si ha in Italia con il cod. Rocco e in Svizzera con il c.p. 1937[171]; invece la Francia solo relativamente di recente ha accolto il sistema del doppio binario con la legge n. 2008/174 sulla *rétention de sûreté*.

Un contributo importante verso una maggiore attenzione all'autore del reato è dato nella seconda metà dell'Ottocento anche dalla *scuola positiva italiana* i cui più importanti esponenti sono Cesare Lombroso (1836-1909)[172], Enrico Ferri (1856-1929)[173], ambedue di formazione socialista, e Raffaele Garofano (1851-1934), un positivista conservatore. Scuola che sostituisce alla metafisica della responsabilità e razionalità dei soggetti (c.d. *libero arbitrio*), alla base delle teorie finalistiche e retributive, una nozione di personalità o carattere conoscibile scientificamente e manipolabile intervenendo sui suoi elementi costitutivi (determinismo), e di delinquente come soggetto contraddistinto da caratteri speciali, il cui comportamento viene considerato una devianza rispetto alla *normalità* dovuta ad una componente patologica del carattere individuale: la *criminalità*, dovuta a fattori fisici-psichici-sociali-antropologici. Con esiti tanto rilevanti che il citato *Programma di Marburgo* del 1882 di von Liszt pone il tema del superamento dell'oggettività delle pene, discutendo le «rivoluzionarie tesi degli italiani»[174]. La pena in questa prospettiva ha come unica missione quella di neutralizzare la pericolosità del criminale utilizzando gli apporti della scienza medica e biologica, con strumenti peculiari di intervento, costituisce dunque uno strumento

---

[171] Ma ivi già proposta da Karl Stoos [1849-1934] nel famoso progetto del codice penale federale svizzero del 1893.

[172] Lombroso, *L'uomo delinquente*, 1876; Lombroso, *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*, Torino, 1893; Lombroso, *Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, Torino, rist. 2005.

[173] Ferri E., *Studi critici sull'Uomo delinquente di Lombroso*, in *Revista Europea (De Gubernatis)*, 1878, 283; Id., *Principii di Diritto Criminale*, Torino, 1928; Id., *Sociologia criminale*, Torino, 1884.

[174] Von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* 'Marburger Programm', cit., 9.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

di *prevenzione speciale* nei confronti dei soggetti ritenuti pericolosi sulla base di pretesi riscontri scientifici anche in mancanza di qualsiasi fatto di reato.

L'apporto fondamentale di questa scuola – i cui assunti scientifici furono peraltro ben presto demoliti e di cui si debbono sottolineare i pericoli tristemente concretizzatisi, poiché portata alle estreme conseguenze comporta che gli uomini divengano cavie di laboratorio sopra cui sperimentare ogni tipo di trattamento, dal meramente psicologico al chirurgico[175] – fu il rifiuto di trattare tutti i delinquenti come responsabili e la tendenza a considerarli come vittime della loro eredità genetica[176], dell'educazione e dell'ambiente[177].

Tutti gli assertori delle teorie specialpreventive sono sostenitori della creazione di un ampio spazio scientifico a cui concorrono distinti rami del sapere (la c.d. *Gesamte Strafrecht Wissenschaft* di von Liszt), sulla cui scia nasce e si sviluppa la avventura della moderna criminologia che, alla ricerca delle radici del crimine, ha sviluppato teorie c.d. *costituzionali*, che focalizzano l'attenzione sulla predisposizione genetica alla delinquenza; teorie che cercano spiegazioni al crimine in termini di debolezza e malattia mentale; altre che lo collegano all'incapacità di inserimento conseguente ad una educazione carente da bambini; teorie c.d. *ambientali* che valorizzano le condizioni sociali ed economiche, quali il sovrappopolamento, la subcultura del ghetto, etc.[178]; tutte influenti sui numerosi tentativi di *riforma penale* del XX secolo.

12. Con lo scontro tra scuola classica e positiva due tipi di reazione all'illecito o al delinquente divengono disponibili: pene e misure di sicurezza. Solamente le pene in senso stretto sono riferite ad un fatto che appartiene al passato e sono soggette ai limiti di proporzione tra colpevolezza e sanzione, mentre le misure presuppon-

---

[175] MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cizur Menor (Navarra), 4ª ed., 2005, 50.

[176] Così FERRI, *Principi di Diritto Criminale*, cit., 268, diversamente anche da von Liszt.

[177] Come il già citato Owen agli inizi dell'Ottocento.

[178] WALKER, *Crime and Punishment in Britain*, Edinburgh, 1965.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

gono la pericolosità permanente dell'autore e si determinano sulla base della diagnosi penale-correzionale del reo. Liberate nel modello dai vincoli della proporzionalità tra offesa e sanzione (non così in Spagna) le *misure* sono applicate indipendentemente dalle – e quando appropriato, consecutivamente alle – pene imposte.

Lo scontro non vede però prevalere nessuna delle due scuole, ma a partire dall'Età giolittiana si afferma in Italia un indirizzo tecnico-giuridico – rappresentato principalmente da Vincenzo Manzini (1872-1957), Edoardo Massari (1874-1933) e Arturo Rocco (1876-1942)[179] – che incentra il suo interesse sulla legge penale statuale, incontrando ampie adesioni[180]. Afferma Arturo Rocco: «È giunto il momento di tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto positivo vigente. … La scienza giuridica va circoscritta ad un sistema di principi di diritto … ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene … È questo l'indirizzo tecnico-giuridico, il solo indirizzo possibile in una scienza appunto giuridica»[181], che scinde conseguentemente il diritto penale dalla filosofia e dalle scienze non giuridiche, rendendolo funzionale, nella sua asserita neutralità, al nascente regime fascista.

La soluzione accolta dal legislatore italiano del 1930, frutto di un compromesso tra *scuola classica* e *scuola positiva* operata dai compilatori aderenti all'indirizzo tecnico-giuridico, accosta al regime

[179] Tra i padri del metodo tecnico-giuridico lo stesso Arturo Rocco (*Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, 500) individua, oltre a Manzini, Cesare Civoli (1861-1931) e l'ultimo Pessina (1828-1916).

[180] Interessante rilevare che sostanzialmente aderisse a siffatta impostazione scientifica anche Nino Levi, un giurista fortemente impegnato in politica come socialista (rinvio a Cocco, *Nino Levi: formidabile e tragica figura di professore di diritto penale nel ventennio*, in *Studi economico-giuridici*, 2024, 323 ss., in part. 353 ss.), distaccandosi dalla scuola sociologica, a cui tradizionalmente sono ascrivibili alcuni tra i più importanti penalisti o criminologi di orientamento socialista del tempo, oltre a Enrico Ferri, Cesare Lombroso, Eugenio Florian, Napoleone Colajanni e uno dei più importanti esponenti socialisti dell'epoca (nonché maestro politico di Levi) Filippo Turati (autore, tra l'altro, di: *Il delitto e la questione sociale*, Milano, 1883).

[181] Rocco Art., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1913.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

delle pene quello delle misure di sicurezza (c.d. *doppio binario*), le prime giuste (retributive) perché comminate al delinquente responsabile, le seconde utili a finalità specialpreventive, comminate a quello pericoloso. Tuttavia si prevede la possibilità di applicare pene e misure di sicurezza ad un medesimo soggetto, in quanto imputabile e pericoloso; d'altra parte, i criteri applicativi si confondono, per la commisurazione delle pena si valuta la capacità a delinquere (art. 133 c.p.), mentre per le misure di sicurezza la pericolosità si desume dagli stessi criteri dell'art. 133 c.p.; sul piano della afflittività esecutiva poi pene e misure sostanzialmente sono equiparabili, tanto che si parla di truffa delle etichette[182].

13. Superati gli oscuri momenti del totalitarismo, nel secondo dopo guerra si sviluppa il movimento per la *nuova difesa sociale* – tra i protagonisti Marc Ancel (1902-1990)[183], sulla scia dell'italiano Filippo Gramatica (1901-1979)[184], su posizioni abolizioniste, ponendo un programma minimo preoccupato di umanizzare le istituzioni penali e orientato al *reinserimento del delinquente nella società*, con effetti rilevanti sulle riforme delle legislazioni, con riguardo particolare al momento della esecuzione della pena (elaborando istituti che prevedono la esenzione dalla pena, la sospensione della esecuzione, la sostituzione della pena, la libertà condizionale, etc.).

Questo articolato movimento di idee sviluppa il concetto della c.d. *prevenzione speciale positiva* – che sembra influenzare la Costituzione italiana (sebbene non possa affatto dirsi che i costituenti abbiano effettuato una consapevole scelta di campo sul fondamento della pena), la quale, nell'art. 27 co. 2°, recita «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» – con significativi contributi

[182] Delitala, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *RIDP*, 1950, 160 ss.; Fornari, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *RIDPP*, 1993, 569 ss.

[183] Ancel, *La Défense sociale*, Parigi, 1985; Id. [b], *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 3ª ed., Parigi, 1981 [trad. della 2ª ed. a cura di Nuvolone, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966.

[184] Gramatica, *Principi di difesa sociale*, Padova, 1961.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

che partendo dalla critica del principio retributivo propongono di sostituire all'applicazione della pena come conseguenza della condanna, un *programma correzionale*, comprendente il periodo intercorrente tra la pronuncia della condanna e la cessazione di ogni controllo, svincolato da limiti o forme determinate e, con l'ausilio delle scienze psicologiche, psichiatriche, antropologiche e sociali, strettamente adattato alla personalità del condannato e ai suoi mutamenti nel tempo[185], in particolare con l'allargamento dell'istituto della liberazione condizionale e l'affidamento all'assistenza sociale[186].

La Corte costituzionale italiana, in particolare, dopo avere in un primo momento affermato la polifunzionalità della pena, passa ad attribuire al fine della risocializzazione una rilevanza decisiva nella fase della esecuzione penitenziaria e, a partire dalla decisione n. 204/1974 in tema di liberazione condizionale (fino ad allora di competenza del *Ministero di grazia e giustizia*), afferma un diritto alla rieducazione così cogente da far sì che l'istituto divenga per l'organo competente (giudice ordinario *ex* l. n. 6/1975) un obbligo. Poi gli attribuisce una valenza fondamentale anche nella previsione legislativa e nella applicazione della pena con la sentenza n. 364/1988, che proprio dalla funzione rieducativa della pena evince la necessità almeno della colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie, perché «non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa rispetto al fatto, non ha certo bisogno di essere rieducato». Inoltre, con la sentenza n. 313/1990, che dichiara illegittimo l'art. 444 co. 2° c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice possa valutare la congruità con i fini specialpreventivi, che hanno un ruolo decisivo nella commisurazione della pena *ex* art. 133, della pena indicata dalle parti nel patteggiamento e rigettare la richiesta nel caso di valutazione sfavorevole, concludendo che il precetto *ex* art. 27 co. 3° Cost. «deve valere tanto per il legislatore quanto per i

---

[185] MALIVERNI, *Funzione e natura della pena*, in *Studi economico-giuridici*, vol. LXII, Padova, 1961.

[186] L'applicazione parziale di tali principi è stata attuata in Italia con la riforma dell'ordinamento penitenziario attuata dalla l. 26.7.1975, n. 354, e, in particolare, dalla riforma carceraria attuata con la l. n. 616/1986 (c.d. *legge Gozzini*). Sulle riforme penitenziarie v. COCCO, *Nothing works: per il recupero della giustificazione liberale della applicazione e della esecuzione della pena*, in *IP*, 2020, 288 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

giudici della cognizione, oltre che per quelli della esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

Anche nella pratica, abbandonando il causalismo antropologico e biologico della scuola positiva italiana e sottolineando la corresponsabilità della società nel delitto, pur permanendo la (opportuna) diffidenza verso forme di generalizzata attribuzione alla società della responsabilità del crimine, nel Secondo dopoguerra si sono privilegiati nel mondo occidentale strumenti di controllo sociale primario (sussidi, assistenza, predisposizione di servizi sociali) e, con riguardo alle forme di disagio sociale criminalizzate, politiche di controllo sociale tese a favorire misure alternative alla detenzione. Il fenomeno è definito *paradigma di welfare* che riconduce la criminalità, con una logica causale, alle circostanze psichiche e sociali che trasformano il delinquente in ciò che è al momento del delitto, insomma, si ricollega la delinquenza alla mancanza di una educazione adeguata, di una socializzazione familiare, di opportunità di lavoro, di un trattamento appropriato dei problemi sociali e psicologici[187] e la si fronteggia con un insieme di interventi pubblici per eliminare dette cause, fino alla sostituzione delle pene con la socioterapia e la risocializzazione, soluzioni di welfare ritenute più giuste rispetto alla punizione, in quanto non nascondono la corresponsabilità sociale per la criminalità[188]. D'altra parte, si prospetta, quale sviluppo delle idee specialpreventive, un sistema non più fondato sulle colpe dei delinquenti e, dunque, sulla idea di responsabilità penale, ma di responsabilità oggettiva a cui far conseguire la valutazione da parte di una commissione del trattamento più opportuno, ad esempio medico, riabilitativo o della stessa mancanza della sua necessità[189] – il fine della pena viene uniformemente definito per mezzo del concetto di risocializzazione e si sottolinea la importanza della esecuzione penale basata sul trattamento[190].

---

[187] GARLAND, SPARKS, *Sociologie and Social Theorie*, Oxford, 2000, 8 ss.

[188] GARLAND, SPARKS, *Sociologie and Social Theorie*, cit., 9.

[189] WOOTTON, *Crime and the Criminal Law*, London, 1963. Wootton nega ogni «capacità di intendere» come condizione di *accountability*, incrementando a dismisura l'area della «strict liability» o responsabilità oggettiva (47/48).

[190] BAGICALUPO, *Principios de Derecho Penal*, *Parte General*, Madrid, 5ª ed., 1998, 13.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Le Nazioni Unite partecipano attivamente a questo movimento, in primo luogo, coniando la formula «prevenzione del delitto e trattamento del delinquente» e più avanti elaborando *Regole minime per il trattamento dei reclusi* (1957), poi riprese dalle *Norme Penitenziarie europee* (1987). Anche le Costituzioni post-belliche incorporano nei principi fondamentali la funzione risocializzante della pena, così la già citata Costituzione italiana e la Costituzione spagnola del 1978, il cui art. 25.2 recita «le pene privative della libertà e le misure di sicurezza sono orientate alla rieducazione e al reinserimento sociale». Evidenzia però il Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza del 4.7.1991) che l'art. 25.2 Costituzione spagnola non decide la questione della maggiore o minore conformità dei diversi fini della pena rispetto ai valori costituzionali, non stabilisce che la rieducazione e il reinserimento sociale siano le uniche finalità legittime della pena detentiva, ma contiene un mandato rivolto al legislatore e alla amministrazione penitenziaria per orientare la esecuzione di tale pena.

Si tenta insomma di attuare la specialprevenzione positiva[191] affiancata da modelli correzionali sempre più evoluti – che scontano la consapevolezza del fallimento del carcere nei confronti di ogni finalità di prevenzione e muovono dalla fiducia di potere individuare pene e modalità sanzionatorie più utili della privazione della libertà – caratterizzati dalla pena relativamente indeterminata e comunque flessibile nella fase esecutiva, in cui prevalgono valutazioni personologiche e giudizi di pericolosità[192]. In Germania, con lo slogan *torniamo a von Liszt*, in contrapposizione al progetto ufficiale viene prodotto da un gruppo di professori un progetto alternativo del codice penale[193], che poi influenza la stesura del codice penale del 1975.

14. Il modello correzionale cade, però, con la crisi dello Stato sociale incrinando lo scopo specialpreventivo positivo. A partire da-

[191] PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 256; BARATTA, *Vecchie e nuove strategie di legittimazione del diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 2, 247 ss.

[192] PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 256.

[193] *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

gli anni Settanta del secolo scorso si constata che non solo la prigione, ma anche liberazione anticipata, affidamento a comunità, multe, etc., non riescono a conseguire quella rieducazione/riabilitazione del reo che i sistemi penali si ponevano come obiettivo primario[194] e costituivano, al contempo, un fine e una giustificazione per le pratiche penali.

In particolare, in Italia – dove si è riformato il carcere sui modelli elaborati nei decenni precedenti, proprio quando entravano in crisi – si critica l'eccessiva sottolineatura del ruolo della funzione correzionale della pena legata a una interpretazione estensiva e/o forzata dell'art. 27 Cost.[195], sebbene comunque si sottolinei[196] che negli ordinamenti fondati sui diritti e sulle libertà individuali la rieducazione non può avere giustificazione e fini diversi da quelli delle istituzioni penali nel loro insieme, vale a dire la prevenzione dei futuri reati, dunque non può significare educazione coatta al *bene* o ai *valori*, ma esclusivamente il tentativo di creare le condizioni con riguardo a un dato soggetto affinché la legge penale possa esplicare la sua funzione generalpreventiva.

Sociologi, criminologi e penalisti si debbono ricredere sugli effetti (da misurarsi con la riduzione della recidiva) dei programmi riabilitativi a seguito di indagini sul campo che incrinano la fiducia (*nothing works*)[197] sugli effetti di prevenzione (quella speciale e quella generale). Inoltre, si evidenzia[198] che i modelli di giustizia basati sulle idee specialpreventive diffondono nella società la immagine

---

[194] V., con riguardo alla situazione italiana, MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in CURI, PALOMBARINI, cit., 360 s.

[195] Per tutti ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma*, in ROMANO M., STELLA (cur.), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Milano, 1980, 160 ss., che privilegia la prevenzione generale; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 685, n. 19.

[196] DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *RIDPP*, 1979, 472.

[197] MARTINSON, *What Works? - Questions and Answers About Prison Reform*, in *The Public Interest*, 1974, 22 ss.

[198] AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE, *Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America*, New York, 1971.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

di una *giustizia diseguale e arbitraria*, in cui pesano, al pari del fatto commesso, altri criteri come la pericolosità o la possibilità di risocializzare il condannato; e nella opinione pubblica si diffonde l'idea dell'eccessiva indulgenza del sistema penale, e comunque vi è la convinzione che nei confronti della criminalità organizzata – mafia e terrorismo – la risocializzazione non possa avere alcun effetto[199]. D'altra parte, si evidenzia la scarsa incidenza degli sforzi terapeutici in confronto con gli ingenti costi sostenuti (nei Paesi scandinavi: *new crime control policy*). Al centro si pone, pertanto, di nuovo la *responsabilità individuale* rispetto alla corresponsabilità sociale: il motto è «to condamn more and to understand less»[200].

Negli U.S.A. viene meno lo strumento di politica penale dominante nel mezzo secolo precedente, cioè la pena di durata indeterminata al servizio dell'ideale della riabilitazione[201]. Assume un ruolo maggiore la messa alla prova (*Probation*) come essenziale sanzione alternativa non carceraria e giunge virtualmente al termine il rilascio sulla parola (*Release on parole*).

Al loro posto (pur solamente in teoria) le condanne uguali e determinate, per evitare gli esiti irrazionali dei fini irrealizzabili della riabilitazione e assicurare la neutralizzazione ed eguale giustizia per tutti i rei[202]. Il culmine di questa tendenza si ha con il *Sentencing Reform Act* del 1984, l'istituzione della *United States Sentencing Commission* e le sue *Federal Sentencing Guidelines*[203].

Il fallimento della *specialprevenzione* lascia sul campo, quanto meno in apparenza, solo due possibili scopi razionali della pena: la difesa sociale per mezzo del carcere e la retribuzione[204]. Si afferma

---

[199] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 100.

[200] GARLAND, *The Culture of Control*, New York, 2001 [trad. a cura di Ceretti, *La cultura del controllo*, Milano, 2004], 184.

[201] ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven (Conn.), 1981.

[202] BEDAU, KELLY, *Punishment*, loc. cit.

[203] CANNATA S., *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in *ADIR*, 2002.

[204] Nelle recenti teorizzazioni vi è la descrizione della pena (in particolare quella deterrente) come una specie di (auto)difesa sociale che esclude si usi l'aggressore 'semplicemente come mezzo' o che non gli si mostri il rispetto che gli è do-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

che la migliore cosa da fare con i delinquenti condannati è imprigionarli, poiché la neutralizzazione (prevenzione speciale negativa) dei rei o dei recidivi con il carcere o, addirittura, con la morte, costituisce il modo più economico di ridurre il crimine[205]. Del resto, risponde a un diffuso senso comune e al ruolo concretamente svolto dal carcere che la pena carceraria serva anche o soprattutto a isolare i delinquenti, mettendoli in condizioni di non nuocere[206].

Larghi settori della elaborazione internazionale degli ultimi decenni accolgono, pertanto, una impostazione non più volta al trattamento o al disciplinamento ma alla retribuzione e alla neutralizzazione del deviante o reo[207]. La pena nella sua essenza viene di nuovo accreditata[208] quale pratica intrinsecamente retributiva[209], a prescindere dai suoi ruoli ulteriori, dalla sua giustificazione o dai suoi obiettivi[210].

---

vuto (ALEXANDER, *The Doomsday Machine: Proportionality, Punishment and Prevention*, in *The Monist*, 1980, 199 1980; ELLIS, *A Deterrence Theory of Punishment'*, in *Philosophical Quarterly*, 2003, 337 ss.; ID., *The Philosophy of Punishment*, Exeter, 2012; FARRELL, *The Justification of General Deterrence*, in *Philosophical Review*, 1985, 367 ss.; ID., *Deterrence and the Just Distribution of Harm*, in *Social Philosophy and Policy*, 1995, 220 ss.; MONTAGUE, *Punishment as Societal Defense*, Lanham, 1995; QUINN, *The Right to Threaten and the Right to Punish*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1985, 327 ss.; TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, cit.).

[205] Così WILSON, *Thinking About Crime*, New York, 1975 (riv. 1983), tra i massimi esponenti della criminologia della c.d. *nuova destra* statunitense.

[206] VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* 'Marburger Programm', cit., 53 s.

[207] CASTEL, *From Dangerous to Risk*, in BURCHELL, CORDON, MILLER, *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, London, 1991, 288.

[208] Nella storica contrapposizione tra pena giusta e pena utile: CID MOLINÉ, *Pena justa o pena útil?*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

[209] KELLY, *A short History of Western Legal Theory*, Oxford, 1992 [trad., *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996], 555.

[210] Tra gli altri, MORRIS N., *The Future of Imprisonment*, Chicago, 1974; MURPHY, *Marxism and Retribution*, in *Phil. and Public Affairs*, 1973, 217; ID., *Retributivism, Moral Education and the Liberal State*, in *Criminal Justice Ethics*, 1985, 3; ID., *Moral Epistemology, the Retributive Emotions, and the 'Clumsy Moral Philosophy' of Jesus Christ*, in BANDES (cur.), *The Passions of Law*, New York, 1999, 149; ID., *Getting Even: Forgiveness and its Limits*, New York, 2003; ID., *Punishment and*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Tale programma viene realizzato negli Stati Uniti su vastissima scala[211], come attesta la crescita enorme del numero dei prigionieri federali e statali[212]. Emblematica la c.d. *legge dei tre colpi* (*Three strikes and you're out*), che mutua una espressione del *baseball*, presente in alcuni degli Stati Uniti: alla terza condanna per un delitto anche di modesta entità si applica la pena a vita[213]. Ma anche in Italia è significativo l'incremento dei detenuti negli ultimi decenni, in particolare con riferimento alla capacità del sistema carcerario, al punto da far ritenere indispensabile l'indulto del 2006 per diminuire il numero dei detenuti insopportabile per il sistema carcerario. Ed ancor più grave è la situazione negli anni seguenti, fino a comportare la condanna dell'Italia da parte della Corte edu II, 8.1.2013, Torreggiani, per il sovraffollamento carcerario[214]. A cui si è risposto con vari provvedimenti legislativi c.d. *svuota carceri*: d.l. n. 211/2011, conv. in l. n. 9/2012; d.l. n. 78/2013, conv. in l. n. 94/2013; d.l. n. 146/2013, conv. in l. n. 10/2014, nonché la l. n. 67/2014. Ma di nuovo al 31.7.2018 il numero delle persone detenute è di 58.506, e al 30.6.2025 è di 62.728 (di cui poco meno di un terzo stranieri), mentre la capienza ufficiale è di 51.300[215].

Perde, dunque, credito la teoria della prevenzione della criminalità incentrata sul criminale quale soggetto socialmente, culturalmente, economicamente e biologicamente condizionato e perciò trat-

---

the Moral Emotions: Essays in Law, Morality, and Religion, New York, 2012; Singer, *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge (Mass.), 1979; Dershowitz, *Fair and certain Punishment*, New York, 1976; Mathieu, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale* (1978), Macerata, 2007.

211 Bedau, Kelly, *Punishment*, loc. cit.

212 Circa 2,28 milioni nel 2012, oltre 700 per 100.000 abitanti, sette volte il medesimo rapporto in Italia e negli USA negli anni 1930/1970. Una diminuzione si registra negli ultimi anni, al 2022 circa 1,8 milioni di prigionieri ovvero 541 per centomila abitanti a fronte di 106 per centomila abitanti in Italia [dati World Prison Brief]; cfr. Zimring, *La dimensione del fenomeno detentivo negli stati Uniti: i modelli del ventesimo secolo e le prospettive del ventunesimo*, in *Crim.*, 2011, 50 ss.

213 Zimring, Hawkins, Kamin, *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California*, New York, 2001.

214 Cfr. in tema C. edu GC, 20.10.2016, *Muršić v. Croazia*.

215 Dati World Prison Brief.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

tabile, trasformabile in un essere normale[216]. Anzi, secondo una disincantata lettura[217], la risocializzazione diviene un comodo alibi sotto la cui copertura tutto il sistema penale e, in particolare, la prigione hanno avuto negli ultimi anni una espansione senza precedenti.

D'altra parte, la prevenzione speciale, nella veste della risocializzazione, ed a maggiore nei termini più brutali della neutralizzazione, incontra anche limiti teorici quando viene proposta come fondamento di per sé della pena, è indubbio infatti che vi sono casi in cui alla commissione del reato non segue alcuna necessità di prevenzione individuale, in particolare nei casi dei delinquenti primari e occasionali, ma anche nei casi di delinquenza anche molto grave ma legata a specifici contesti politico-sociali, si pensi ai criminali nazisti, le cui condotte sono legate a quel momento storico, o ai comunisti della D.D.R.[218]. Né, d'altra parte, il fallimento preventivato della risocializzazione nei confronti del delinquente abituale può determinare la rinuncia alla pena; o può perseguirsi la risocializzazione con strumenti idonei a produrre il mutamento delle idee per i delinquenti politici[219]. Se anche per tali casi la pena è prevista ed è necessario applicarla è perché essa persegue la tutela dei beni giuridici nei confronti di tutti i cittadini comunque motivati ed in qualunque condizione si trovino ed atteggiamento abbiano nei confronti dei beni altrui. Ciò non significa peraltro – come del resto già presente nelle teorizzazioni sette-

[216] SANTORO E., *Carcere e società liberale*, Torino, 1997; ID., *Le politiche penali dell'era della globalizzazione*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2002, f. 2-3, 75 ss.

[217] Così MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., 54.

[218] Le teorie special-preventive non possono da sole spiegare e giustificare il fenomeno della pena in tutte le sue dimensioni e, quindi, non possono essere prese seriamente in considerazione come teorie che giustificano l'ordinamento penale. Basti considerare che alla stregua di siffatte teorie, in assenza di particolari esigenze preventive relative al singolo autore, la pena non dovrebbe essere applicata, ad esempio, in tutti i casi in cui l'autore non possa commettere di nuovo il reato, risultato che però non è accettato in nessuno Stato del mondo, soprattutto quando si tratti di eventi particolarmente gravi, né si reputa debba essere accettato (v. FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, loc. cit.; inoltre ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., 377, 379; SCHÜNEMANN, *Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten*, in *FS Bruns*, Köln-Berlin, 1978, 223, 236).

[219] MIR PUIG, *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., 48.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

centesche – che la prevenzione individuale non possa avere una funzione di tutela dei beni anche soprattutto in termini di impedimento della ricaduta del delitto, specialmente con la risocializzazione.

15. Alla filosofia della risocializzazione col tempo si sostituisce, quanto meno nelle enunciazioni, quella della *efficienza*, che privilegia il rapporto tra costi sostenuti e livelli di sicurezza raggiunti, la quale sembra nascondere, in contrapposizione alla democrazia rappresentativa, l'avanzare della *democrazia d'opinione*[220] o, più crudamente, del *protagonismo della plebe*[221] o *populismo*[222], in cui hanno un peso minore le *elités* intellettuali[223], che richiede una risposta da parte del sistema della politica alle percezioni emozionali soggettive più elementari della paura e del rancore con l'incremento della penalità (in particolare simbolica), frutto della espansione – tipica della nostra epoca[224] – del rischio criminalità per attentati alla proprietà dalla *upper class* alla maggioranza dei consociati[225].

Ma i nuovi problemi vengono affrontati con vecchi strumenti, infatti la strategia del controllo della criminalità più popolare degli ultimi decenni diventa la *Zero Tolerance* (*tolleranza zero*) promossa dal sindaco di New York (1994-2001) Rudolph Giuliani[226], le cui

---

[220] GARAPON, SALAS, *La République Pénalisée*, Paris, 1996 [trad., *La Repubblica penale*, Macerata, 2007].

[221] DÍEZ RIPOLLÉZ, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, 36-41.

[222] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 85 s.; ID., *Coesione sociale attraverso il diritto penale?*, in COCCO (cur.), *L'interpretazione per un giudice liberale*, Padova, 2025, 269 ss.

[223] PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 280.

[224] GARLAND, *The Culture of High Crime Societes. Some Preconition of Recent 'law and Order' Politics*, in *British J. of Criminology*, 2000, 347 ss.; PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 281 ss.

[225] Altro che declino del bene giuridico patrimonio! In tema COCCO, *Una introduzione ai reati contro il patrimonio e l'economia pubblica. Tra beni giuridici e tecniche di tutela*, in *Studi M. Romano*, Napoli, 2011, III, 1449 ss.

[226] WACQUANT, *Les prisons de la misère, Raisons d'Agir*, Parigi, 1999 [trad., *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, 2000].

[227] WILSON, KELLING, *Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety*, in *Atlantic Monthly R.*, marzo 1982.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

basi teoriche sono poste dalla criminologia della nuova destra[227], secondo cui si devono eliminare dalla vista dei cittadini tutte *le finestre rotte* (*Broken Windows*) e, dunque, vanno repressi tutti i comportamenti che, pur non configurando reato o configurando solo reati bagatellari, sono molesti e danno la sensazione al cittadino di vivere in una città degradata, la cui individuazione è lasciata alla *Polizia*, unica interprete del comune sentire dei cittadini.

In Europa i partiti politici di ogni orientamento fanno a gara nel promettere di combattere più efficacemente la criminalità con pene più severe[228], distinguendosi solamente nell'individuazione dei beni da tutelare e dei reati, con il conseguente ampliamento dell'ambito del diritto penale, l'aumento delle pene, l'allargamento delle competenze dei sistemi investigativi che toccano i diritti fondamentali[229].

All'incremento del consenso all'uso del carcere e della neutralizzazione, si accompagna anche la considerazione che l'equità sia conseguibile con una condanna alla pena *meritata* dai rei (c.d. dottrina del *just desert*)[230], dunque con la retribuzione. Così gli obiettivi della retribuzione e della neutralizzazione divengono dominanti, in particolare nella dottrina anglo americana, e talvolta sostituiscono completamente nelle menti di politici, anche europei, e teorici sociali gli obiettivi della *prevenzione generale* e della *riabilitazione* (risocializzazione rieducazione nel nostro linguaggio), anche per la presenza di difficoltà sempre crescenti per gli operatori, sottolineate, ad esempio, dalle rivolte nelle carceri.

Questi sviluppi socio-legali sono rafforzati da una (*sorprendentemente*) coerente riflessione filosofica, che riscopre il pensiero retributivo classico di Kant[231] e Hegel, e riafferma che la riabilitazione dei delinquenti condannati non è lo scopo della pena (semmai solo

---

[228] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 86.

[229] ALBRECHT, *Die vergessene freiheit*, loc. cit.

[230] TWENTIETH CENTURY FUND, *Fair and Certain Punishment*, New York, 1976; VON HIRSCH, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick (N.J.), 1985; SINGER, *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge (Mass.), 1979.

[231] Espressamente il *Report of the Committee for the Study of Incarceration*, in VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Report of the Committee for the Study of Incarceration, New York, 1976, 6.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

collaterale) – e tanto meno nei modi ispirati medicalmente[232] – in quanto, oltre a non essere un obiettivo praticabile, non è moralmente accettabile perché non rispetta l'autonomia dei condannati e viola il *diritto* dei delinquenti ad essere puniti per il male causato intenzionalmente[233]. Di cui è sostanzialmente condivisibile il primo argomento[234] nella misura in cui il perseguimento dello scopo rieducativo si lega a una concezione dello Stato manipolatore terapeuta, che si prende cura del criminale con la presunzione di possedere sistemi di valore cui è bene educare[235], con effetti di sostanziale eliminazione-riduzione del principio di libertà, essendo ancora vivo il ricordo dei metodi *rieducativi* dei totalitarismi del Novecento.

Mentre non è condivisibile l'affermazione dell'esistenza e dell'esercizio di un diritto a essere puniti, posizione che attiene all'etica – laddove, infatti, si è sviluppata – e non al diritto, il quale deve avere finalità che interessano la comunità e non il singolo o l'ultraterreno[236]. Solamente per il Raskol'nikov di Dostoevskij, in *Delitto e castigo* (1866), nel mondo vi è chi merita la punizione accolta cordialmente come una penitenza[237], sulla scia dell'assunto hegeliano se-

---

[232] Già ritenuti più efficienti da WOOTTON, *Crime and the Criminal Law*, loc. cit.; MENNINGER, *The Crime of Punishment*, New York, 1968, e ben rappresentati nel film 'Arancia meccanica' (*Clockwork Orange*, 1962) di A. Burgess.

[233] Già HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) [trad., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma, 1979]; ora MORRIS H., *Persons and Punishment*, in *The Monist* 1968, 475 ss.

[234] Lo riprenderemo in sede di giustificazione liberale della pena: COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, loc. cit.

[235] Così PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *ED*, XXXIV, Milano, 1985, 30; DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *RIDPP*, 1979, 471; MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 64 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., 53; FERRAJOLI *Diritto e ragione*, loc. cit.; CACCIARI, *Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena*, in Curi, Palombarini, cit., 248; già CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, loc. cit.

[236] Cfr., tra gli altri, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 686 n. 21.

[237] Non manca chi sostiene che la punizione non viola i diritti dei trasgressori nella misura in cui acconsentono alla loro punizione (NINO, *A Consensual Theory of Punishment*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1983, 289 ss.), peraltro, non molto lontana da essere una formula meramente retorica, poiché si sostiene che quando una persona commette volontariamente un crimine pur conoscendone le conseguenze acconsente alla pena (per le critiche HOSKINS, DUFF, *Legal punishment*, loc. cit.).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

condo cui se il criminale non venisse punito, sarebbe trattato da indegno, da bestia, da non-uomo. Si tratta del tema del conseguimento della salvezza attraverso la sofferenza[238], tradizionalmente presentato come cristiano[239], che – oltre a caratterizzare l'opera di Dostoevskij, secondo cui l'atto del soffrire ha un effetto purificatore sullo spirito umano – è presente nella cultura penalistica coeva in Josef Kohler (1849-1919), secondo cui la pena opera come antidoto contro l'immoralità (teoria dell'espiazione)[240] e ha antica radice nella concezione della pena medicina dell'anima (*poena medicinalis*) di Platone (428-347 a.C.)[241] e Aristotele (384-322 a.C.)[242], ripresa da San Tommaso d'Aquino (1224/1225 - 1274)[243].

Ad analoga critica si espone la c.d. retribuzione morale kantiana. Non comprendo, infatti, quale imperativo o principio, idea o *deo*, possa giustificare la privazione della libertà (o addirittura della vita) delle persone se non la necessità di tutelare la vita o altri beni essenziali delle presenti e delle future generazioni, esplicitamente assenti nell'immagine kantiana[244].

Una caratteristica sorprendente della teorizzazione penale, in particolare anglosassone, a cavallo tra il ventesimo e il ventunesimo se-

---

[238] L'argomento, sotto il profilo del fine vita, è trattato anche in Cocco, *È lecito evitare l'agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2020, 382.

[239] Così ad es. Carnelutti, *Meditazione sulla essenza della pena*, in *RIDPP*, 1955, 9 ss., secondo cui funzione della pena è essenzialmente promuovere il pentimento del reo, che laddove intervenga annulla il reato con l'effetto che la pena dovrebbe cessare; *contra* Lener, *L'enigma penale*, in *La civiltà cattolica*, 1947, I, 227 ss., il quale nega che secondo la teologia cristiana il pentimento annulli il reato.

[240] Kohler, *Das Wesen der Strafe. Eine Studie*, Würzburg, 1888.

[241] Platone, *Gorgia* [trad. Roma-Bari, 2007], 15, 20, 34.

[242] Aristorele, *Etica nicomachea* [trad., Milano, 2000], II (B) 3, 1104b.

[243] *Summa Theologiae*, Parte I-II, q. 87.

[244] Si afferma che il *Giudice supremo*, nel *Giudizio finale*, applica unicamente il principio di retribuzione (Pio XII al VI congresso internazionale di diritto penale), ma non si spiega come l'uomo si possa sostituire al *Giudice supremo* in questo mondo. D'altra parte, non è nemmeno un postulato dell'etica ricambiare il male con il male (*contra* Bettiol, v. contributi in n. 142); è un lascito di Federico Stella (*La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006) ai penalisti contemporanei la contraria affermazione che al male si risponde con il bene (già Del Vecchio, *Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena*, in *Scritti Carnelutti*, I, Padova, 1950, 89).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

colo[245] è il *revival* del retribuzionismo positivo, dell'idea cioè, non soltanto che non si deve punire l'innocente (e che non si deve punire il colpevole più di quanto meriti) (retribuzionismo negativo), ma che la giustificazione positiva della pena consiste nel suo carattere intrinseco di risposta meritata dal crimine, il crimine rende il colpevole «meritevole di soffrire»[246] e di soffrire una determinata cosa[247]. Per questa posizione, dunque, la meritevolezza non costituisce solo la ragione necessaria, ma anche quella sufficiente della pena o, almeno, una sua forte ragione positiva[248]. Si tratta di un pilastro del neo-retribuzionismo: il compito essenziale della condanna è la giustizia o la equità della punizione, e una condanna è giusta in relazione alla colpevolezza del reo e al danno provocato dal crimine alla vittima e alla società[249].

In breve, la pena giusta è retributiva. In alcune versioni la meritevolezza[250] è legata al *public panic* o allarme sociale indotto dall'espansione della criminalità, in cui il comune sentire diviene il sicuro criterio che consente di determinare in concreto la pena meritata[251].

---

[245] Benché la dottrina italiana sia quasi totalmente schierata per la general-prevenzione.

[246] Davis L., *They Deserve to Suffer*, in *Analysis*, 1972, 136 ss.

[247] Ardal, *Does Anyone ever Deserve to Suffer?*, in *Queen's Quarterly* 1984, 241 ss.; Honderich, *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*, London, 1976, ed. riv. 2005; Horder, *Provocation and Responsibility*, Oxford, 1992, § 2.

[248] Hart H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, New York, 1963 [trad., *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968]; Morris H., *Persons and Punishment*, in *The Monist* 1968, 475 ss.; Morris N., *The Future of Imprisonment*, Chicago, 1974; Murphy, *Marxism and Retribution*, cit., 217; von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Report of the Committee for the Study of Incarceration, New York, 1976. Più recentemente, v. White (cur.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, New York, 2011; Tonry (cur.), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?* New York, 2012.

[249] Card, *Retributive Penal Liability*, in *American Phil. Quarterly Monographs* 1973, 17; von Hirsch [c], *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick (N.J.), 1985; Nozick, *Philosophical Explanations*, Cambridge (Mass.), 1981, 366-374 [trad. it., *Spiegazioni filosofiche*, Milano, 1987; stralci in *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, 269].

[250] Crit. Eusebi [d], *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione?*, in *RIDPP*, 2006, 1157.

[251] Singer, *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge (Mass.), 1979; Dershowitz, *Fair and certain Punishment*, New York, 1976; crit. Pavarini [c], *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 281.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

16. Inoltre, le tesi neo-retribuzioniste – pure molto differenziate tra loro – presentano come secondo pilastro la risposta al quesito del perché deve essere lo Stato a infliggere la pena[252]. Se con riguardo alla retribuzione morale classica è sempre valida la obiezione di Antolisei[253] che non si spiega perché spetti allo Stato soddisfare l'esigenza etica della compensazione e conclude che, costituendo la pena un grave onere per la collettività sociale, debba essere spiegata con ragioni attinenti alla conservazione della vita in comune. Per le tesi neo-retribuzioniste, invece, il ruolo dello Stato dipende dal fatto che la legge penale benefica tutti i cittadini proteggendoli da certi tipi di illecito, facendo affidamento su cittadini che sopportano il peso dell'autocontrollo (*self-restraint*) del rispetto della legge. Invece, il criminale trae beneficio dall'autocontrollo altrui, ma rifiuta di accettare tale peso, quindi, consegue un vantaggio ingiusto che la pena rimuove imponendogli un carico supplementare[254], ed è compito dello

---

[252] MURPHY, *Retributivism, Moral Education and the Liberal State*, in *Criminal Justice Ethics*, 1985, 3; HUSAK, *Why Punish the Deserving?*, in *Nous*, 1992, 447; SHAFER-LANDAU, *Can Punishment Morally Educate?*, in *L&P*, 1991, 189; WELLMAN, *Rights and State Punishment*, in *The Journal of Philosophy*, 2009, 419 ss.

[253] ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 687.

[254] FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980; SADURSKY, *Distributive Justice and Theory of Punishment*, in *Oxford J. of Legal Studies*, 1985, 47 ss.; DAVIS M., *To Make the Punishment Fit the Crime: Essays in the Theory of Criminal Justice*, Boulder (Col.), 1992, 42; ID., *Justice in the Shadow of Death: Rethinking Capital and Lesser Punishments*, Lanham, 1996; DAGGER, *Playing Fair with Punishment*, in *Ethics*, 1993, 473; ID., *Punishment as Fair Play*, in *Res Publica*, 2008, 259 ss.; ID., *Republicanism and the Foundations of Criminal Law*, in DUFF, GREEN (cur.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011, 44 ss.; STICHTER, *Rescuing Fair Play as a Justification of Punishment*, *Res Publica*, 2010, 73 ss.; DUUS, OTTERSTRÖM, *Fairness-Based Retributivism Reconsidered*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2017, 481 ss. Critici BURGH, *Do the Guilty Deserve Punishment?*, in *J. of Philosophy*, 1982, 193 ss.; FALLS, *Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons*, in *Law and Philosophy*, 1987, 25; DOLINKO, *Some Thoughts about Retributivism*, in *Ethics*, 1991, 537 ss.; ANDERSON, *Reciprocity as a Justification for Retributivism*, in *Crim. Justice Ethics*, 1997, 13 ss.; SCHEID, *Davis and the Unfair-Advantage Theory of Punishment: A Critique*, in *Philosophical Topics*, 1990, 143 ss.; ID., *Davis*, *Unfair Advantage Theory and Criminal Desert*, in *Law and Philosophy*, 1995, 375 ss.; VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment: From "Why Punish?" to "How Much?*, in *Criminal Law Forum* (1), 1990, 259 ss.; BOONIN, *The Problem of Punishment*, cit. 119 ss.; HOSKINS *Fair Play, Political Obligation, and Punishment*, in *Cri-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Stato infliggere questa sofferenza perché è autore o garante della legge penale.

Si tratta della pena vista come correzione di una ingiusta diseguaglianza distributiva: chi non rispetta il limite posto alla propria libertà dall'eguale libertà altrui, togliendo ad esempio la vita, non solo si impadronisce illecitamente di quella vita ma si appropria anche di un *surplus* di libertà rispetto a quanto gli è concesso dalla legge della pari libertà, che con la pena gli viene ripreso[255]. Già per Aristotele «il giudice cerca di ristabilire l'uguaglianza con la perdita inflitta come pena, cioè col togliere qualcosa al guadagno ingiusto»[256]. In tale prospettiva si spiega la richiesta di pene più severe per correggere una ingiusta diseguaglianza distributiva, che caratterizza i tempi di maggiore ingiustizia sociale, certo mal indirizzata ed illusoria, poiché si rivolge al singolo delinquente, che diviene un capro espiatorio, invece che all'ordinamento distributivo sentito come ingiusto[257].

Tali spiegazioni tuttavia non convincono. Presentano difficoltà interne, ad esempio con riguardo alla *misurazione* del vantaggio ingiusto conseguito con il crimine e alla correlazione di tale misurazione e con i nostri giudizi sulla serietà dei crimini[258].

Inoltre, travisano ciò che fa meritare la punizione. A rendere gli assassinii, gli stupri e le rapine meritevoli di pena è il danno ingiusto che arrecano alla vittima, non il vantaggio ingiusto del criminale[259]. In vero, già Hegel[260] ha ben chiaro che l'universale negato dal cri-

---

minal Law and Philosophy, 2011, 53 ss. In tema anche SLOBOGIN, *Limiting Retributivism and Individual Prevention*, in *The Routledge Handbook of the Philosophy and Science of Punishment*, London, 2020.

[255] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 114.

[256] ARISTORELE, *Etica nicomachea*, V, 4.

[257] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 118; ALBRECHT, *Kriminologie*, München, 2ª ed., 2002, 72 ss.

[258] Così SCHEID, *Davis and the Unfair-Advantage Theory of Punishment: A Critique*, loc. cit.; ID., *Davis, Unfair Advantage Theory and Criminal Desert*, loc. cit.; VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment: From 'Why Punish?' to 'How Much?'*, in *CLF*, 1990, 259 ss.; GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 116.

[259] HOSKINS, DUFF, *Legal punishment*, loc. cit.

[260] HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) [trad., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma, 1979], § 218.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

mine, che a sua volta la pena deve negare, è il sistema formato dall'indissolubile binomio personalità-proprietà[261].

Legata alla giustificazione della pena come correzione di una ingiusta diseguaglianza distributiva è anche la tesi della *psicologia sociale* che spiega il bisogno di punizione a partire dalla aspettativa di un *mondo giusto*, in cui gli uomini ricevono ciò che spetta loro e meritano[262], invece il criminale si prende più di quanto gli spetta e dunque merita e deve subire il male che elimina lo squilibrio, il quale, se non è operato dal destino[263], deve essere attuato da noi e conferma la nostra visione del mondo[264]. Alla base di tale concezione vi è la classica lettura della pena statale come un superamento della vendetta privata, per evitare la quale lo Stato monopolizza la violenza e ascrive a sé il diritto di punire, cosicché la pena non risarcisce più la vittima, ma la violazione del diritto[265].

Questa posizione puramente retributiva non è condivisibile perché fondata su due principi *a priori*, ovvero non dimostrati: i colpevoli meritano di essere puniti e nessuna considerazione morale attinente alla pena può vincere tale meritevolezza; nonché una affermazione epistemologica: si conosce con certezza ragionevole quale punizione i colpevoli meritino[266]. Essendo, per contro, del tutto discutibile che i rei meritino sempre di essere puniti, che debbano sempre ricevere quel che meritano e, comunque, che, anche quando debbano essere puniti come meritano, chi castiga sappia sempre quel che meritano, eccetto che nel senso puramente procedurale[267].

---

261 CACCIARI, *Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena*, in CURI, PALOMBARINI, cit., 246.

262 DALBERT, *Über den Umgang mit Ungerechtigkeit. Eine psychologische Analyse*, Bern, Göttingen, 1996.

263 P*oena naturalis*, cfr. § 60 StGB.

264 NEIMAN, *Das Böse denken*, Frankfurt a.M., 2004 53; GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 122.

265 V. l'analisi di GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 90 s.

266 PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, loc. cit.; MOORE M., *The Moral Worth of Retribution*, in SCHOEMAN (cur.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, 1987.

267 V. BEDAU, *Retribution and the Theory of Punishment*, in *J. of Philosophy*, 1978, 601.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Né si può rispondere a queste critiche insistendo che la pena non è nulla più che una conseguenza concettuale e necessaria del vivere sotto la legge[268], ovvero la riaffermazione dell'ordinamento giuridico nel senso della sua restaurazione ideale e nella stessa misura in cui viene screditato dalla infrazione commessa[269], costituente la riedizione del pensiero hegeliano, secondo cui «il delitto è ribellione all'autorità dello Stato, è la negazione del diritto, la pena è a sua volta la negazione del delitto e quindi la riaffermazione del diritto» – nonché della dottrina penalistica ottocentesca ispirata da Hegel[270].

A mio parere la c.d. retribuzione giuridica non spiega né giustifica l'istituto della pena, ma, eventualmente, l'applicazione ed esecuzione della stessa, perché è semplicemente tautologica: secondo questa posizione, infatti, l'istituto della pena si giustifica perché è previsto, mentre la sua giustificazione va ricercata spiegando perché è previsto. Condivisibilmente von Liszt obietta a Binding di avere costruito una pena senza scopo di utilità e afferma che la pena non può avere il fine in sé stessa, anche se per Binding, in verità, la pena ha lo scopo di mantenere l'autorità statale[271].

D'altra parte, i retribuzionisti debbono ancora costruire un modo non arbitrario di decidere quale sia la pena meritata dal reo, antichi (fin dall'*unicuique suum* romano) e moderni sono stati sempre attratti da una delle diverse forme di *lex talionis*[272], nonostante le

---

[268] FINGARETTE, *Punishment and Suffering*, in *Proceedings of the American Philosophy Ass.*, 1978, 499 ss.

[269] V. anche GRACIA MARTÍN, in GRACIA MARTÍN, Boldova Pasamar, Alastuey Boldon, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2004, 31.

[270] BINDING e il primo PESSINA.

[271] Va rilevato – rispetto al conflitto tra pensiero *consequentialist* e *deontological* – che per Binding la pena è la risposta dello Stato alla violazione di una norma di legge positiva, non a un atto sbagliato (*wrongful act*) o a una esigenza di giustizia, e non vi è un diritto alla punizione ma un diritto alla obbedienza alla legge, trasformata dalla disobbedienza dell'offensore (BINDING, *Das Problem des Strafe in der heutigen Wissenschaft*, in *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, I, *Strafrecht*, München, Leipzig, 1915, 86): lo scopo della pena è dunque assoggettare il reo al potere della legge per mantenerne l'autorità, la pena rappresenta la santità e l'inviolabilità dei doveri a cui è legata.

[272] In Kant la misura della pena dipende dal principio del taglione: *Wiedervergeltungsprinzip*; MILL J.S., *Utilitarianism* (1863) [trad., *L'utilitarismo*, Milano,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

obiezioni sollevate dal tempo post-biblico ad oggi[273]. Né è sufficiente affermare la retribuzione come proporzione tra severità della pena e gravità dell'offesa, perché permane ancora una ampia gamma di alternative fra cui scegliere nell'ambito degli estremi del legalismo positivistico: i rei meritano qualunque sanzione la legge penale preveda, e del moralismo incipiente: i rei meritano qualunque sanzione sia proporzionata alla loro colpevolezza morale e al danno causato. Un numero indefinito di tabelle di sanzioni penali diverse può essere ugualmente coerente col principio di proporzionalità retributivo[274].

Una diversa spiegazione retributiva fa appello alle nostre (normali, appropriate) *risposte emotive al crimine*, ad esempio: al sentimento di *odio retributivo* comportante un desiderio di far soffrire il malfattore[275], o al senso di colpa comportante il bisogno di essere punito che la causazione del male sveglierebbe nell'agente[276]. Per tali tesi il crimine merita la pena nel senso che rende appropriate certe emozioni (risentimento[277], colpa) che sono soddisfatte dalla (o espresse nella) pena. Ma, sebbene sia tradizionale la affermazione che il sentimento d'odio e il desiderio di vendetta sono componenti importanti della natura umana che debbono essere soddisfatti con la pena statuale[278], e si reputi come «rozza regola empirica» che la pena debba

---

1991; Davis M., *To Make the Punishment Fit the Crime: Essays in the Theory of Criminal Justice*, Boulder (Col.), 1992, 42 ss.

[273] Walker, *Why Punish?*, Oxford, 1991.

[274] Pincoffs, *Are Questions of Desert Decidable?*, in Cederblom, Blizek (cur.), *Justice and Punishment*, Cambridge (Mass.), 1977, 75.

[275] Murphy, Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, 1988.

[276] Moore M., *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997, § 4, per il quale l'unica funzione del diritto penale è quella di fornire una punizione giustificata (in tal senso Edwards).

[277] Sul risentimento costruisce il sistema penale Adam Smith, su cui Paganelli, Simon, *Crime and punishment: Adam Smith's theory of sentimental law and economics*, in *Journal of the History of Economic Thought* (44), 2/2022, 268 ss.

[278] Sebbene il biasimo possa anche servire a trasmettere quanto seriamente prendiamo l'illecito, e quindi a dimostrare rispetto per le sue vittime così come per i suoi autori (v. Cogley, *A Study of Virtuous and Vicious Anger*, in Timpe, Boyd (cur.), *Virtues and Their Vices*, New York, 2014, 199 ss.; Hoskins, *Anger and Punishment*, in Lewis, Bock (cur.), *The Ethics of Anger*, Lanham, Md., 2020, 227 ss.). Se ciò richiede che si riconoscano come tali le azioni illecite, ci si impegni a riformare

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

essere impiegata esclusivamente per la prevenzione di condotte dannose verso terzi[279]. Si evidenzia che l'aspetto *affettivo* del biasimo, ovvero la sua realizzazione in atteggiamenti reattivi negativi come rabbia, odio e disprezzo, ha effetti perniciosi quando si manifesta nel diritto penale perché promuove condanne sommarie dei trasgressori, piuttosto che la condanna semplicemente dei loro crimini; e contribuisce all'eccesso di criminalizzazione, a condanne eccessivamente dure e all'incarcerazione di massa; mentre la risposta dello Stato ai crimini dovrebbe concentrarsi sulla riabilitazione, trattando i trasgressori come agenti moralmente responsabili ma non biasimandoli[280].

Tali posizioni non dimostrano, comunque, perché debba essere lo Stato a soddisfare od offrire una espressione formale di tali emozioni[281]. Il crimine certamente provoca emozioni quali l'indignazione eterodiretta e la colpa autodiretta, ed è probabile che tali emozioni causino abitualmente il desiderio di fare soffrire coloro ai quali sono dirette; tuttavia, dovremmo resistere al desiderio di restituire il colpo[282] e, comunque, è necessario sapere di più sul fatto che i malfattori meritino di soffrire e perché l'inflizione di una sofferenza sia un modo adatto di esprimere tali emozioni[283].

---

il proprio comportamento e si inizi a riconciliarsi con la propria comunità riparando l'illecito, potrebbe sostenersi che le emozioni associate al senso di colpa (colpa, rimorso) e il biasimo degli altri (rabbia, risentimento) gioca un ruolo centrale in tale processo (HOSKINS, DUFF, *Legal punishment*, loc cit.).

[279] Così, ad es., il giurista inglese STEPHEN (1828-1894), *Liberty, Equality, Fraternity*, London, 1873.

[280] Vedi LACEY, PICKARD, *From the Consulting Room to the Court Room? Taking the Clinical Model of Responsibility Without Blame Into the Legal Realm*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, 1 ss.; ID., *To Blame or To Forgive? Reconciling Punishment and Forgiveness in Criminal Justice*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 665 ss.; ID., *A Dual-Process Approach to Criminal Law: Victims and the Clinical Model of Responsibility Without Blame*, in *Journal of Political Philosophy*, 2018, 229 ss.; ID., Why *Standing to Blame May Be Lost But Authority to Hold Accountable Retained: Criminal Laws as a Regulative Public Institution*, in *The Monist*, 2021, 265 ss.; anche KELLY, *The Limits of Blame*, Cambridge Mass, 2018; NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness: Resentment, Generosity, Justice*, New York, 2016, cap. 6.

[281] DUFF, *Legal punishment*, loc. cit.

[282] HORDER, *Provocation and Responsibility*, Oxford, 1992, 194 s.

[283] Crit. DUFF, *Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment*, cit., 29 s.; DOLINKO, *Some Thoughts about Retributivism*, Ethics 1991,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Infine, vi è chi sostiene che quando le persone commettono un crimine contraggono un debito morale, ulteriore rispetto al debito materiale, con le loro vittime e la pena è meritata come modalità di pagamento del debito[284].

17. Un altro genere di spiegazione su significato e giustificazione della pena come risposta che il crimine merita – la quale consegue anche alle difficoltà di validazione empirica delle teorie preventive e, in particolare, della prevenzione speciale[285] – fa leva sul suo carattere espressivo o comunicativo[286]. In questa prospettiva la

555 s.; KNOWLES, *Unjustified Retribution*, in *ILR*, 1993, 50 ss.; MURPHY, *Moral Epistemology, the Retributive Emotions, and the 'Clumsy Moral Philosophy' of Jesus Christ*, in BANDES (cur.), *The Passions of Law*, New York, 1999, 149; ID., *Getting Even: Forgiveness and its Limits*, New York, 2003.

[284] MCDERMOTT, *The Permissibility of Punishment*, in *Law and Philosophy* (20), 2001, 403 ss.

[285] HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 2ª ed., 1990, 198 ss.

[286] Ad es. il filosofo idealista EWING, *Punishment as Moral Agency: An Attempt to Reconcile the Retributive and Utilitarian View*, Mind, 1927 (vol. 36), 292; il penalista tedesco Max Ernst MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903; e BURGH, *Do the Guilty Deserve Punishment?*, in *J. of Philosophy*, 1982, 193. La formulazione paradigmatica nell'attualità è in FEINBERG [a], *The Expressive Function of Punishment*, loc. cit.; PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, loc. cit.; VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993 (trad. sp., *Censurar y castigar*, Madrid, 1998), cap. 2; DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, New York, 2001, cap. 1.4.4, 3.2; ID., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, 2015; BENNETT, *The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment*, Cambridge, 2008; MARKEL, *What Might Retributive Justice Be?*, in *White*, 2011, 49; ID., *Retributive Justice and the Demands of Democratic Citizenship*, in *Virginia J. of C.L.*, 2012, 1. Per una analisi critica HART H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, New York, 1963 [trad., *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968], 60 s.; SKILLEN, *How to Say Things with Walls*, in *Philosophy*, 1980, 509; DAVIS M., *Justice in the Shadow of Death: Rethinking Capital and Lesser Punishments*, Lanham, 1996, 169 ss.; BOONIN, *The Problem of Punishment*, New York, 2008, 171 ss.; HANNA, *Say What? A Critique of Expressive Retributivism*, in *Law and Philosophy*, 2008, 123; HUSAK, *Overcriminalization*, cit.; MATRAVERS, *Justice and Punishment: The Rationale of Coercion*, Oxford, 2000; LEE, *Arguing Against the Expressive Function of Punishment: Is the Standard Account Insufficient?*, in *Law and Philosophy*, 2019, 359 ss. Per una recente indagine in tema cfr. NISCO, *Teorie espressive della pena: un'introduzione critica*, Torino, 2024.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

pena è legittima perché ha la funzione di comunicare socialmente la disapprovazione per la violazione della norma al suo autore e, dunque, di ratificare e stabilizzare le aspettative normativamente garantite[287]. In alcune versioni, la pena esprime alla comunità in generale (compresi l'autore del reato e la vittima) la denuncia o la dissociazione della società dal crimine[288].

La considerazione della pena come una *comunicazione morale* è centrale nelle recenti concezioni retributive, per le quali il significato essenziale e lo scopo della pena è il comunicare ai rei la censura o la condanna che meritano per i loro crimini, sebbene anche il finalismo possa considerare la pena utile anche in virtù del suo carattere comunicativo[289]. Tale spiegazione risponde alle due domande che si pongono i retribuzionisti, evidenziando la relazione giustificatrice tra crimine e censura, intesa come risposta che arreca dolore (il dolore della condanna di un pari) a un reo per la sua offesa, e spiegando il compito dello Stato di assicurare che tale censura per i crimini sia amministrata formalmente attraverso il sistema di giustizia penale, meritando essi la censura pubblica della comunità. Inoltre, ambisce ad evitare la critica mossa alle teorie *finalistiche* di costringere o manipolare gli offensori al rispetto della legge. Poiché la persona censurata è un agente razionale e responsabile, intrinseci alla censura sono l'intenzione o la speranza di essere accolta come giustificata e il tentativo di condurre il reo a mutare la sua condotta per il futuro solamente ricordandogli le buone ragioni morali che ha per frenarsi dal delinquere[290].

Non lontano da tali posizioni è l'attribuzione di un ruolo centrale alla sentenza di condanna (più importante della stessa pena) – senza però individuarvi il fondamento della pena – dalle tesi che si

---

[287] Cfr. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., §§ 1.4.4, 3.2; MARKEL, *What Might Retributive Justice Be?*, loc. cit.

[288] V. BENNETT, *The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment*, loc. cit.; WRINGE, *An Expressive Theory of Punishment*, London, 2016.

[289] LACEY, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, London, 1988; BRAITHWAITE, PETTIT, *Not Just Deserts*, Oxford, 1990; anche EWING, *Punishment as Moral Agency*, loc. cit.

[290] VON HIRSCH, *Punishment, Penance and the State*, cit., § 2; DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., §§ 1.4.4, 3.2.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

ispirano all'agire comunicativo habermasiano, secondo cui essa ha almeno quattro diversi significati: comunica a colpevoli, vittime e società intera il messaggio che vi sono buone ragioni per attenersi alla validità della norma; specificamente al colpevole dice che è responsabile dell'infrazione – la quale dunque non è ascrivibile a situazione, natura, destino o società – ricordandogli la necessità di attenersi al concetto di persona responsabile per il diritto; alla vittima dice che la lesione subita non è frutto di un evento accidentale o a lei ascrivibile; alla società dice che non è responsabile dell'illecito[291]. Tesi che si spingono ad affermare che «tutte le funzioni simboliche che si collegano alla pena risultano già interamente soddisfatte da questo significato comunicativo che il verdetto di colpevolezza acquista agli occhi del colpevole, della vittima e della società» e a considerare la condanna come modifica dello *status* del responsabile[292].

18. Con modi più seducenti delle tesi retributive esposte[293], ma con effetti sostanzialmente analoghi, nella dottrina penalistica tedesca contemporanea[294], sulla scia delle teorie luhmaniane[295], si attri-

[291] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 27.

[292] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 28 s.

[293] Così PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 282.

[294] Tra gli altri: JAKOBS (*Gesellschaft-Norm-Person in einer Theorie funktionalen Strafrecht*, in *ZStW*, 1995, 843 (trad. sp., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Buenos Aires, 2013); ID., *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004 [trad. sp., *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Cizur Menor, 2006; trad. it. (Valitutti), *La pena statale. Significato e finalità*, Napoli 2019]), HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, in HASSEMER, LÜDERSSEN, NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a.M., 1979, 29; ID., *Variationen der positiven Generalprävention*, in SCHÜNEMANN e altri (cur.), *Positive Generalprävention: Kritische Analyses im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, 1998, 29); LÜDERSSEN (*Il declino del diritto penale*, a cura di Eusebi, Milano, 2005); AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin, 7ª ed., 2004; anche BAGICALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 5ª ed., 1998, 17 ss. In tema KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Regensburg, 2000; HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, Tübingen, 2008, 268 ss.; BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, in *FS-Frisch*, Berlin, 2013, 59, 68 ss.

[295] LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 2ª ed., Frankfurt a.M., 1997; ID., *Rechtssoziologie*, t. I-II, 1972 [trad., *Sociologia del diritto*, Bari, 1977].

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

buisce alla pena una funzione di *prevenzione generale positiva*, in altre parole una *funzione di pedagogia sociale* volta alla stabilizzazione del sistema sociale. Si dice che essa deve rafforzare e stabilizzare costumi e morale della società, affinché i cittadini obbedienti alle leggi non si sentano ingannati nelle loro buone motivazioni quando vedono che qualcuno ha ceduto alle proprie cattive motivazioni[296].

In primo luogo, si dice, il legislatore comunica attraverso la norma penale l'ordine dei valori della nostra società, ad esempio la maggiore disapprovazione dell'omicidio, espresso simbolicamente attraverso una pena più grave rispetto alla truffa, dimostra il maggior interesse alla vita rispetto al patrimonio. In secondo luogo, l'esecuzione della pena accresce la fiducia delle persone nel diritto penale perché verifica che la minaccia penale è seria. Infine, la pena aspira a risolvere il conflitto sociale causato dalla commissione di un delitto e, in tal senso, aiuta a pacificare la società.

Si tratta della risposta tedesca – mentre gli anglo-americani si rifugiano, come si è evidenziato, nel *just desert*, nella retribuzione – al fallimento delle teorie riabilitative, che attribuisce alla reazione punitiva alla violazione della norma la funzione di ristabilire la fiducia e prevenire gli effetti negativi che essa produce per l'integrazione sociale. Si punisce non per retribuire un male con il male o dissuadere i potenziali offensori, ma per consolidare la fedeltà della comunità generale nei confronti del diritto (in particolare della norma violata) e dell'organizzazione sociale, ossia per affermare ed assicurare le norme fondamentali[297]. Ne deriva che la pena influisce positivamente sul radicamento sociale delle norme e ha *carattere socio-pedagogico* perché rappresenta un rafforzamento delle norme che consentono la convivenza sociale, convertendosi pertanto in uno strumento idoneo

[296] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 89.

[297] Così HASSEMER, in HASSEMER, NAUCKE, LÜDERSSEN, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, Heidelberg, 1983, 39 ss., 64; ID., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 2ª ed., 1990, 296; anche PACKER, *The limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968 [trad., *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978]; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 251; HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau, 1976.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

a mantenere i valori comunitari e rafforzando con ciò il rispetto dell'ordinamento giuridico[298].

Un sicuro vantaggio della *prevenzione generale positiva* rispetto alla *prevenzione speciale* consiste nella pretesa di norme chiare e concise perché la società possa conoscere con la maggiore certezza possibile le condotte sanzionate e le relative pene. Mentre i sistemi penali orientati alla prevenzione speciale disattendono le garanzie del principio di legalità incorporando concetti quali pericolosità sociale o risocializzazione, la prevenzione generale positiva esige la formalizzazione del diritto penale perché solo le conseguenze prevedibili anteriormente alla commissione del delitto sono capaci di dissuadere.

Se la prevenzione speciale positiva (la risocializzazione) non funziona, la pena può forse rafforzare la risoluzione dei non rei a non commettere reati, in tal senso è evidente la differenza tra *deterrenza* (o *prevenzione generale negativa*) e *prevenzione generale positiva*, che può affermare di rafforzare la volontà di non commettere reati di gran parte della popolazione che in effetti non delinque. Il punto critico è che l'argomento è di difficile falsificazione empirica[299], sebbene vada riconosciuto che gli studi empirici si sono concentrati in modo praticamente esclusivo (in particolare nei paesi con maggiore tradizione criminologica: U.S.A. e Gran Bretagna) nella prevenzione della recidiva, ignorando del tutto gli effetti di prevenzione generale della pena. Il che finisce per avvicinare sensibilmente la teoria della prevenzione generale positiva a quella retributiva, altrettanto non falsificabile: anche per Binding la pena manifesta la autorità dello Stato o quanto meno delle norme penali, sebbene per le teorie retributive l'autorità della legge non richieda altro fine fuori di sé, ma se la realizzazione del fine è irrilevante e non richiede una empirica verificabilità è difficile rilevare nella teoria in esame un sostanziale arricchimento rispetto al retribuzionismo[300].

---

[298] ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981, 183; ID., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, 377 ss.; e in Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 1 (trad. sp. LUZÓN PEÑA, *Sentido y límites de la pena estatal*, in *Problemas basicos del Derecho Penal*, cit., 24 ss.

[299] ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., 51.

[300] Cfr. DUBBER, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, loc. cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Del resto, la riproposizione delle concezioni retributive nel *Schulenstreit* a cavallo del Novecento, tra Binding e von Liszt, asseriva che solo una pena giusta soddisfa le aspettative della popolazione, perciò garantisce risultati di prevenzione generale[301], cosicché la distinzione con la prevenzione generale positiva finisce per essere di accenti e di virgole.

Né convince l'idea che sia la natura democratica della fonte del diritto penale, ovvero l'essere il cittadino il coautore delle regole cui si assoggetta, a mutare il fine dell'ordinamento penale e a fondare la prevenzione generale positiva[302]. In realtà pare che lo Stato totalitario ancor più di quello democratico si ponga in una ottica di adesione all'ordinamento giuridico dei cittadini e di consolidamento della fiducia dei cittadini nella legge, evocando nelle sue leggi il sano sentimento del popolo, d'altra parte, ne è nota la predilezione per la propaganda e per l'uso dei *mass media* come strumento di consenso, di cui tipica espressione è la rappresentazione dell'efficienza nella lotta al crimine.

La natura liberal-democratica dello Stato, invece, è da ricollegarsi proprio alla scelta di ciò che può essere delitto[303], ovvero ai contenuti dell'ordinamento penale, ai beni che tutela ed ai danni che sanziona, non tanto agli obiettivi perseguiti dalla pena, del resto il linguaggio dei politici democratici contemporanei è univoco nel proporre nuovi delitti per tutelare nuovi beni al fine cioè di impedire con la minaccia della pena la loro lesione.

La sostanziale identità tra prevenzione generale positiva e retribuzione è particolarmente evidente in Jakobs[304] che, riecheggiando Hegel, parla della funzione della legge penale come «contraddizione della contraddizione delle norme che definiscono l'identità della società» e della pena dice che «non è solo un mezzo per conservare l'identità della società, ma è già siffatta conservazione»[305], concezione a

[301] Così HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 101.

[302] Così invece HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 104 s.

[303] COCCO, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, loc. cit.

[304] JAKOBS, *Gesellschaft-Norm-Person in einer Theorie funktionalen Strafrecht*, loc. cit.

[305] JAKOBS, *Gesellschaft-Norm-Person in einer Theorie funktionalen Strafrecht*, cit., 845; ID., *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin, 1991 (trad. spagnola

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

cui si può muovere la stessa critica mossa al retribuzionismo giuridico di essere una argomentazione tautologica[306].

In questa prospettiva (c.d. *funzionalismo sistemico*), la funzione del diritto penale non è il consolidamento di uno stato di cose ma la *configurazione della identità della società* e decisive sono le regole che determinano tale identità e non i beni o le situazioni, perciò il diritto penale non ha la missione di tutelare beni giuridici ma quella di confermare la validità delle norme, che possono, da parte loro, autorizzare la lesione dei beni e la modificazione delle situazioni quando necessario per lo sviluppo della società[307]. La fiducia nelle norme, in tal senso, non consiste nel ritenere che esse non saranno mai violate ma nella circostanza che ogni persona (e non solo potenziali trasgressori) sa cosa si deve aspettare in siffatte situazioni[308]. Inoltre, la pena, imponendo dei costi al comportamento deviante, insegna ad essere fedeli alla legge e ad accettare le conseguenze della sua violazione e costituisce un addestramento al riconoscimento della norma, cosicché è funzionalmente necessaria alla stabilità del sistema normativo, da cui dipende il funzionamento delle società moderne[309]. La pena svolge, dunque, una funzione sociale utilitaria di comunicazione di un determinato messaggio destinato a rafforzare la fiducia nella vigenza della norma infranta, con ciò superando – si afferma – le critiche alle teorie assolute per la loro irrazionalità, cioè per la assenza di una finalità sociale[310].

Derecho Penal. Parte General, 2ª ed. corr., Madrid 1997); ID., *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, loc. cit. Per BAGICALUPO, *Sobre la ideología de las teorías de la pena*, in *Circunstancia* (VI), n. 16, maggio 2008, questi concetti non escludono, comunque, l'esecuzione della pena basata sul trattamento né l'umanizzazione della stessa

[306] Cfr. SCHÜNEMANN, *Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht*, in *ZSchwR*, 1978, 131 ss.

[307] JAKOBS, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin, 1991 (trad. spagnola *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corr., Madrid 1997, 4; BAGICALUPO, *Principios de Derecho Penal*, *Parte General*, Madrid, 5ª ed., 1998 20.

[308] JAKOBS, *Kommentar*, in Eser e altri, *Die deutsche Strafrechtwissenschaft vor der Jahrtausende*, München, 2000, 47 ss.

[309] JAKOBS, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, cit., 14 s.

[310] BAGICALUPO, *Principios de Derecho Penal*, *Parte General*, cit., 18.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Anche in Italia si sottolinea la centralità nella formulazione del tipo astratto di reato della *prospettiva dei valori* e, quindi, «della prevenzione generale indotta mediante l'orientamento etico-sociale, in una dimensione prioritaria e privilegiata rispetto alla previsione della sanzione»[311], la legge e i procedimenti relativi alla sua applicazione non trasmettono soltanto «un'informazione di fatto su ciò che si rischia con la disobbedienza» ma contengono anche giudizi di valore secondo cui «disobbedire è *male*»[312].

19. In definitiva, le nuove proposte della prevenzione generale positiva sono molto vicine agli enunciati della retribuzione, in ambedue i casi si pretende di perseguire fini di giustizia di valenza collettiva al cui servizio si piegano gli interessi del condannato[313]: tutte le volte che il reo vuole dimostrare la praticabilità della violazione della norma, bisogna ristabilire e rafforzare la norma originaria, sebbene non per un fine in sé e per sé, ma per gli effetti positivi sulla generalità[314].

I sostenitori della prevenzione generale positiva sono dunque ben sospettabili di essere lupi retribuzionisti in vesti di agnelli finalisti (parafrasando Fletcher), forse è vero che la pena «dimostra alla comunità legale l'inviolabilità dell'ordine legale e con ciò rafforza la lealtà della popolazione alla legge», ma è discutibile che ciò possa giustificarla[315].

È un sostenitore della prevenzione generale positiva[316] a individuare l'origine di siffatte elaborazioni nel dibattito tedesco in una

---

311 ROMANO M., *'Meritevolezza di pena', 'bisogno di pena' e 'teoria del reato'*, in *RIDPP*, 1992, 48; ID., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP*, 1990, 55 ss.; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 251 ss.; EUSEBI, *'Gestire' il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena 'ritorsione'*, in *Studi Dolcini*, Milano, 2018, 223; ID., *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022*, in *Sist. Pen*., 10.4.2024.

312 ROSS, *Skyld, ansvar og straf*, 1970, [trad., *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972], 86; PACKER, *The limits of the Criminal Sanction*, cit., 42 ss.

313 MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., 56.

314 GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 104.

315 ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., 50; anche BVerfGE 21.6.1977.

316 HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 96.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

sentenza[317] che, dovendo decidere se sospendere o meno la pena, ricollega la scelta agli eventuali effetti sulla fiducia nell'ordinamento giuridico, così però disvelando che in realtà si tratta di *applicazione di pena* e non di risposta all'interrogativo del perché è prevista la pena e, in sostanza, anche confermando l'analogia con le posizioni retributive le quali hanno la loro più opportuna collocazione nella fase della applicazione della pena secondo il classico principio della certezza della pena, indispensabile perché la sua previsione svolga la sua funzione generalpreventiva (negativa), cioè contribuisca ad evitare la commissione dei reati, ovvero la lesione dei beni giuridici del cittadini.

Come analisi espressiva della funzione della pena, la *prevenzione generale positiva* si colloca in una lunga tradizione di spiegazioni sociologiche, infatti già Durkheim (1858-1917) ritiene la pena statale un mezzo per soddisfare il sentimento collettivo di vendetta della società, così giocando un ruolo cruciale per la conservazione della identità della comunità nelle moderne società prive di sostanziali caratteristiche comuni. Secondo il sociologo[318] la pena serve solo in minima misura a correggere il colpevole o a scoraggiare i potenziali imitatori, l'affidamento sulla sua utilità si spiega invece per gli effetti che produce sui cittadini onesti, rafforzando la coesione sociale, conservando la coscienza collettiva della sua vitalità: i cittadini che già di per sé condividono i valori sociali dal caso giudiziario esemplare traggono conferma di essere dalla parte giusta e che conviene sostenere le proprie posizioni, mentre il deviante sta dalla parte sbagliata; in definitiva solo con la messa in scena della punizione la coscienza collettiva può essere continuamente ravvivata e ristabilizzata.

Del resto, anche il retribuzionismo sociologico di Carrara[319] afferma che fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno della società.

A tali tesi si possono opporre, in vero, le stesse obiezioni che si oppongono alla già richiamata *teoria espressiva della pena*, la quale però nella recente elaborazione non pretende di giustificare la pena:

[317] BGH 1 St., 8.12.1970, 1 StR 353/70, BGHSt 24, 40.

[318] Durkheim, *De la division du travail social*, 1893 [trad. *La divisione del lavoro sociale*, Torino, 1999].

[319] Carrara, *del corso di diritto criminale*, cit., §§ 611, 615 e 619.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

la *espressione della comune condanna* non è lo scopo o il fondamento della pena ma – come rende chiaro il titolo del saggio che divulga la teoria[320] – è una (non la) funzione della pena.

In tutte queste soluzioni sembra che la giustificazione della pena retroceda alla sua origine premoderna, venga cioè liberata nei suoi contenuti e nelle sue forme da ogni vincolo razionale (ricercato dalle teorie finalistiche nella prevenzione generale e speciale), e si verifichi una sorta di regresso a una penologia fondamentalista[321]. Non è questa la sede per approfondire l'argomento, ma va evidenziato, come la natura simbolica e la conseguente efficacia stigmatizzante della censura sembra attributo del diritto criminale arcaico e delle pene avvertite socialmente come degradanti e quindi stigmatizzanti[322] e non di parte significativa del diritto penale contemporaneo, posto pur legittimamente a tutelare anche funzioni[323].

D'altra parte, se si usa deliberatamente la pena per produrre un mero effetto simbolico nella opinione pubblica e non per proteggere con efficacia beni giuridici fondamentali per la convivenza, la funzione della pena si snatura: si introducono disposizioni eccezionali consapevoli della loro inutile o impossibile realizzazione, così screditando l'ordinamento e minandone l'efficacia intimidatrice; il deficit di tutela reale dei beni giuridici è compensato dalla creazione nella società di una illusione di sicurezza e di fiducia nelle istituzioni, la cui inevitabile smentita produce una *escalation* del rigore punitivo[324].

20. In ogni caso, una domanda cruciale si pone alle giustificazioni della pena come attività comunicativa, compresa la teoria della prevenzione generale positiva[325], in cui il male inflitto con la punizione diventa un *medium* comunicativo: poiché la censura può essere

[320] Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, loc. cit.

[321] Cfr. Pavarini, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 282.

[322] Pavarini, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, cit., 286.

[323] Cocco, *Beni giuridici funzionali* versus *bene giuridico personalistico*, Studi Marinucci, I, Milano, 2006, 167 ss.

[324] Rodríguez Mesa, *Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación*, in *RECPC*, 2007.

[325] Günther, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 105.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

comunicata in vari modi, occorre interrogarsi su quale sia il modo corretto.

La censura può essere comunicata, in primo luogo, con la condanna formale di un giudice penale a pene simboliche, dolorose solamente in virtù del loro significato di censura[326]. Infatti, la teoria espressiva della pena (e la sua variante della prevenzione generale positiva) è invocata a supporto di *soluzioni alternative*, se non alla pena in generale, *al carcere* in particolare, richiedendosi che la comunità/Stato esprima la sua condanna direttamente disapprovando il reo, non indirettamente attraverso le pene contemporanee – la più importante il carcere – che non esprimono adeguatamente la pubblica condanna perché la loro inflizione è sottratta alla pubblica vista. Secondo tale tesi la *pubblica disapprovazione* non solo invia un più chiaro messaggio al reo, ma lo invia anche alla comunità rispettosa della legge altrimenti all'oscuro di ciò che accade in carcere[327]. In tale prospettiva, la applicazione del male è superflua e si deve rinunciare ad essa[328] o è sufficiente una riserva di pena[329] o l'applicazione sempre di una pena lieve quando non implichi la bagatellizzazione del bene giuridico leso[330], con l'effetto di una notevole limitazione del diritto penale.

Ma la censura può essere comunicata anche con le pene del c.d. *trattamento duro*[331], ovvero con le pene tradizionali: carcere, servizio

---

[326] SELLMAN, *Schwierigkeiten der Alternativendebatte im Strafrecht*, in *Muss Strafe sein?* (*FS Jung*), Baden-Baden, 2004, 159; DUFF, *Prävention oder Überredung?*, in SCHÜNEMANN, HIRSCH, JAREBORG (cur.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, 181 ss., 188, GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, in *FS Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, 219; KUNZ, *Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beanwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus*, in *Muss Strafe sein?* (*FS Jung*), Baden-Baden 2004, 75, 81.

[327] KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, in *Un. Chicago L.R.*, 1996, 591 ss.

[328] GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, cit., 215.

[329] HASSEMER, *Gründe und Grenzen des Strafens*, in *FS Spinellis*, Atene, 2011, I, 399 ss.

[330] STRENG, *Strafzumessung von Laien - Grundlagen für eine Kriminalpolitik jenseits des 'politisch-publizistischen Verstärkerkreislaufs'*, in *Mschr Krim*, 2004, 127 ss.

[331] FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, loc. cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

obbligatorio alla comunità (utilizzato in particolare nei paesi anglosassoni) e multe, che sono dolorose o gravose indipendentemente dal loro significato di censura. Secondo diversi autori il male della pena, inteso come perdita di diritti, è necessario affinché la ratifica della norma sia realmente efficace[332].

Occorre, dunque, interrogarsi sul perché si debbano scegliere i metodi duri di comunicazione piuttosto che quelli simbolici[333] e perché il trattamento duro renda maggiormente effettiva la comunicazione[334] e non occulti, invece, la censura morale che dovrebbe comu-

---

[332] JAKOBS, *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004 [trad. sp., *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Cizur Menor, 2006; trad. it. (Valitutti), *La pena statale. Significato e finalità*, Napoli 2019], 30; FRISCH, *Umstände der Strafzumessung außerhalb der Tat*, cit., 207 ss. Nella dottrina anglosassone v. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, loc. cit.; ID., *Retrieving Retributivism*, in WHITE (cur.), 2011, 3 ss.; inoltre, GARVEY, *Punishment as Atonement*, in *UCLA Law Review*, 1999, 1801 ss.; ID., *Restorative Justice, Punishment, and Atonement*, in *Utah Law Review*, 2003, 303 ss.; TUDOR, *Accepting One's Punishment as Meaningful Suffering*, in *Law and Philosophy*, 2001, 581 ss.; TASIOULAS, *Punishment and Repentance*, in *Philosophy*, 2006, 279 ss.; BTROWNLEE, *The Communicative Aspects of Civil Disobedience and Lawful Punishment*, *Criminal Law and Philosophy*, 2007, 179 ss.; HSU, *Does Communicative Retributivism Necessarily Negate Capital Punishment?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2015, 603 ss.

[333] CHRISTIE, *Limits to Pain*, cit., 98 s.; GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di* diritto, cit., 105.

[334] FALLS, *Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons*, in *Law and Philosophy*, 1987, 25 ss.; PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, loc. cit.; KLEINIG, *Punishment and Moral Seriousness*, in *ILR*, 1991, 401 ss. Si reputa non dimostrabile la necessità del trattamento duro in un'impresa comunicativa che rispetti i trasgressori come agenti responsabili e razionali, i quali devono essere lasciati liberi di non essere persuasi; si afferma, inoltre, che la riparazione scusante deve essere volontaria se vuole avere un valore reale e che uno Stato liberale non dovrebbe avere questo tipo di interesse invadente per i caratteri morali dei suoi cittadini (v. BICKENBACH, *Critical Notice of R.A. Duff, Trials and Punishments*', in *Canadian Journal of Philosophy*, 1988, 765 ss.; TEN, *Positive Retributivism*, in *Social Philosophy and Policy*, 1990, 194 ss.; VON HIRSCH, *Punishment, Penance and the State*, in Matravers (cur.), *Punishment and Political Theory*, Oxford, 1999, 69 ss.; BAGARIC, AMARASEKARA, *The Errors of Retributivism*, in *Melbourne University Law Review*, 2000, 1 ss.; CIOCCHETTI, *Punishment, Reintegration, and Atypical Victims*, in *Criminal Justice Ethics*, 2004, 25 ss.; VON HIRSCH, ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford, 2005, cap. 7; BENNETT, *State Denunciation of Crime*, in *Journal of Moral Philosophy*, 2006, 288 ss.; ID., *Punishment as an Apology Ritual*, in FLANDERS, HOSKINS (cur.), *The New Philosophy of Criminal Law*, London, 2015, 213 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

nicare[335]. In altre parole, l'interrogativo è se sia proprio necessario legare il messaggio ai metodi duri o non esistano mezzi comunicativi meno crudeli e persino più efficaci, in particolare non sia sufficiente a tale scopo il verdetto di colpevolezza[336].

Il fatto è, però, che solo quando i destinatari conoscano già il linguaggio della pena e, in particolare, quello della pena tradizionale dura ne possono capire il messaggio e chiedersi se possa essere trasmesso in altro modo; se ne evince che tali concezioni e specialmente la teoria della prevenzione generale positiva assumono semplicemente la pena come un dato di fatto, senza poterla giustificare[337].

In altre parole, se non ci si vuol fermare alla tradizione[338], la risposta all'interrogativo perché si adotta la pena dura rimette inevitabilmente in gioco finalismo e deterrenza, si dice infatti che la censura vada comunicata attraverso un *duro trattamento* penale perché fornisce a chi non è sufficientemente convinto dall'appello morale una ragione prudenziale per frenarsi dal delinquere, ovvero perché è probabile che la prospettiva di tale punizione distolga dal crimine chi non sia suscettibile di persuasione morale[339]. Anche tra i teorici della

---

[335] MATHIESEN, *Prison on Trial*, cit., 58 ss. Oltretutto, potrebbe obiettarsi che il ragionamento che si basa sull'efficacia contingente della pena nel comunicare il messaggio desiderato assomigli al tipo di spiegazione consequenzialista su cui i retribuzionisti sono critici (cfr. HOSKINS, DUFF, *Legal punishment*, loc. cit.; ma vedi GLASGOW, *The Expressivist Theory of Punishment Defended*, in *Law and Philosophy*, 2015, 611 ss.).

[336] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 93.

[337] GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, cit., 106.

[338] FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, loc. cit.

[339] LIPKIN, *Punishment, Penance and Respect for Autonomy*, in *Social Theory and Practice*, 1988, 87; BAKER, *Consequentialism, Punishment and Autonomy*, in CRAGG (cur.), *Retributivism and its Critics*, Stuttgart, 1992, 149; MATRAVERS, *Justice and Punishment: The Rationale of Coercion*, Oxford, 2000; per una revisione sofisticata di questa idea che rende la prevenzione-intimidazione secondaria alla censura, VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993 (trad. sp., *Censurar y castigar*, Madrid, 1998), § 2; ID., *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin, 2005, 37; NARAYAN, *Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment*, in *OJLS*, 1993, 166. Critici BOTTOMS, *Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment*, in ASHWORTH, WASIK (cur.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford, 1998, 53; DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., § 3.3.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

prevenzione generale positiva[340] si riconosce la necessità che la norma produca timore nei potenziali delinquenti, affinché i cittadini abbiano fiducia sull'osservanza della norma.

In questo genere di spiegazione la imposizione di una censura meritata può richiedere – in risposta alla nota obiezione hegeliana – che l'appello delle leggi al cittadino si presenti in adeguati termini morali; mentre le prudenziali, coercitive ragioni costituite dal trattamento duro penale come deterrente deve riguardare solamente i sordi o, almeno, i non sufficientemente attenti all'appello morale della legge[341]. Comunque, in tale ultimo caso la legge rinuncia al tentativo della comunicazione morale in favore del bruto linguaggio delle minacce e, per chi aderisce alla richiesta kantiana, questa scivolata nella intimidazione resta moralmente problematica.

Una diversa risposta spiega il trattamento duro penale come un aspetto essenziale della comunicazione morale. La pena, per questa tesi, non deve limitarsi a comunicare la censura all'offensore, ma deve persuaderlo a riconoscere e pentirsi dello sbaglio commesso, cioè a riconoscere il bisogno della riforma personale e della sua condotta futura e a riparare l'offeso con scuse riparatorie (*apologetic reparation*). In tal senso, la pena costituisce una sorta di penitenza laica che il reo deve subire per il suo crimine, il suo carattere di trattamento duro deve assistere il processo di pentimento e riforma, concentrando l'attenzione del reo sul crimine commesso e le sue implicazioni, e costituire un modo di rendere la dovuta *scusa riparatoria*[342]. Questa spiegazione ha legami e subisce le stesse critiche di quelle che descrivono la pena come un genere di educazione morale[343], in par-

---

[340] JAKOBS, *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, loc. cit.

[341] Cfr. HOSKINS, *Deterrent Punishment and Respect for Persons*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2011, 369 ss.

[342] DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, loc. cit.

[343] MORRIS H., *A Paternalistic Theory of Punishment*, in *American Phil. Quarterly* 1981, 263 ss.; HAMPTON, *The Moral Education Theory of Punishment*, in *Phil. and Public Affairs* 1984, 208; critici DEIGH, *On the Right to be Punished: Some Doubts*, in *Ethics*, 1984, 191 ss.; SHAFER-LANDAU, *¿Can Punishment Morally Educate?*, in *L&P*, 1991, 189 ss.; ID., *The Failure of Retributivism*, in *Phil. Studies*, 1996, 289 ss.; BICKENBACH, *Critical Notice of R.A. Duff, Trials and Punishments*, in *Canadian J. of Phil.*, 1988, 765 ss.; TEN, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford, 1987; VON HIRSCH, *Punishment, Penance and the State*, in MATRAVERS (cur.), *Punishment*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

ticolare non può dimostrare che il trattamento duro penale sia un aspetto necessario di un'impresa comunicativa che rispetti gli offensori come agenti responsabili e razionali i quali debbono essere lasciati liberi di non farsi convincere: la *scusa riparatoria* deve essere volontaria per avere un vero valore ed uno *Stato liberale* non deve assumere questo compito intrusivo nella moralità dei suoi cittadini.

Non manca, infine, una giustificazione essenzialmente retributiva delle pene dure da parte dei teorici della prevenzione generale positiva, infatti, si argomenta che il reo non solo ha leso l'ordine giuridico, ma ha anche privato un'altra persona di un bene importante, il che richiede una risposta basata sul principio di giustizia[344].

La spiegazione comunicativa della pena può essere utilmente confrontata con il movimento della *giustizia riparativa*, attualmente preminente nel pensiero abolizionista[345], il quale oppone alle tesi retributive che si deve cercare la riparazione piuttosto che il castigo. A cui si può, però, obiettare che la riparazione non deve riferirsi al solo danno materiale causato dal reato, ma anche allo sbaglio commesso che causò la frattura della relazione tra reo e vittima (e comunità), cosicché un processo riparativo appropriato per il crimine deve ricercare un adeguato riconoscimento da parte dell'offensore dello sbaglio commesso, che deve essere, se genuino, di pentimento e di ricerca di una appropriata *scusa riparatoria*, i quali sono anche gli scopi della pena quale sorta di penitenza laica di cui si è detto[346].

Il sistema sanzionatorio penale non è attualmente progettato per condurre al tipo di riconciliazione e trasformazione personale che i sostenitori della giustizia riparativa propugnano, ma potrebbe essere volto a garantire un tipo di riconciliazione formale che del resto è il massimo obiettivo che si può pretendere in uno Stato liberale. A tal fine occorre andare oltre il carcere e pensare a pene o a modalità di esecuzione della pena quali i servizi alla comunità[347]. Il movimento

---

and Political Theory, Oxford, 1999, 69 ss.; BAGARIC, AMARASEKARA, *The Errors of Retributivism*, in *Melbourne Un. L.R.*, 2000, 1 ss.

[344] KÜHL, *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, in *FS Eser*, München 2005, 160 ss.

[345] V. *supra*.

[346] DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, loc. cit.

[347] I *Community Service Orders*, ora chiamati *Community Payback*, o la

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

della giustizia riparativa può offrire spunti interessanti specialmente sul ruolo che il processo di mediazione e riparazione può giocare nelle risposte al crimine, non tanto in una prospettiva di abolizione della pena, ma come obiettivo della pena stessa[348].

21. Una ulteriore posizione, molto meno influente nella formazione della attuale politica criminale, ma di notevole rilievo teoretico[349], è ispirata dal lavoro di Michel Foucault (1926-1984) della metà degli anni Settanta[350], che invita a vedere l'istituto della pena come riflesso delle forme dominanti del potere sociale e politico – il potere di minacciare, costringere, sopprimere, distruggere, trasformare – prevalente in ciascuna epoca, e coltiva una diffidenza profonda verso l'affermazione che la società contemporanea ha umanizzato significativamente le forme di punizione, abbandonando la brutalità corporale e selvaggia prevalente nel cattivo tempo antico in favore del sistema carcerario nascosto di cemento e acciaio. Gli obiettivi dichiarati della pena, le norme che limitano l'uso del potere nel perseguimento di questi obiettivi e l'aspirazione alla giustizia, secondo Foucault, sono tutti posti per mascherare altre (non necessariamente consapevoli) intenzioni dei riformatori, occultate fin dall'*Illuminismo* dall'apparente razionalità dei loro scopi. Così, il movimento contro la pena capitale della fine del XVIII secolo non sarebbe spiegato dai calcoli utilitari, consapevoli, razionali proposti da Beccaria e Bentham[351], ma dal disincanto nei confronti del teatrale aspetto delle esecuzioni pubbliche e da un impulso umanitario auto ingannatorio, che lascia però inalterata natura e luogo del po-

---

Probation (periodo di prova). Si veda, ad esempio, la introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 168-*bis* c.p.: sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato.

[348] V. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., cap. 3, 4-6.

[349] HARDING, IRELAND, *Punishment: Rhetoric, Rule, and Practice*, London, 1989.

[350] FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975 [*Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2010].

[351] BEDAU, *Bentham's Utilitarian Critique of the Death Penalty*, in *J. of C.L. and Criminology* 1983, 1033 ss.; MAESTRO, *Cesare Beccaria and the Origin of Penal Reform*, Philadelphia, 1973 [trad., *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano, 1977].

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

tere esercitato sui criminali dalla società, perfettamente rappresentato dallo schema visionario del carcere di Bentham, il celebre penitenziario *Panopticon*, che vuol dire *vedi tutto*: un insieme di passaggi a raggiera che possano essere sorvegliati comodamente dal centro[352].

Foucault – che ignora le distinzioni analitiche rese familiari dai filosofi della tradizione anglo-americana, tanto che viene considerato un commentatore sociale[353] – implicitamente sfida la stessa idea base di ogni forma di giustificazione della pena ed è quindi, a suo modo, un pensatore paradigmatico di quella concezione della pena che può definirsi *anti-giustificazionista*[354]. Rileva, infatti, che i passaggi per la giustificazione della pena (come di ogni altra pratica sociale) sono legati inestricabilmente con assunzioni e credenze – in breve, con ideologie – che non hanno un *fondamento razionale indipendente*, cosicché reputa in sé ingannevole la idea che le istituzioni penali possano essere giustificate.

Foucault più di ogni altro pensatore recente, ha messo insieme convinzioni storiciste, anti-analitiche e anti-giustificazioniste, seminando così l'incertezza sul se e come indirizzare il compito di giustificare la pena. In tutti questi aspetti, deve essere considerato[355] il moderno successore di Friedrich Nietzsche (1844-1900)[356], il quale evidenzia che «la pena è palesemente sovraccarica di utilità di ogni genere» e sopravvive ora in base all'una ora all'altra interpretazione dei suoi scopi, perché il *desiderio di castigare* (e con ciò subordinare, costringere, trasformare) altre persone è profondamente radicato nella natura umana.

Non mancano in effetti *spiegazioni psicoanalitiche* della pena quale rimozione psichica degli impulsi devianti, cioè quale reazione difensiva che serve all'Io per rimuovere le proprie pulsioni: invocare la punizione del colpevole è anche una dimostrazione diretta a inti-

---

[352] SEMPLE, *Bentham's Prison. A Study of the Panopticon Penitentiary*, Oxford, 1993.

[353] Così GARLAND, *Punishment and Modern Society*, 1990 [trad., *Pena e società moderna*, Milano, 1999].

[354] BEDAU, KELLY, *Punishment*, loc. cit.

[355] BEDAU, KELLY, *Punishment*, loc. cit.

[356] NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral: Eine Streitschrift* (1887) [trad., *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano, 1984], saggio 2°, § 14.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

midire le pulsioni interne[357]; così si spiega come la prevenzione generale sia sufficiente a giustificare la pena, perché stabilizza i propri meccanismi di repressione e rimozione[358]. Oppure di tipo *sociologico-religioso* che fanno riferimento alle credenze religiose caratterizzate dal disprezzo dei *peccatori* come *nemici di Dio*[359].

22. Malgrado le critiche[360], nei primi decenni del nuovo millennio la concezione retributiva della condanna giustamente meritata (*the just deserts sentencing philosophy*) sembra avere messo radici, in particolare negli U.S.A., ma forte appare anche da noi nel sentimento collettivo e nella politica che lo vuole esprimere, ancorché largamente minoritaria nella dottrina penalistica italiana.

La mia risposta sul fondamento della pena, ovvero dell'ordinamento penale, come anticipato, dovrebbe emergere e trova le basi nella illustrazione e nelle critiche proposte alle varie tesi, in particolare, a quelle retributive e della prevenzione generale positiva, ed essenzialmente si richiama alle concezioni general-preventive di matrice illuministico-liberale, ovvero negative, che hanno anche il pregio di evidenziare la potenziale *brutalità* del diritto penale orientato alla prevenzione e perciò ne sollecitano la limitazione[361], come altrove ampia-

---

[357] ALEXANDER, STAUB, *Il delinquente e i suoi giudici*, Milano, 1948.

[358] HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau, 1976; STRENG, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe*, in *ZStW*, 1980, 637 ss.; MORSELLI, *Vergeltung - eine tiefenpsychologische Kategorie der Strafe*?, in *ARSP*, 2001, 221 ss.; ID., *La funzione della pena nella moderna prospettiva criminologica*, in *IP*, 1991, 505; ID., *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *RIDPP*, 1988, 48.

[359] LÜDERSSEN, *Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft*, in *FS Hassemer*, Heidelberg, 2010, 467 ss., 479.

[360] Per tutti ZIMRING, *Making the Punishment Fit the Crime: A Consumer's Guide to Sentencing Reform*, *Occasional Papers* 1977, Un. of Chicago L. School.

[361] Il più famoso sostenitore di tesi consequenzialiste limitate è HART, *Punishment and Responsibility*, loc. cit.; inoltre SCHEID, *Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1997, 441 ss.; su Hart v. LACEY, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, cit., 46 ss.; MORISON, *Hart's Excuses: Problems with a Com-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

mente illustrato[362]. In breve, l'ordinamento penale nel suo insieme è volto alla prevenzione dei reati per il mezzo di un perentorio invito alla generalità dei cittadini affinché non tengano condotte lesive o pericolose nei confronti del bene giuridico o affinché tengano condotte dirette a evitare la lesione del bene. A fronte di tale utilità sociale vi sono i beni essenziali dell'individuo che rendono necessaria l'introduzione di significativi limiti, la cui articolazione e spiegazione costituisce la parte essenziale di una teoria liberale della pena.

Abstract

Il contributo propone una analisi critica sul fondamento della pena, seppure per grandi linee e selezioni personali, delle posizioni presenti nel dibattito internazionale e, specialmente, nel mondo anglosassone. Sono esaminate, in primo luogo, le concezioni abolizioniste; inoltre, quelle special-preventive in quanto poste a fondamento dell'ordinamento penale; infine, le concezioni retribuzioniste e quelle ad esse equiparabili. In altro lavoro sono già state presentate le conclusioni dell'autore, essenzialmente nel senso della general-prevenzione negativa limitata.

This paper presents a critical overview of the theoretical foundations of punishment, offering a selective and broad-brush examination of key positions within the international discourse – particularly those emerging from the Anglo-Saxon context. It begins by exploring abolitionist theories, followed by an analysis of special-preventiveconcepts. Finally, it considers retributivist models. The author's conclusions – primarily in favor of a limited form of negative general prevention – have been outlined in a separate publication.

---

promise Theory of Punishment, in LEITH, INGRAM (cur.), *The Jurisprudence of Orthodoxy*, London, 1988, 117 ss.; PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, cit., cap. 6.6. In particolare, si sono anche sviluppate tesi in cui considerazioni consequenzialiste e retribuzioniste giustificano, rispettivamente, le diverse fasi di previsione, applicazione ed esecuzione della pena (ALTMAN, *A Theory of Legal Punishment: Deterrence, Retribution, and the Aims of the State*, Abingdon, 2021; avvicinata a queste tesi la posizione di RAWLS, *Two Concepts of Rules*, loc. cit., meglio considerabile come una versione dell'utilitarismo delle regole; sulla varietà delle visioni ibride cfr. HOSKINS, *Hybrid Theories of Punishment*, in WALLER, SHAW, FOCQUAERT (cur.), *The Routledge Handbook of the Philosophy and Science of Punishment*, New York, 9ª ed., 2021, 37 ss.).

[362] COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, loc. cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-2-Cocco

Maria Francesca Cortesi

LA PREVENZIONE PENALE CONTRO LA VIOLENZA DI GENERE

Sommario: 1. Riflessioni introduttive. – 2. L'ammonimento del questore. – 3. Le misure di prevenzione per condotte di violenza domestica. – 4. La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

1. La gravità degli episodi che funestano quasi giornalmente la cronaca italiana ha indotto il legislatore interno ad anticipare in maniera considerevole il sistema di protezione nei confronti di specifiche categorie soggettive riconducibili al complesso fenomeno della c.d. violenza di genere[1], rafforzando così l'apparato di garanzie tradizionalmente incentrato sulla tutela *post delictum* offerta nell'alveo del rito penale.

Tale obiettivo è stato raggiunto attraverso il ricorso massiccio a strumenti *ante delictum* destinati, parimenti, a prevenire l'aggravarsi di comportamenti non ancora sussumibili in fattispecie penalmente rilevanti o a sommarsi alle conseguenze legate all'accertamento di un fatto illecito.

L'opzione prescelta non presenta, a ben vedere, tratti di originalità.

La duttilità e l'indubbia efficacia della prevenzione penale rispetto a manifestazioni criminali assai gravi per la sicurezza pubblica – quali a mero titolo esemplificativo le associazioni di carattere mafioso

[1] A.E. Dini, *Ammonimento del questore e violenza di genere: un anello debole nella catena protettiva?*, in *www.sistemapenale.it*, 11 ottobre 2022, la quale evidenzia che «…il legislatore ha costruito un armamentario a protezione della vittima di "violenza di genere" che si estende oltre i confini consueti e che si compone di strumenti in grado di essere ritagliati sulle specifiche esigenze protettive».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

– hanno contribuito, infatti, a fortificare l'idea di utilizzare in maniera sempre più incidente – anche in questo ambito – dette forme di difesa sociale, prevedendo una tutela destinata a tali categorie di 'vittime'.

Il panorama normativo offre, pertanto, diversi strumenti adottabili ciascuno rispetto a specifiche tipologie di pericolosità, con la possibilità di incidere in maniera differente e graduabile sul prevenuto in modo da rispondere alle esigenze del caso concreto in un'ottica ispirata ad una sorta di tutela crescente.

La struttura prevenzionale si fonda, in siffatta prospettiva, sull'ammonimento del questore di cui all'art. 8, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38 («Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori»), volto a fronteggiare condotte di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) e di diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti (art. 612-*ter* c.p.); sulle misure di prevenzione per condotte di violenza domestica di cui all'art. 3, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119 («Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica e per il contrasto alla violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province»), destinate a fronteggiare la così detta 'violenza di genere' nonché, in ultimo, sulla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 6, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia»), misura tradizionalmente ascritta nell'alveo dei mezzi di prevenzione, la cui disciplina viene oggi declinata al fine di soddisfare le specifiche necessità connesse alla lotta contro tali forme di pericolosità sociale.

2. L'ammonimento del questore è stato la prima misura di prevenzione personale prevista nell'ambito di un complesso intervento normativo volto a contrastare il dilagare di episodi ricondotti alla c.d. violenza di genere.

Esso è destinato ad intervenire esclusivamente in una fase anticipata e non ancora penalmente rilevante rispetto a condotte riconducibili alle fattispecie criminose di cui agli artt. 612-*bis* e 612-*ter* c.p., ipotesi quest'ultima inserita con la novella del 2023[2], a testimo-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

nianza dei significativi risultati raggiunti con l'utilizzo del paradigma originario[3].

La natura preventiva dell'istituto di cui all'art. 8, d.l. n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009, pur in assenza di un esplicito riconoscimento legislativo, è da sempre riconosciuta dalla giurisprudenza[4].

L'ammonimento è applicabile nei confronti di chiunque ponga in essere condotte che possano essere annesse entro la sfera degli atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* c.p. ovvero dell'illecita diffusione di immagini o video sessualmente espliciti di cui all'art. 612-*ter* c.p. senza, però, che sia necessaria l'acquisizione di prove circa la penale responsabilità del destinatario, quantunque si richieda la sussistenza di elementi concreti e specifici che devono trovare esplicito riscontro nel provvedimento questorile[5].

La richiesta di ammonimento può esser avanzata solo fino a quando non sia sporta querela per i predetti delitti. Lo strumento di prevenzione costituisce, pertanto, una via alternativa e non cumulabile rispetto all'accertamento del fatto di reato, circostanza che induce a ritenere che le condotte rilevanti ai fini dell'emissione dello stesso non debbano aver raggiunto un grado di sviluppo tale da poter configurare la fattispecie criminosa[6].

---

[2] Il richiamo è alla l. 24 novembre 2023, n. 168, «Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica». V. G. GENTILE, *La nuova normativa sulla violenza di genere: a) Profili sostanziali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2024, p. 743.

[3] I dati statistici confermano, infatti, l'efficacia del meccanismo in esame. Cfr. sul punto S. SALSI, Stalking: *una ricerca sull'"ammonimento del Questore" nella provincia di Bologna in riferimento alla legge 38/2009*, in *Riv. crim., vitt. e sic.*, 2012, p. 39 e ss.

[4] T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 11 giugno 2024, n. 529, *inedita*; T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 10 giugno 2024, n. 439, *inedita*; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 25 agosto 2020, n. 1607, *inedita*; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 23 marzo 2020, n. 439, *inedita*; T.A.R. Lazio Roma, sez. I-*ter*, 5 novembre 2018, n. 10628, *inedita*; T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 2 luglio 2018, n. 709, *inedita*.

[5] T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, sez. unica, 8 maggio 2020, n. 56, *inedita*; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 12 luglio 2019, n. 679, *inedita*.

[6] Cass. civ., S.U., 28 dicembre 2023, n. 36154, in *CED Cass.*, n. 669685-01, secondo cui il provvedimento di ammonimento emesso dal questore nei confronti di

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

La scelta operata colloca, dunque, l'istituto in esame in una posizione antecedente rispetto all'eventuale avvio del procedimento penale esaltandone in modo pieno ed effettivo la natura preventiva e dissuasiva.

Legittimata a sollecitare l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza è la sola persona offesa, la quale deve avanzare la richiesta al questore.

L'attività di indagine che prelude l'intervento dell'autorità *de qua*, delineata all'art. 8, comma 2, d.l. n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009, è ispirata alla massima semplificazione e duttilità in modo da poter essere correttamente calibrata rispetto alle esigenze emergenti nel singolo caso concreto[7].

Il questore, assunte, se necessario, informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate sui fatti, tra cui potrebbe essere annoverato lo stesso istante, qualora si ritenesse opportuno approfondire e meglio circostanziare quanto contenuto nella richiesta,

---

persona segnalata per atti persecutori, ai sensi dell'art. 8 d.l. n. 11 del 2009, è uno strumento alternativo alla tutela giudiziaria ed è volto ad esercitare, in tempi celeri e sulla base della sussistenza di meri elementi indiziari, un'efficacia dissuasiva sull'autore della condotta molesta, di talché esso non costituisce atto prodromico alla valutazione del reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., ma un autonomo atto ammnistrativo, il cui sindacato da parte del giudice amministrativo non incide sulla riserva di giurisdizione del giudice penale. Cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2020, n. 4077, *inedita*, secondo cui, in materia di misure di prevenzione, il presupposto per l'ammonimento previsto dalla normativa di cui all'art. 8, d.l. n. 11 del 2009 è rappresentato dalle medesime condotte che integrano la fattispecie di reato di cui all'art. 612-*bis* c.p. ovvero quelle condotte reiterate consistenti in minacce o molestie atte a cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura nel soggetto che le riceve ovvero tali da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona legata da relazione affettiva o ancora tali da costringere ad alterare le proprie abitudini di vita.

[7] T.A.R. Sicilia Palermo, sez. IV, 8 maggio 2024, n. 1522, *inedita*; T.A.R. Toscana Firenze, sez. IV, 12 dicembre 2023, n. 1164, *inedita*, secondo cui in materia di sicurezza pubblica, in sede di emanazione del provvedimento di ammonizione, *ex* artt. 7 e 8 d.l. n. 11 del 2009, il questore deve formare il proprio convincimento sulla sussistenza della pericolosità sociale del presunto *stalker* mediante l'esame dei fatti narrati dalla presunta vittima, le controdeduzioni dell'ammonendo, le informazioni degli organi investigativi, e le dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti, la cui maggiore obiettività potrebbe consentire un apprezzamento più compiuto della realtà di fatto.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

ammonisce oralmente il destinatario del provvedimento, invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge in modo, peraltro, non dissimile a quanto prescritto ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 159 del 2011 in materia di avviso orale.

È controversa la necessità o meno di far precedere l'ammonimento dall'invio della comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241 («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi») nonché, di conseguenza, dall'obbligo o meno di instaurare un contraddittorio con il prevenuto prima dell'adozione della misura di prevenzione[8], circostanza capace di condizionare lo svolgimento dell'attività istruttoria che precede l'eventuale emissione del provvedimento questorile.

La comunicazione di avvio del procedimento è, di certo, un adempimento di non secondaria rilevanza, poiché consente ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti, non solo, di essere informati dell'apertura dello stesso, ma anche, di poter prendere visione degli atti, salvo i casi di esclusione dei diritti di accesso ai sensi dell'art. 24 della medesima legge – che, invero, non sembrerebbero riguardare le peculiari modalità in esame[9] – nonché di presentare memorie scritte e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento[10] (art. 10, l. n. 241 del 1990).

---

[8] T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 28 maggio 2015, n. 428, inedita; T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 9 febbraio 2015, n. 156, *inedita*.

[9] L'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, rubricato "Esclusione del diritto di accesso", prescrive che «1. Il diritto di accesso è escluso: *a*) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; *b*) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; *c*) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta dall'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; *d*) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi».

[10] T.R.G.A. Trentino Alto Adige, sez. unica, 8 maggio 2020, *inedita*, secondo cui il dovere dell'amministrazione di esaminare le memorie prodotte dall'interes-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

L'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene, in modo del tutto condivisibile, necessario l'invio della comunicazione *de qua* sempre che specifiche esigenze, le quali debbono essere puntualmente esplicitate nel decreto questorile, non impongano una maggiore celerità[11], escludendo, dunque, l'esistenza *in re ipsa* di una insuperabile urgenza.

A ben vedere, però, emerge con sempre maggiore frequenza un andamento ermeneutico fin troppo ondivago sul punto capace di generare significative difformità applicative, foriere di una potenziale lesione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.[12].

---

sato non comporta la confutazione analitica delle osservazioni ivi contenute, essendo sufficiente che esse siano valutate nel loro complesso o per questioni omogenee e fermo restando che il provvedimento finale deve essere corredato da una motivazione che renda percepibili le ragioni del mancato recepimento delle tesi difensive dell'interessato.

[11] T.A.R. Sicilia Palermo, sez. IV, 8 maggio 2024, n. 1522, *inedita*; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 26 febbraio 2024, n. 696, *inedita*, secondo cui la mancata comunicazione di avvio del procedimento finalizzato all'emissione dell'ammonimento vizia inevitabilmente il provvedimento adottato dalla P.a. in violazione del contraddittorio procedimentale, senza che possa invocarsi nemmeno l'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, non essendo possibile affermare, stante la particolare discrezionalità del potere esercitato, che anche con la comunicazione di avvio del procedimento il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 28 maggio 2020, n. 428, *inedita*, secondo cui è illegittimo l'ammonimento di cui all'art. 8, d.l. n. 9 del 2011 previsto nel caso di *stalking*, che non sia stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento *ex* art. 7, l. n. 241 del 1990; Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2020, n. 2620, *inedita*; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 11 novembre 2019, n. 5320, *inedita*; T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 17 giugno 2019, n. 711, *inedita*; T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 24 maggio 2019, n. 384, *inedita*; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 4 febbraio 2019, n. 223, *inedita*; T.A.R. Friuli-V. Giulia Trieste, sez. I, 9 ottobre 2017, n. 309, *inedita*; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 2 aprile 2015, n. 877, *inedita*; Cons. Giust. Amm. Sic., 11 marzo 2013, n. 322, *inedita*.

[12] T.A.R. Sicilia Palermo, sez. IV, 8 maggio 2024, n. 1522, *inedita*, secondo cui l'ammonimento, caratterizzandosi per la sua natura preventiva ed emergenziale, non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento. L'istituto dell'ammonimento è, infatti, una misura di prevenzione con finalità dissuasive, finalizzata a scoraggiare ogni forma di persecuzione o di violenza nel contesto di relazioni affettive e sociali; Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2023, n. 3420, *inedita*, secondo cui in materia di sicurezza pubblica, relativamente alla misura di prevenzione dell'ammonimento, ai sensi dell'art. 8 d.l. n. 11 del 2009, l'esigenza di inter-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

Sarebbe, pertanto, auspicabile, proprio in detta ottica, un intervento legislativo chiarificatore, onde fugare il rischio di continuare a generare inaccettabili disparità di trattamento su un aspetto tanto delicato quanto quello destinato a prevedere un contraddittorio tra le parti interessate già nella fase istruttoria, tenuto, altresì, conto della inequivoca posizione assunta sul punto dai giudici europei.

La Corte europea, infatti, in una decisione riguardante proprio la figura dell'ammonimento *de quo* ha, tra l'altro, evidenziato l'importanza del riconoscimento del diritto dell'interessato a partecipare al procedimento e, in particolare, del diritto ad essere ascoltato prima dell'adozione di un provvedimento sfavorevole, trattandosi di una regola basilare negli Stati democratici anche nei riti di natura meramente amministrativa[13].

L'ammonimento non richiede alcuna specifica veste formale.

Esso deve essere rivolto 'oralmente' al soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento, invitandolo, come prima rammentato, a tenere una condotta conforme alla legge. Si redige, comunque, processo verbale, la cui copia è rilasciata al richiedente la misura ed al soggetto ammonito.

Nonostante tale libertà di forme, l'ammonimento non può consistere nella generica diffida a tenere una condotta rispettosa della legge, ma, stante la peculiare forma di pericolosità che lo stesso è preordinato a prevenire, dovrebbe rappresentare un invito a che il destinatario non ponga in essere condotte riconducibili entro il confine dei delitti di cui agli artt. 612-*bis* e 612-*ter* c.p.[14].

---

rompere immediatamente l'azione persecutoria, per la costante giurisprudenza, fa sì che non è necessaria la comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 l. n. 241 del 1990 e tantomeno la previa audizione dell'autore dei comportamenti che giustificano l'adozione del provvedimento di ammonimento.

[13] Corte edu, sez. I, 22 giugno 2023, Germano c./Italia, ove, in particolare, si sottolinea che la necessità di adottare dei *restraining or protections orders* in assenza di contraddittorio dovrebbe essere valutata in riferimento alle condizioni emergenti nel caso concreto, interpretazione in linea, tra l'altro, con l'*Explanatory Report* allegato alla Convenzione di Istanbul.

[14] Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2019, n. 1085, *inedita*, secondo cui l'ammonimento della questura è un provvedimento discrezionale chiamato ad effettuare una delicata valutazione delle condotte poste in essere dallo *stalker* in funzione preventiva e dissuasiva e deve essere adeguatamente motivato, ai sensi dell'art. 3, l. n.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

Da ciò deriva che l'autorità di pubblica sicurezza, al fine di raggiungere l'efficacia persuasiva necessaria per ritenere soddisfatta l'azione di prevenzione, deve essere chiamata ad esplicitare gli elementi raccolti comprovanti il verificarsi delle condotte contestate nonché, eventualmente, illustrare le conseguenze derivanti dal perpetuarsi ovvero dall'aggravarsi di siffatti comportamenti illeciti.

Il questore, inoltre, adotta i provvedimenti in materia di armi e munizioni.

Tale adempimento, originariamente configurato come una mera facoltà, a seguito della novella del 2013, è previsto oggi in termini di obbligatorietà, circostanza che permette di rafforzare l'efficacia preventiva della misura in esame[15], tenuto conto delle tragiche vicende che nel corso degli anni hanno imposto una maggiore attenzione anche rispetto a prescrizioni di mera natura accessoria.

Quando l'autorità di pubblica sicurezza procede all'ammonimento informa, altresì, senza indugio l'autore del fatto circa i servizi disponibili sul territorio, inclusi i consultori familiari, i servizi di salute mentale e i servizi per le dipendenze, finalizzati ad intervenire nei confronti degli autori di violenza domestica o di genere (art. 3, comma 5-*bis*, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013).

Analogamente, ai sensi dell'art. 11, d.l. n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009, le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche che ricevono dalla vittima notizia di reato, tra cui quelle di cui agli artt. 612-*bis* e 612-*ter* c.p., hanno l'obbligo di fornire alla stessa tutte le informazioni relative ai centri antiviolenza presenti sul territorio e, in particolare, nella zona di residenza. Le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche provvedono, in ogni caso, a mettere in contatto la vittima con i centri antiviolenza, qualora ne faccia espressamente richiesta.

---

241 del 1990. Mai come per i provvedimenti aventi natura preventiva e anticipatoria l'obbligo di motivazione è essenziale nel nostro ordinamento ad evitare che detti provvedimenti, fondati su fattispecie di pericolo, sanzionino in realtà, arbitrariamente, una colpa d'autore ed integrino, così, altrettante 'pene del sospetto'. Anche i provvedimenti con cui l'autorità amministrativa ritenga insussistenti i presupposti per l'emissione delle misure preventive devono essere debitamente motivati.

[15] In questi termini: Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 65, *inedita*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

Si tratta di adempimenti che, seppur indirettamente connessi alla procedura di applicazione della misura *ante delictum*, permettono di fornire una tutela più completa dinnanzi a condotte sintomatiche di siffatta pericolosità, che, tra l'altro, trovano analoga applicazione nel corso del procedimento penale in occasione dell'applicazione di misure cautelari personali coercitive relative a fattispecie penali riconducibili nell'ambito della violenza di genere.

Seppure la disciplina normativa taccia sul punto, il provvedimento questorile è sindacabile in sede amministrativa.

Entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento l'interessato può, infatti, presentare ricorso gerarchico, per motivi di legittimità o di merito, al prefetto ovvero ricorso giurisdizionale, entro sessanta giorni, al competente tribunale amministrativo regionale, o, ancora, in alternativa solo a quest'ultimo rimedio, ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 8, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 «Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi»[16].

Il soggetto ammonito può, infine, richiedere la revoca del decreto questorile adottato non prima che siano trascorsi tre anni dalla sua emissione (art. 3, comma 5-*ter*, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013).

Al fine della formulazione di detto giudizio viene valutata la partecipazione dell'interessato – e i relativi esiti – ad appositi percorsi di recupero tenuti dagli enti a ciò preposti, elemento che, dunque, costituisce un importante incentivo ad intraprenderli.

L'adozione della misura di prevenzione produce ulteriori effetti.

Ai sensi dell'art. 8, comma 3, d.l. n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009, la pena per i delitti di cui agli artt. 612-*bis* e 612-*ter* c.p. è aumentata se il fatto è stato commesso da soggetto già ammonito e la procedibilità, ordinariamente a querela della persona offesa, diviene d'ufficio (art. 8, comma 4, d.l. n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009).

La novella del 2023 ha, peraltro, innovato il contenuto dei precetti citati specificando che i menzionati effetti si producono anche allorquando la persona offesa sia diversa rispetto a quella che ha ot-

[16] T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 4 novembre 2010, n. 1171, *inedita.*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

tenuto l'emissione dell'ammonimento da parte dell'autorità di pubblica sicurezza.

La scelta in tal senso operata è del tutto condivisibile, poiché, da un lato, esalta la funzione preventiva affidata al provvedimento questorile, dall'altro, stigmatizza la maggiore pericolosità insita nel comportamento di colui il quale, già destinatario della misura di prevenzione, ha ugualmente posto in essere la condotta contestata chiunque sia la vittima, incentrando così l'attenzione sull'autore del reato.

3. L'art. 3, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013 ascrive, nell'alveo della prevenzione personale un istituto destinato a far fronte a manifestazioni di pericolosità sociale riconducibili nell'alveo della violenza domestica[17].

Allorquando viene segnalato alle forze dell'ordine, in forma non anonima, un fatto che possa essere ricondotto alla fattispecie di percosse (art. 581 c.p.), di lesioni personali (art. 582 c.p.), nonché in seguito alla novella del 2023, di violenza privata (art. 610 c.p.), di minaccia aggravata (art. 612, comma 2, c.p.), di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), di illecita diffusione di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-*ter* c.p.), di violazione di domicilio (art. 614 c.p.) e di danneggiamento (art. 635 c.p.), consumati o tentati, nell'ambito di violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate sui fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto (art. 3, comma 1, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013).

Emergono, invero, profili differenziali rispetto all'ammonimento del questore di cui all'art. 8, d.l. n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009, a cui, in precedenza, si è fatto cenno.

[17] L'art. 3 della Convenzione di Istanbul precisa che l'espressione 'violenza domestica' designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

Esso, infatti, calibrato sulle fattispecie di cui agli artt. 612-*bis* e 612-*ter* c.p., opera esclusivamente se la relativa querela non sia stata ancora presentata, inserendosi in un momento prodromico o quanto meno alternativo rispetto all'avvio del procedimento penale, le cui vie, pertanto, non si intersecano in alcun modo[18].

Del tutto differente, invece, l'operatività della misura in parola.

Così come si deduce dall'inequivoco dato normativo, esso costituisce uno strumento che si somma, invece, all'eventuale accertamento del fatto di reato.

Le motivazioni che sorreggono una scelta siffatta si scorgono sia dalla tipologia di reati che costituiscono ipotesi 'sentinella' di condotte di violenza all'interno del nucleo familiare sia rispetto alla funzionalità che è chiamato ad assolvere.

Le fattispecie delittuose, seppur nella versione fortemente ampliata negli scorsi anni, richiamano condotte che, avulse dal contesto domestico, non sono rivelatrici di particolare pericolosità, ma che, se inserite all'interno dello stesso, divengono sintomatiche di situazioni che potrebbero generare comportamenti connotati di maggiore gravità con conseguenze potenzialmente assai pregiudizievoli[19].

Proprio in un momento iniziale della spirale violenta ha senso, dunque, un meccanismo quale quello in commento che potrebbe ar-

---

[18] G. Amato, *Con un atto di violenza grave scatta l'ammonimento*, in *Guida al dir.*, 2013, n. 44, p. 87, il quale sottolinea che «…l'istituto dell'ammonimento previsto per fatti di *stalking* presuppone necessariamente l'attivazione della vittima che, in alternativa al ricorso all'autorità giudiziaria, ossia in alternativa alla proposizione della querela, può ritenere satisfattivo il rivolgersi all'autorità di polizia ai soli fini dell'ammonimento, vuoi perché vuole evitare lo *strepitus fori* del processo penale, vuoi perché, nella fattispecie, possono non ricorrere tutti gli elementi della fattispecie incriminatrice».

[19] T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 12 luglio 2019, n. 679, *inedita*, secondo cui, in relazione alla misura di prevenzione per condotte di violenza domestica, prevista dall'art. 3, d.l. n. 93 del 2013, va precisato che la stessa è finalizzata a dissuadere dalla commissione di condotte che, pur potendo risultare in sé, anche episodicamente valutate, non particolarmente gravi, sono, comunque, idonee a costituire – quando si verificano in un clima connotato da mancanza di serenità familiare e di potenziale violenza fisica, sessuale, psicologica o economica – il sintomo di una situazione passibile di sfociare, se non tempestivamente arginata, in manifestazioni più eclatanti; T.R.G.A. Trentino - Alto Adige Trento, sez. unica, 15 marzo 2018, n. 66.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

ginare una eventuale degenerazione capace di configurare ipotesi ben più critiche.

Da tale punto di vista, pertanto, assume significato l'opzione di non considerare l'attivazione della procedura applicativa della misura di prevenzione come alternativa rispetto all'avvio del procedimento penale, poiché è proprio dalla sinergia di tali accertamenti che si dovrebbe ottenere anche una funzione preventiva più efficace.

Al fine di fugare il rischio di divergenti interpretazioni, foriere di un contrasto con l'art. 3 Cost., viene precisato il concetto di violenza domestica, il quale costituisce, dall'inequivoco dato normativo, un parametro centrale per consentire o meno l'operatività dello strumento in parola.

Esso è inteso come uno o più atti, gravi ovvero non episodici o commessi in presenza di minorenni di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

La legittimazione ad attivare l'avvio della fase di indagini, antecedente all'eventuale emissione dello strumento di prevenzione, è riconosciuta a 'chiunque': si consente, dunque, anche a soggetti, diversi dalla persona offesa dal reato (a differenza rispetto all'ammonimento del questore), di segnalare tali condotte, sempre che essi non siano coperti dall'anonimato, allo scopo di evitare pericolose strumentalizzazioni[20].

L'art. 3, comma 4, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013 precisa, comunque, che in ogni atto del procedimento devono essere omesse le generalità del segnalante, ad eccezione del caso in cui l'istanza risulti manifestamente infondata.

La garanzia della riservatezza, così prevista, permette di superare il timore per eventuali ripercussioni negative allorquando il pro-

[20] G. Amato, *Con un atto di violenza grave scatta l'ammonimento*, in *Guida dir.*, 2013, n. 44, p. 91, il quale correttamente puntualizza che «Allorquando si tratti di questi soggetti, va chiarito che la segnalazione non ha nulla a che vedere con gli obblighi di riferire all'autorità giudiziaria rispettivamente stabiliti dagli articoli 365 del c.p. e dall'articolo 361, comma 2, c.p. (in relazione all'articolo 347 c.p.p.). Manca, del resto, a ben vedere, la previsione espressa di un obbligo giuridico, che renda la segnalazione obbligatoria».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

cedimento risulti attivato da un soggetto facente parte dello stesso nucleo familiare ove si consuma la violenza domestica.

La segnalazione può essere, in ogni caso, utilizzata solo per l'avvio delle indagini.

Da ciò consegue, che l'autorità di pubblica sicurezza deve ricercare altrove gli elementi da cui desumere l'esistenza di una forma di pericolosità che possa essere neutralizzata con l'adozione dell'istituto *de quo*.

Tali regole costituiscono indubbiamente una positiva evoluzione all'interno della disciplina delle misure di prevenzione, poiché sollevano lo standard probatorio richiesto per la loro adozione, quantunque l'incidenza di tale misura sulla libertà personale del destinatario sia, di fatto, piuttosto lieve.

Un elemento di sicuro rilievo è, altresì, rappresentato dall'indicazione, seppur succinta, dell'attività d'indagine che deve essere espletata.

Il questore, infatti, deve assumere le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentire le persone informate sui fatti.

Pur essendo consentita una libertà di forme e non potendosi attingere, in assenza di un richiamo normativo, alle stringenti regole del procedimento penale, l'indicazione della cornice di indagini necessaria costituisce un aspetto di particolare importanza.

Anche dalla semplice lettura del concetto di violenza domestica si arguisce come l'attività investigativa richiesta debba essere, in particolare, finalizzata a raccogliere elementi di prova, quantunque indiziaria, circa la gravità[21], non episodicità degli atti violenti[22] ovvero

[21] E. Lo Monte, Repetita *(non)* iuvant*: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/2013, in tema di 'femminicidio'*, in *wwwdirittopenalecontemporaneo*, secondo cui «Inoltre, non poco problematico si presenta l'accertamento del requisito della 'gravità', in particolare nell'ambito di lesioni personale lievissime tentate».

[22] E. Lo Monte, Repetita *(non)* iuvant*: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/2013, in tema di 'femminicidio'*, in *wwwdirittopenalecontemporaneo*, secondo cui «Non episodico equivale a dire 'non isolato', 'non occasionale', 'non sporadico', 'non infrequente', 'non raro' e, dunque, il questore per accertare la sussistenza della violenza domestica dovrà verificare il carattere 'costante, frequente, regolare, ricorrente, usuale, consueto' del fatto di lesioni. Si tratta di un difficile accertamento che deve ricavarsi dalle investigazioni delle forze dell'ordine e dalle dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

della presenza di minorenni in tutte le varie forme di manifestazione previste dal precetto in analisi (ossia fisiche, psicologiche, sessuali o economiche) nonché esse devono essere ricondotte all'interno di un contesto assimilabile ad un nucleo familiare.

In riferimento, infine, alla necessità o meno di far precedere la misura *de qua* dall'invio di comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7, l. n. 241 del 1990 nonché alla necessità di procedere all'audizione del prevenuto prima dell'eventuale adozione della stessa, si richiamano le argomentazioni sopra sviluppate con riguardo all'ammonimento del questore. Trattandosi, infatti, di istituti strutturalmente analoghi, non parrebbe giustificabile né ragionevole aderire ad una differente impostazione ermeneutica.

Da ciò deriva che anche in relazione all'istituto di cui all'art. 3, comma 4, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013, il questore deve far precedere l'eventuale emissione dello stesso dall'invio dell'avviso *ex* art. 7, l. n. 241 del 1990 nonché procedere all'audizione del destinatario, a meno che le evenienze del singolo caso concreto, le quali dovranno essere specificamente esposte nel provvedimento di adozione, facciano ritenere sussistenti particolari esigenze di celerità[23].

La fase decisionale è mutuata dalla disciplina dell'ammonimento del questore, grazie al rinvio, in quanto compatibili, alle di-

[23] T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 10 febbraio 2025, n. 199, *inedita*, secondo cui l'ammonimento orale ai sensi dell'art. 3 d.l. n. 93 del 2013 adottato dal questore può prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento e dalla previa audizione dell'interessato quando sussistono evidenti e preminenti motivi di urgenza e celerità, che rendono necessario intervenire immediatamente per interrompere comportamenti violenti e garantire la tutela della vittima. Di avviso differente T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 24 maggio 2024, n. 1948, *inedita*, secondo cui in ragione dell'esigenza primaria di assicurare il benessere della persona offesa, della natura cautelare e della conseguente insita urgenza della misura, il provvedimento di ammonimento non deve essere necessariamente preceduto dall'avviso di avvio del procedimento e ciò in particolare quando dall'istruttoria compiuta dall'amministrazione siano emersi precisi indizi di una condotta aggressiva e disdicevole da parte del suo destinatario. Peraltro, non emerge la necessità che sia sentita la persona nei cui confronti viene adottato il provvedimento di ammonimento, né tale necessità può desumersi dal riferimento alle "persone informate sui fatti", poiché con tale locuzione il legislatore fa riferimento a coloro che, concluse le indagini preliminari ed instaurato il processo penale, rivestiranno il ruolo di testimoni e non all'indagato.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

sposizioni di cui all'art. 8, commi 1 e 2, d.l. n. 8 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009.

Pertanto, il questore, ove ritenga fondata l'istanza, sulla scorta dell'attività istruttoria espletata, ammonisce oralmente il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento, invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge e redigendo il relativo processo verbale. Copia del provvedimento è rilasciata alla persona ammonita.

L'autorità di pubblica sicurezza adotta, inoltre, i provvedimenti in materia di armi e di munizioni, elemento che, di certo, costituisce l'aspetto più rilevante della misura di prevenzione in analisi, poiché rappresenta un profilo che, come prima sottolineato, tenuto conto degli episodi di cronaca, dovrebbe realmente raggiungere una maggiore efficacia preventiva.

Il questore può arricchire la misura, richiedendo al prefetto del luogo di residenza del destinatario dell'ammonimento l'applicazione della misura della sospensione della patente di guida per un periodo da uno a tre mesi. Il prefetto dispone la sospensione ai sensi dell'art. 218, d.lg. 30 aprile 1992, n. 285 («Nuovo codice della strada»). Tale prescrizione è esclusa qualora, tenuto conto delle condizioni economiche del nucleo familiare, risulti che le esigenze lavorative dell'interessato non possono essere garantite con il rilascio del permesso previsto dall'art. 218, comma 2, d.lg. n. 285 del 1992[24].

Dal tenore letterale del precetto, emerge in modo chiaro che, se i provvedimenti in materia di armi e di munizioni conseguono obbligatoriamente all'ammonimento, la decisione in ordine alla sospensione della patente di guida è facoltativa.

Da ciò si deduce che essa dovrebbe essere assunta, allorquando la situazione sia connotata da tratti di maggiore serietà ovvero possa essere funzionale ad arginare la reiterazione delle condotte accertate, seppure non si comprenda appieno in che modo la sospensione della

[24] L'art. 218, comma 2, d.lg. n. 285 del 1992 prescrive, infatti, al secondo periodo, che «…il conducente a cui è stata sospesa la patente…può presentare istanza al prefetto intesa ad ottenere un permesso di guida, per determinate fasce orarie, e comunque non oltre tre ore al giorno, adeguatamente motivato e documentato per ragioni di lavoro, qualora risulti impossibile o estremamente gravoso raggiungere il posto di lavoro con mezzi pubblici o con mezzi propri, ovvero per il ricorrere di una situazione che avrebbe dato diritto alle agevolazioni di cui all'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

patente di guida, tra l'altro, per un arco temporale così breve (da uno a tre mesi) possa assolvere o meglio contribuire ad assolvere qualsivoglia effetto di prevenzione.

A corredo della funzione di supporto che viene demandata alla normativa in oggetto, l'art. 3, comma 5, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013 estende anche ai casi di specie l'operatività del disposto di cui all'art. 11, d.l. n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009.

Pertanto, le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche hanno l'obbligo di fornire alla vittima tutte le informazioni relative ai centri antiviolenza presenti sul territorio e, in particolare, nella zona di residenza della vittima. Le medesime autorità provvedono a metterla in contatto con i centri antiviolenza, qualora ne faccia espressamente richiesta.

Il precetto tace in ordine agli strumenti di impugnazione.

Trattandosi, comunque, di un provvedimento promanante da una autorità amministrativa, quale il questore, è, di certo, consentito, entro trenta giorni, il ricorso gerarchico al prefetto ovvero il ricorso giurisdizionale, entro sessanta giorni, al competente tribunale amministrativo regionale, o, ancora, in alternativa solo a quest'ultimo rimedio, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 8, d.P.R. n. 1199 del 1971, con la conseguenza che il sindacato da parte dell'autorità giudiziaria non può mai incidere sul merito della scelta in quanto espressione della discrezionalità del questore[25].

Il soggetto ammonito può, infine, richiedere la revoca del decreto questorile adottato non prima che siano trascorsi tre anni dalla sua emissione (art. 3, comma 5-*ter*, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013).

[25] T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 5 maggio 2023, n. 602, *inedita*, secondo cui i provvedimenti di ammonimento sono adottati dal questore nell'ambito di un potere valutativo, ampiamente discrezionale, di un quadro indiziario che rende verosimile la esistenza delle predette condotte. Pertanto, il sindacato del giudice amministrativo non può che essere limitato ai casi di manifesta insussistenza dei presupposti di fatto che legittimano l'adozione del provvedimento o di sua manifesta irragionevolezza e sproporzione; T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 17 settembre 2020, n. 553, *inedita*; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento, sez. unica, 18 settembre 2019, n. 33, *inedita*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

Al fine della formulazione di detto giudizio viene valutata la partecipazione dell'interessato – e i relativi esiti – ad appositi percorsi di recupero tenuti dagli enti a ciò preposti, elemento che, dunque, costituisce un importante incentivo ad intraprenderli[26].

L'adozione della misura di prevenzione produce ulteriori effetti.

Le pene per i reati di cui agli artt. 581, 582, 610, 612, comma 2, 612-*bis*, 612-*ter*, 614 e 635 c.p. sono aumentate se il fatto è commesso, nell'ambito di violenza domestica, da soggetto già ammonito, anche se la persona offesa è diversa da quella per la cui tutela è stato già adottata la misura di prevenzione *de qua* e, inoltre, la procedibilità è d'ufficio (art. 3, commi 5-*quater* e 5-*quinquies*, d.l. n. 93 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119 del 2013).

4. La scelta di sfruttare le potenzialità insite nei meccanismi *ante delictum* è talmente rafforzata da aver persuaso il legislatore ad intervenire anche sulla misura di prevenzione più incidente sulla libertà personale, forgiando la stessa così da costituire una valida tutela rispetto ad episodi di violenza domestica e di genere, allorquando le condotte pericolose ascritte al prevenuto siano tali da pregiudicare la sicurezza individuale di persone determinate.

Il richiamo è all'art. 6, d.lg. n. 159 del 2011, che disciplina la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, consistente nella particolare vigilanza che è chiamata a svolgere l'autorità di pubblica sicurezza nei confronti di una persona, appartenente ad una delle categorie soggettive di cui all'art. 4, d.lg. n. 159 del 2011, circa l'osservanza, da parte della stessa, delle prescrizioni impostegli dal tribunale della prevenzione.

La composita area potenzialmente destinataria di tale mezzo di prevenzione personale annovera, infatti, nella sua attuale formulazione, tra gli altri, sia coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o

[26] T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 9 gennaio 2025, n. 10, *inedita*, secondo cui in base all'art. 3 d.l. n. 93 del 2013, il questore ha il potere di informare l'ammonito circa i servizi disponibili sul territorio per interventi rieducativi, ma non può formalmente invitare l'ammonito a recarsi presso tali istituti, pena l'annullamento di tale parte del provvedimento.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica (art. 4, comma 1, lett. *c*), d.lg. n. 159 del 2011) sia gli indiziati dei delitti di cui agli artt. 572, 612-*bis* c.p. o dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 575, 583, nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 577, comma 1, n. 1 e comma 2, 583-*quinquies* e 609-*bis* c.p. ossia persone, le cui condotte possono essere ricondotte ad una forma di pericolosità ascrivibile entro il *genus* della violenza domestica e di genere (art. 4, comma 1, lett. *i-ter*, d.lg. n. 159 del 2011).

Alla specifica individuazione di tali tipologie di soggetti, che, come anticipato, deve essere letta quale indice di novità, si accompagna, altresì, la previsione di precetti che si adattano alla necessità di prevenire dette peculiari manifestazioni di pericolo.

Le prescrizioni, che, in generale, connotano la misura della sorveglianza speciale, enucleate nell'art. 8, comma 4, d.lg. n. 159 del 2011, stabiliscono, infatti, di vivere onestamente, di rispettare le leggi, e di non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza, di non associarsi abitualmente alle persone che hanno subìto condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza, di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una data ora senza comprovata necessità e, comunque, senza averne data tempestiva notizia all'autorità locale di pubblica sicurezza, di non detenere e non portare armi, di non partecipare a pubbliche riunioni.

Tale elenco non presenta, però, carattere di tassatività, dal momento che l'art. 8, comma 5, d.lg. n. 159 del 2011 prescrive che possono essere imposti anche tutti quegli obblighi che si ravvisino necessari «avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale».

Si tratta, pertanto, di una clausola che permette al tribunale della prevenzione di indicare prescrizioni ulteriori, le quali presentino una particolare funzionalità rispetto all'interesse della difesa sociale sotteso al singolo caso concreto e che, dunque, potrebbero essere integrate in maniera più specifica quando rivolte nei confronti di un soggetto la cui condotta possa essere ricondotta all'interno di una delle categorie prima rammentate.

L'art. 6 comma 3-*bis*, d.lgs. n. 159 del 2011 consente, altresì, che, ai fini della tutela della sicurezza pubblica, gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale possano essere disposti, in presenza del consenso del destinatario ed accertata la fattibilità tec-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

nica anche con le specifiche procedure dettate all'art. 275-*bis* c.p.p. il c.d. "braccialetto elettronico".

Appare evidente come si tratti di una eventualità particolarmente invasiva destinata a soddisfare un'esigenza di verifica più grave ed intensa rispetto a manifestazioni di pericolosità tanto allarmanti da giustificare l'esigenza di un controllo costante e continuativo.

Proprio in siffatta prospettiva assumono un peculiare rilievo le regole derogatorie dettate nell'ipotesi in cui il mezzo di prevenzione sia disposto nei confronti dei soggetti indiziati dei delitti di cui agli artt. 572, 612-*bis* o dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 575, 583, nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 577 commi 1, n. 1 e 2, 583-*quinquies* e 609-*bis* c.p. (art. 4 comma 1, lett. *i*-ter), d.lgs. n. 159 del 2011).

Esse costituiscono, invero, un *unicum* nell'ambito del sistema prevenzionale, determinando la creazione di una sorta di "doppio binario" anche in siffatta sede, in maniera non dissimile rispetto a quanto stabilito per le medesime fattispecie criminose nel rito penale e in sede di esecuzione penitenziaria. È significativo, come in tali casi il tribunale della prevenzione non abbia possibilità di compiere una valutazione commisurata al caso concreto, come accade per tutte le altre forme di pericolosità, essendo prescritto in modo obbligatorio l'utilizzo dei dispositivi indicati nell'art. 275-*bis* c.p.p., salvo il dissenso dell'interessato e l'accertata non fattibilità tecnica dei relativi strumenti (art. 6 comma 3-*ter*, d.lgs. n. 159 del 2011).

Si tratta, pertanto, di ipotesi di pericolosità ove il rischio di una eventuale *escalation* viene affrontato in sede di prevenzione, in maniera analoga al procedimento penale allorquando venga disposta una misura cautelare personale non custodiale ossia con un controllo continuo degli obblighi e delle prescrizioni imposti. In tal guisa appare evidente come il meccanismo preventivo possa rappresentare una sorta di intervento surrogatorio ovvero anticipatorio rispetto all'intervento giudiziale previsto nel codice di rito, caratterizzato, tra l'altro, da una maggiore libertà di forme nonché dalla necessità di una piattaforma probatoria assai più esile rispetto a quella necessaria nell'ambito dell'accertamento della responsabilità penale.

Nell'eventualità in cui il proposto non presti il consenso, sono, inoltre, stabilite ulteriori anomalie, volte a irrigidire l'esecuzione della misura: la durata non può, infatti, essere inferiore a tre anni;

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

l'interessato deve presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza preposta alla sorveglianza, nei giorni e negli orari indicati, con cadenza almeno bisettimanale, per tutta la durata della misura; salva diversa valutazione, viene imposto, altresì, l'obbligo o il divieto di soggiorno. Nel caso di manomissione degli strumenti la durata della sorveglianza speciale, applicata sempre con le modalità di cui all'art. 275-*bis* c.p.p., non può essere inferiore a quattro anni.

Pur in assenza di un rinvio esplicito nella disciplina in esame, si ritengono, inoltre, estensibili al prevenuto tutte le regole che derivano dall'utilizzo dei mezzi di cui all'art. 275-*bis* c.p.p., con la conseguenza che chi, in qualsiasi modo, altera il funzionamento dei mezzi elettronici o degli altri strumenti tecnici adottati nei suoi confronti o, comunque, si sottrae fraudolentemente alla loro applicazione o al loro funzionamento è punito con la reclusione da uno a tre anni (art. 18 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4). Allorquando, invece, l'organo delegato all'esecuzione accerti la non fattibilità tecnica dell'applicazione di dette modalità di controllo, il tribunale deve imporre al proposto di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza preposta alla sorveglianza, nei giorni e negli orari indicati, con cadenza almeno bisettimanale, per tutta la durata della sorveglianza speciale e, infine, salva diversa valutazione, l'obbligo o il divieto di soggiorno.

Dunque, sia in caso di dissenso dell'interessato sia in caso di non fattibilità tecnica, le prescrizioni della misura personale in esame vengono disposte con regole *ex lege* aggravate, in virtù di una presunzione assoluta di pericolosità che non può essere superata, scelta già in generale alquanto discutibile in quanto determinante l'operatività di automatismi normativi che tendono, però, ad essere espunti dall'ordinamento giuridico, ma che assume una rilevanza, se possibile, ancora più grave nel momento in cui l'inapplicabilità del c.d. "braccialetto elettronico" non derivi da una scelta volontaria del proposto bensì da una indisponibilità oggettiva sulla quale il destinatario non può affatto incidere.

Costituisce, poi, uno strumento direttamente declinabile per arginare le manifestazioni di pericolosità ascrivibili al fenomeno della violenza domestica e di genere il «divieto di avvicinarsi a determinati luoghi, frequentati abitualmente dalle persone cui occorre prestare

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

protezione o da minori» nei confronti dei soggetti di cui agli artt. 1, lett. *c*) e 4, comma 1, lett. *i-ter*), d.lgs. n. 159 del 2011.

Anche siffatta prescrizione mostra significative singolarità con particolare riguardo al richiamo letterale a «persone cui occorre prestare protezione», dal momento che sembrerebbe piegare la misura *ante delictum*, ordinariamente diretta a tutela della difesa sociale intesa in senso ampio ed indistinto, trasformandola in un meccanismo volto alla salvaguardia di singoli e determinati consociati.

Sempre nella medesima prospettiva, che registra, come detto, una sorta di mutazione intrinseca della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, l'art. 8 comma 5, d.lgs. n. 159 del 2011 stabilisce che nei confronti dei soggetti di cui all'art. 4 comma 1, lett. *i-ter*), d.lgs. n. 159 del 2011 il tribunale imponga il divieto di avvicinarsi a determinati luoghi, frequentati abitualmente dalle persone cui occorre prestare protezione e l'obbligo di mantenere una determinata distanza, non inferiore a cinquecento metri, da tali luoghi e da tali persone.

Allorquando la frequentazione dei luoghi *de quibus* sia necessaria per motivi di lavoro o per altre comprovate esigenze, il tribunale prescrive le relative modalità e può imporre ulteriori limitazioni.

Si tratta, dunque, di divieti che, in primo luogo, accompagnano necessariamente l'adozione della sorveglianza speciale se il proposto è indiziato dei delitti di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p. o dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 575, 583, nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 577 comma 1, n. 1, e comma 2, 583-*quinquies* e 609-*bis* c.p., fattispecie ascrivibili all'ampio fenomeno della violenza di genere ovvero possono essere sostituiti da «ulteriori limitazioni», decise con riguardo al singolo caso concreto qualora interferiscano con lo svolgimento dell'attività lavorativa ovvero con altre comprovate esigenze, locuzione ancora una volta connotata da estrema genericità.

L'esplicitazione delle ragioni poste a sostegno delle eventuali «ulteriori limitazioni» e la scelta delle medesime, pur non essendo specificamente richiesto nel dettato normativo, costituisce di certo l'unico strumento idoneo attraverso cui poter verificare il corretto bilanciamento da parte dell'autorità giudiziaria tra le esigenze di sicurezza pubblica, declinate nel caso di specie con riguardo alle persone cui occorre prestare protezione, e i diritti del prevenuto.

Sarebbe, pertanto, auspicabile che esse siano sempre oggetto di chiara esposizione nel decreto applicativo anche al fine di consentire

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

al prevenuto di esercitare eventualmente sul punto il potere di impugnazione.

È palese, infine, il collegamento – non soltanto testuale – con la misura cautelare personale di cui all'art. 282-*ter* c.p.p., che opera nel rito penale in maniera non dissimile rispetto al medesimo catalogo di reati, indice di una complementarità tra il settore della prevenzione penale e il procedimento volto ad accertare un fatto di reato, che, come già sottolineato, oramai è espressa con chiarezza nello stesso dettato normativo.

Con siffatta prescrizione, infatti, il legislatore, fin dal 2012, ha rivivificato gli strumenti di prevenzione personali rendendoli duttili anche al raggiungimento della prevenzione penale a tutela dei minori di età ed ora, in seguito alla novella del 2019, in modo più generale, nei confronti delle persone cui occorre prestare protezione, espressione generica capace di essere adattata con estrema facilità e suscettibile, dunque, di una amplissima declinazione.

Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati da determinati soggetti non è, tra l'altro, una previsione nuova nel sistema penale, costituendo, altresì, come in precedenza sottolineato, una misura coercitiva personale (art. 282-*ter* c.p.p.)[27], a dimostrazione della sua straordinaria fungibilità.

[27] Si osserva come il divieto di avvicinamento, in particolare nei confronti dei minori, sia assurto a strumento di protezione in funzione di prevenzione, in funzione cautelare e, infine, in funzione di tutela *post delictum*. L'art. 609-*nonies*, comma 3, c.p. inserisce, infatti, una serie di misure di sicurezza personali da applicarsi dopo l'esecuzione della pena, previa verifica della pericolosità sociale di cui agli artt. 202 e 203 c.p., e per una durata minima di un anno nel caso di condanna per i delitti previsti dall'art. 600-*bis*, comma 2, c.p., dall'art. 609-*bis* c.p., nelle ipotesi aggravate di cui all'art. 609-*ter* c.p., dall'art. 609-*quater* c.p., dall'art. 609-*quinquies* c.p. e dall'art. 609-*octies* c.p., nelle ipotesi aggravate di cui al comma 3, le quali importano l'eventuale imposizione di restrizione dei movimenti e della libera circolazione nonché il divieto di avvicinarsi a luoghi frequentati abitualmente da minori; il divieto di svolgere lavori che prevedano un contatto abituale con minori; l'obbligo di tenere informati gli organi di polizia sulla propria residenza e sui propri spostamenti. La violazione delle presenti disposizioni è punita con la pena della reclusione fino a tre anni. È configurata come una sorta di libertà vigilata speciale, la cui applicazione e non solo la mera esecuzione è differita ad un momento successivo rispetto all'esecuzione della pena, con la conseguenza che l'autorità giudiziaria competente è il magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 679 c.p.p.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

Con tali accorgimenti la misura della sorveglianza speciale può, dunque, essere validamente adottata per prevenire le condotte *de quibus* sia prima che il procedimento penale prenda avvio sia nelle more del medesimo, tenuto conto della maggiore celerità del giudizio di prevenzione, che si basa su una piattaforma probatoria, di certo, meno rigorosa rispetto a quella necessaria per fondare la responsabilità da reato.

Il quadro di interventi si completa, poi, con la possibilità di applicare soli o congiunti con la predetta misura di natura personale strumenti di matrice patrimoniale, idonei, pertanto, qualora necessario ad offrire una protezione ancora più completa e significativa (artt. 16 e ss., d.lg. n. 159 del 2011).

La scelta legislativa operata è più che condivisibile.

Una rapida azione di prevenzione, attuata con gli strumenti descritti, potrebbe, infatti, essere capace, di inibire in molti casi queste forme di pericolosità, impedendo che esse sfocino in condotte penalmente rilevanti e determinando, dunque, una efficace e piena tutela delle vittime.

Abstract

Il legislatore italiano nel rafforzare la risposta dello Stato di fronte al considerevole aumento di manifestazioni di pericolosità riconducibili all'ampio *genus* della violenza di genere ha scelto, tra l'altro, di potenziare gli strumenti di prevenzione penale. L'anticipazione della tutela in un momento antecedente rispetto alla realizzazione di una condotta delittuosa costituisce, pertanto, una opzione che nel tempo ha mostrato grandi potenzialità sulle quali è opportuno sviluppare una attenta riflessione.

In strengthening the State's response to the considerable rise in manifestations of dangerous conduct attributable to the broad genus of gender-based violence, the Italian legislator has, among other measures, chosen to enhance the instruments of criminal prevention. The anticipation of protection to a stage preceding the commission of an offence thus constitutes an option which, over time, has demonstrated significant potential – one that warrants careful and thorough reflection.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-3-Cortesi

Riccardo Fercia

TEOFILO ED IL MISTERO DELL'*ACTIO PAULIANA*

1. È noto come la denominazione dell'azione revocatoria, nel linguaggio curiale a noi consueto, come '*actio Pauliana*' si riscontri, nel testo del *Corpus iuris* noto ai giuristi europei, in un unico frammento escerpito dall'*ad Plautium* di Paolo e confluito in D. 22.1.38 (Paul. 1132 Lenel), dove si conserva un ampio squarcio riconducibile ad un articolato discorso in cui il giurista analizzava in via generale il problema dell'interesse ai frutti[1] nelle *actiones in personam*: dopo aver posto, infatti, il quesito in ordine a *quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant*, che leggiamo nel § 38pr., egli si soffermava specificatamente – a seguire il dettato del Digesto nel § 38.4 – sulla *Fabiana* e, appunto, sulla *Pauliana*.

È dunque necessario muovere da questo (come vedremo apparente) *hapax*, che peraltro – lo dico sin d'ora, in vista di un più puntuale approfondimento nelle pagine che seguiranno – non può ricondursi, come sosteneva Paul Collinet[2], né al sostrato classico del passo, né ad un glossema pregiustinianeo rientrato nel testo, né infine ad un'interpolazione dei commissari giustinianei, ma ad un errore di copiatura nella tradizione del Digesto, che ha dato luogo alla

[1] Mi pare, al riguardo, condivisibile il rilievo che R. Cardilli, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, p. 313, muove a F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. di G. Nocera), Firenze, 1953, p. 388, il quale riteneva che il frammento rappresenti un'integrale trattazione postclassica: il complessivo andamento del testo, infatti, mostra come il pensiero severiano risulti ancora nitidamente percepibile pur a fronte di interventi verosimilmente parafrastici.

[2] P. Collinet, *L'origine byzantine du nom de la Paulienne (aprés 533 - VII^e siècle)*, in *RHDFE*, XLIII, 1919, p. 187 ss. (l'opera è consultabile *on line* alla fonte *gallica.bnf.fr* - Bibliotèque nationale de France).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

lezione a noi nota, risultante tanto dalla *Vulgata*, quanto dalla *Florentina*[3]:

> Paul. 6 *ad Plaut*. D. 22.1.38.4: *In Fabiana quoque actione et* [*Pauliana*] <*in factum*>*, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum* (*nam et verbum* [*'restituas'*] <*'restituam'*>*, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur*.

Procederò adesso a tratteggiare le ragioni per cui può dubitarsi del testo a nostra disposizione.

Innanzitutto, è singolare che il giurista citi la *Fabiana* – cioè l'azione rescissoria data per caducazione pretoria degli atti posti in essere dal liberto in frode alla disciplina della *bonorum possessio dimidiae partis* offerta al *patronus*[4] – senza alcuna indicazione in ordine alla sua funzione pratica, mentre senta questa necessità per la *Pauliana*: se, cioè, è del tutto plausibile, se non francamente ovvio, che la funzione di un rimedio pretorio fosse agevolmente identificabile con il ricorso ad un *nomen iuris* consolidatosi nella prassi, da ricondursi in linea di principio al *nomen* del pretore – quasi una 'gloria di famiglia' – che per primo ebbe ad introdurla nel proprio editto[5], è difficile comprendere come mai, per la *Pauliana*, e dunque in teoria per un'altra azione identificabile in termini analoghi pur non essendo '*Paulus*' – da cui il deonomoastico '*Paulianus*'[6] – un *nomen* gentilizio,

---

[3] E segnatamente al f. 315*r* che leggo da *Iustiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*, a cura di A. Corbino e B. Santalucia, Firenze, 1988.

[4] Cfr. la sintesi di M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 768.

[5] L'editto si colloca nella seconda metà del I secolo a.C., e ben può essere ascritto ad un pretore della *gens Fabia* in carica in quell'arco temporale secondo C. Masi Doria, *'Bona libertorum'*, Napoli, 1996, p. 179 ss. (dopo la *lex Aebutia* e prima della *lex Aelia Sentia* per M.G. Zoz de Biasio, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, Milano, 1978, p. 12 ss.).

[6] Cfr. Val. Max. 8.11.1: *Sulpicii Galli maximum in omni genere litterarum percipiendo studium plurimum rei publicae profuit: nam cum L. Pauli bellum adversum regem Persen gerentis legatus esset, ac serena nocte subito luna defecisset, eoque velut*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

il giurista si premuri di chiarire che si tratta dell'azione, anch'essa onoraria, *per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*[7].

In disparte l'astratta possibilità che il dettato classico del passo evocasse anche la *Calvisiana*, non foss'altro perché, come sappiamo, ha la stessa funzione della *Fabiana* in caso di successione *ab intestato* del liberto, io suppongo, al riguardo, che Paolo discutesse della revocatoria come di un'azione non identificata da uno specifico *nomen iuris*, e dunque di un'azione semplicemente '*in factum*' di cui risultava utile esplicitare la funzione: vedremo più avanti, come si accennava, sia le ragioni – anche ulteriori rispetto a quelle lumeggiate da Collinet[8] – per cui la lezione '*Pauliana*' non dovesse figurare neppure nel testo ufficiale del Digesto, sia quali riscontri possano oggi addursi per suffragare l'idea per cui i *prudentes* parlassero semplicemente di *actio in factum*, adoperando quindi una terminologia 'neutra' che trova una significativa conferma, a mio avviso, nel dettato epiclassico di Diocl. et Max. C. 7.75.5, su cui ci dovremo ampiamente soffermare.

V'è però un altro punto del nostro passo da ritenersi verosimilmente alterato.

Mi riferisco all'espressione '*restituas*', che Lenel[9] collegava alla promessa dell'*interdictum fraudatorium*, ma che, secondo me, più che il frutto di una modifica intenzionale dovuta alla mano dei commissari imperiali, è l'esito di un normalissimo errore di copiatura – al limite anche interno alla tradizione dell'*ad Plautium*, forse giustificato, come adesso immediatamente vedremo, dalla presenza di un secondo *restituas*, questa volta genuino, che si leggeva poco più

---

diro quodam monstro per<ter>ritus exercitus noster manus cum hoste conserendi fiduciam amisisset, de caeli ratione et siderum natura peritissime disputando alacrem eum in aciem misit. itaque inclytae illi Paulianae victoriae liberales artes Galli aditum dederunt, quia, nisi ille metum nostrorum militum vicisset, imperator vincere hostes non potuisset. Per la connessione, cfr. P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 196, nt. 1.

[7] Cfr. P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 190 s.

[8] P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 191 ss.

[9] O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* (di seguito *Pal.*), I, Leipzig, 1889, col. 1157; ID., *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] (di seguito *EP*[3]), Leipzig, 1927, p. 339 s.; p. 496 e nt. 3; p. 499 e nt. 1.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

avanti – da correggersi senz'altro, per ragioni di indefettibile coerenza logico-giuridica con l'affermazione del giurista per cui *praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*, in un '*restituam*'.

E difatti, sul piano delle espressioni edittali tipiche, la voce verbale *restituas* (alla seconda persona singolare del congiuntivo presente) connota, come sappiamo, la (promessa e la) *conceptio verborum* di qualsiasi interdetto restitutorio; per converso, la voce verbale *restituam* (alla prima persona del futuro) connota la promessa edittale, che postula in linea di principio la *causae cognitio*[10], di una *restitutio in integrum* prodromica alla concessione di un'azione rescissoria costruita come *ficticia*, giacché in tale ampia casistica il pretore, come noto, promette di esercitare la giurisdizione come se un fatto ostativo ad ottenere tutela non esista nella realtà giuridica: sarebbe allora anomalo che un giurista classico si esprimesse evocando appunto la *fictio* dell'irrealtà a proposito di un editto con cui il pretore prometteva di dare un interdetto restitutorio.

Secondo me, in sostanza, Paolo si riferisce senz'altro ad una *restitutio in integrum* quando ci dice che, nelle due azioni rescissorie considerate nel § 38.4, *praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*, alludendo così alla *fictio* che, sul piano linguistico, si rendeva configurando l'*intentio* dell'azione *in factum* con il ricorso al periodo ipotetico dell'irrealtà: se è così, l'*agere* del pretore di cui parla il giurista va ricondotto, come si accennava, ad una *causae cognitio* funzionale a disporre la *restitutio*, di talché il dettato originario di questo tratto dell'*ad Plautium* doveva contenere non già un *restituas*, riferibile un interdetto restitutorio, ma appunto un *restituam*, assai meno frequente – appena sei occorrenze, di cui solo due riferibili ai *verba edicti*[11] – nel *Corpus iuris* e da considerasi, di conseguenza, *lectio difficilior* (anche) logicamente preferibile al ben più numerose occorrenze di *restituas*, che, per di più, doveva figurare nell'antigrafo poco più avanti, così da ingannare gli occhi del copista.

[10] O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 442.

[11] Ulp. D. 4.6.1.1; Ulp. D. 4.6.26.9; Afr. D. 30.108.5; Paul. D. 32.28; Paul. D. 35.1.44.7; D. 36.1.17.16. Solo le prime due occorrenze sono rapportabili a *verba edicti*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Il che ci impone un ulteriore approfondimento in chiave palingenetica.

E difatti, il ragionamento di Lenel, che nel suo complessivo sviluppo tra la *Palingenesia* e l'*Edictum perpetuum* perveniva ad una soluzione diametralmente opposta a quella che abbiamo appena suggerito, considera *leges geminae* Paul. D. 22.1.38.4 e

> Paul. 6 *ad Plaut*. D. 50.17.173.1: *Cum verbum 'restituas'* [*lege invenitur*] <*praetor dixit*>*, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi*.

E tuttavia, in disparte il riferimento alla *lex*, da ritenersi palese frutto di un'alterazione dei commissari imperiali evocativa di qualsiasi norma dell'ordinamento giustinianeo in quanto il giurista doveva riferirsi soltanto all'editto del pretore, a me pare difficile revocare in dubbio che la connessione – indubbiamente sussistente – del frammento adoperato per la compilazione del titolo D. 50.17, *De diversis regulis iuris antiqui*, con il più ampio discorso conservato da D. 22.1.38 debba riferirsi non già – come sosteneva Lenel – al § 38.4, ma senz'altro al successivo § 38.5, dove non a caso Paolo evocava l'*interdictum unde vi*.

In altre parole, se è singolare che il giurista discuta della *plena significatio* di un termine tecnico come *restituas* a proposito di una *fictio*, non lo è affatto ove esamini un interdetto restitutorio.

Proviamo, dunque, a ricostruire il dettato originario di questo tratto dell'*ad Plautium* muovendo dalla lettura coordinata di D. 50.17.173.1 e

> Paul. 6 *ad Plaut*. D. 22.1.38.5: [*Et ideo*] <*Idem erit dicendum*> *cum* [*restitui praetor vult*] <*verbum 'restituas' praetor dixit*>*, veluti in interdicto unde vi* <*: etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen*> *etiam fructus sunt restituendi.*

Il *cum* temporale e l'identica formulazione della chiusa costituiscono innegabili coincidenze testuali da cui si deduce, secondo me con assoluta certezza, che le *leges geminae* frutto dell'attività dei commissari imperiali sono in realtà D. 22.1.38.5 = D. 50.17.173.1, due frammenti che recando un esito palesemente sovrapponibile di

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

due diverse manipolazioni dello stesso tratto dell'*ad Plautium* di Paolo, dove propongo una congettura diagnostica *ad sensum* – suggerita in base alle numerosissime occorrenze di essa nella prosa dei *prudentes* – per ricostruire il pensiero sostituito da '*et ideo*' – di per sé indice sintomatico di intervento compilatorio – nel § 38.5.

Sono persuaso, dunque, che in D. 22.1.38.4 il giurista si soffermasse sulla *plena significatio* della voce verbale '*restituam*', che connotava i *verba edicti* con cui il pretore prometteva una *restitutio in integrum*, adducendo ad esempio le azioni rescissorie, ad essa conseguenti, che davano tutela piena ed effettiva contro le alienazioni in frode ai *iura patroni* od ai creditori; e che, subito dopo, nel tratto confluito in D. 22.1.38.5, dove la tipica espressione giustinianea '*et ideo*' crea una sutura espositiva certamente spuria tra i due paragrafi, esaminasse piuttosto, per chiarire le implicazioni tecniche sottostanti all'evidente prossimità linguistica dei lemmi considerati, forse anch'essa concausa del rilevato errore di copiatura, la voce verbale '*restituas*', tipica degli interdetti restitutori, per evidenziare come il risultato pratico, per quanto concerne l'interesse ai frutti, fosse il medesimo.

Una ricostruzione palingenetica del tratto dell'*ad Plautium* paolino testimoniato da D. 22.1.38.4-5, alla luce di D. 50.17.173.1, potrebbe dunque suonare, grosso modo e senza che vi sia rimedio di sorta a compressioni di taglio parafrastico, così:

> *In Fabiana quoque actione et in factum, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum 'restituam', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur. Idem erit dicendum cum verbum 'restituas' praetor dixit, veluti in interdicto unde vi: etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi.*

Credo ora di aver adeguatamente lumeggiato la mia idea del sostrato classico del testo in esame, e soprattutto le ragioni del mio dissenso dalla palingenesi leneliana.

Rinviando, a questo punto, alle pagine che seguiranno l'esame degli *scholia* a PTh. 4.6.6, da cui si traggono ulteriori e decisivi ele-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

menti a sostegno della correzione proposta, mi pare sin d'ora dirimente constatare che, se in D. 22.1.38.4 il giurista riferisce la voce verbale, come mi pare evidente, ad entrambe le azioni, *Fabiana* e '*Pauliana*', è innegabile che un '*interdictum Fabianum*' sia senza alcun serio dubbio ignoto alle fonti a nostra disposizione, sicché è impossibile che Paolo evocasse il *verbum* contenuto nell'editto che concedeva l'*interdictum fraudatorium* – il cui testo è conservato, come vedremo con alterazioni significative, in Ulp. D. 42.8.10pr. – in quanto non correlabile in alcun modo ad un 'parallelo' interdetto restitutorio, in ipotesi trasformato in *actio utilis ex causa interdicti*, per le alienazioni in frode ai *iura patroni*, che l'*edictum Fabianum* certamente ignorava: ne consegue che il giurista ragionava sulle 'parallele' azioni rescissorie conseguenti in entrambi i casi ad un *in integrum* '*restituam*', e che l'*actio* qualificata (non già come '*Pauliana*', ma) come *in factum*, funzionale alla revocazione delle alienazioni in frode ai creditori, non solo era strutturalmente autonoma (nel senso che non risultava dall'adattamento in via *utilis* di un'altra azione), ma era appunto costruita con una *fictio* onde imporre al *iudex privatus*, in forza della *restitutio in integrum* data *in iure* 'de principe' *causa cognita*, di giudicare come se i beni alienati in frode ai creditori non fossero mai usciti dal patrimonio del debitore.

Deve poi ritenersi pacifico che la nostra azione *in factum* contenesse anche la clausola arbitraria, tanto più se teniamo conto del fatto che essa era esperita non già – come avviene nel VI secolo – dai singoli creditori, ma, dopo la *missio* e prima della *bonorum venditio*[12],

[12] È, in sostanza, il plausibile risultato – sintetizzato nell'esposizione di M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659; per lo *status questionis* più risalente, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[14], Napoli, 1960, p. 145 s. – cui pervenivano, apportando precisazioni non di rilievo centrale all'impostazione di O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 435 ss. e p. 495 ss., G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958, p. 12 ss., ed H. ANKUM, *De Geschiedenis der 'actio Pauliana'*, Zwolle, 1962, *passim* (in olandese, con una sintesi in francese) e quindi ID., *'Interdictum fraudatorium' et 'restitutio in integrum ob fraudem'*, in *Synteleia V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 779 ss. (ed in particolare a p. 783 per la critica tanto a S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*[3], I, Napoli, 1945, p. 43 ss., secondo il quale avrebbero potuto chiedere la *restitutio in integrum* sia il *curator bonorum* sia i creditori prima della *bonorum venditio*, e la conseguente azione rescissoria il *bonorum emptor*; quanto a O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 435 ss., che l'accorda solo al *curator*, ma dopo la *bonorum venditio*).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

dal *curator bonorum*, il quale, a seguito dell'ottemperanza del convenuto alla *pronuntiatio de iure*, avrebbe potuto ricostituire *in ipsam rem* – in alternativa ad una *condemnatio* pecuniaria che dobbiamo immaginare al *quanti ea res erit* alla luce del complessivo ragionamento di Paolo – l'asse patrimoniale da vendersi al miglior offerente tramite il consueto sistema delle *auctiones argentariae*[13]: in questa prospettiva, la nostra *causae cognitio*, che in linea di principio abbiamo poc'anzi ipotizzato desumendola dal riferimento all'*agere* del pretore di cui parla Paolo in funzione della pronuncia del decreto di *restitutio in integrum*, doveva essere un segmento essenziale della procedura esecutiva che si assesta nell'editto, come noto, ad iniziativa di Publio Rutilio Rufo, pretore urbano sul finire del II secolo a.C., verosimilmente nel 118[14].

L'azione *in factum* di cui discuteva Paolo, in sostanza, presuppone a mio avviso, come termine *post quem*, la pretura di Rutilio, sempre che non la si ritenga di per sé una parte essenziale degli svolgimenti edittali apportati proprio da questo pretore, ricordato, come sappiamo, nel deonomastico che identifica la *formula* delle azioni date a favore o contro il *bonorum emptor* vivente il *decoctor*: poiché essa era concessa nel contesto della *missio in possessionem*, ma prima della *bonorum venditio* per *auctio argentaria*, essa si presenta dal nostro punto di vista come una sorta di 'revocatoria fallimentare'.

In quest'ordine di idee, il testo di Paul. D. 22.1.38.4, una volta ricondotto – in disparte le eventuali rielaborazioni parafrastiche denunziate da Schulz[15], innegabilmente possibili, ma non tali, secondo me, da oscurare l'intelligenza del ragionamento del giurista severiano – al suo significato sostanziale originario, deve considerarsi una fonte di primaria importanza per la ricostruzione del regime classico della struttura e della funzione della nostra azione, giacché si trova collocato in un titolo del Digesto – D. 22.1, *de usuris et fructibus et causis et omibus accessionibus et mora* – assai distante sul piano contenuti-

[13] Sulle funzioni di questa figura nell'azione esecutiva cfr. di recente B. Biscotti, *'Curare bona'. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore. Aspetti generali*, Milano, 2008, p. 209 ss.

[14] Gai 4.35, su cui cfr. C.A. Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 122 s. e nt. 160.

[15] F. Schulz, *Storia*, cit., p. 388.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

stico da quello – D. 42.8, *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur* – dedicato alle tutele per gli atti in frode ai creditori, come tale forse meno esposto alle più massicce ed incisive alterazioni testuali che le riforme giustinianee su questa materia, di cui ci occuperemo dettagliatamente più avanti, si erano in tale sede rese necessarie.

2. In attesa di prospettare ulteriori elementi utili a comprovare, anche al di là della tesi di Paul Collinet, le alterazioni testuali denunziate nel paragrafo precedente, ci domandiamo, a questo punto, per quale ragione Paolo discuta della 'revocatoria fallimentare' in occasione di una trattazione dedicata alla valutazione dell'interesse ai frutti nelle azioni *in personam*, che secondo la soluzione proposta devono ritenersi ricompresi nell'effetto caducatorio della *restitutio in integrum ob fraudem* nella sfera degli aventi causa in frode ai creditori, e dunque da valutarsi nell'*id quod interest* della *condemnatio* al *quanti ea res erit* dell'azione rescissoria che ne conseguiva.

Di primo acchito, non è irragionevole ipotizzare che la *conceptio verborum* della *formula*, in quanto costruita per una fattispecie in un certo qual modo 'speciale', fosse percepita – lo si accennava poc'anzi – come del tutto autonoma rispetto ad altri modelli edittali consolidati: non si trattava, lo ribadiamo, di un'azione *utilis*, vale a dire data *ad exemplum* di altra azione già nota e sperimentata nella prassi dei pretori, per modo che la sua 'unicità strutturale' consentiva di leggervi una ben precisa sinapsi soltanto con l'altra azione revocatoria edittale citata da Paolo, la *Fabiana*.

Ora, quest'ultima tutela edittale era secondo Ulpiano – nel cui dettato affiora la controversialità della questione, sopita invece nello specchio postclassico delle *Pauli Sententiae*[16] – un'azione non già *in rem*, ma appunto (sistematicamente: e dunque anche per l'impugnazione di atti ad effetti reali in frode ai *iura patroni*) *in personam*:

> Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.5.1.26: *Haec actio in personam est, non in rem, et in heredem competit et in ceteros successores, et he-*

[16] Paul. Sent. 3.3*: Ea, quae in fraudem patroni a liberto quoquo modo alienata sunt, Fabiana formula tam ab ipso patrono quam a liberis eius revocantur*. Sul punto cfr. C. Masi Doria, *'Bona libertorum'*, cit., p. 184, nt. 21.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

redi et ceteris successoribus patroni, et non est hereditaria, id est ex bonis liberti, sed propria patroni.

Per cogliere appieno le ragioni che sottendono l'innegabile 'abbinamento' – tra entità omogenee, e dunque non certo tra un'azione ed un interdetto – proposto da Paolo in D. 22.1.38.4, è dunque importante soffermarci su questo frammento ulpianeo.

Per orientarci al riguardo, ritengo sia indispensabile liberarci da una sovrastruttura *tota nostra*: quella che ci induce a scorgere necessariamente nell'*actio in personam* la 'nostra' tutela del rapporto obbligatorio, e la 'nostra' tutela del diritto reale nell'*actio in rem*, ove si consideri che, per i Romani, la questione è, semmai, essenzialmente legata alla tecnica formulare, nel senso che la distinzione fondamentale tra *actio in rem* e *actio in personam*, per come risulta prospettata, sia pure in chiave didattica, nell'*incipit* del quarto commentario gaiano, dipende non già da un (inesistente) approccio dogmatico alla questione, ed ancor meno da una consapevole elaborazione teorica del rapporto giuridico come 'assoluto' o come 'relativo'[17], ma più che altro dalla riflessione scientifica sul contenuto squisitamente proposizionale – in ultima analisi, linguistico – che connota l'attività del pretore, sia in astratto nella promessa edittale, sia in concreto nella fase *in iure* del processo, che sfocia nella conseguente *conceptio verborum* del *iudicium* concesso.

Proviamo, dunque, a liberarci da qualsiasi autoproiezione ed a cogliere il modo di pensare di un giurista classico.

In linea di principio, è *in rem* la *formula* costruita con l'identificazione del solo attore nell'*intentio*, la quale esprime l'appartenenza della *res* che si proietta sulla clausola arbitraria, di cui peraltro, è appena il caso di dirlo, non è prerogativa esclusiva[18]; è, invece, *in personam* la *formula* che identifica nell'*intentio* tanto l'attore quanto il convenuto, veicolando nel processo il vincolo: per un civilista contemporaneo, la prima *conceptio verborum* corrisponde alla

[17] Sul piano della corrente dogmatica del diritto privato, mi riferisco a F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*[9], Napoli, 1966 (rist.: 2002), p. 68 ss., in particolare p. 79.

[18] Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni*, cit., p. 315.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

nostra idea di rapporto giuridico assoluto; la seconda a quella di rapporto giuridico relativo. Ora, se i due rimedi revocatori – *rectius*, le due azioni rescissorie – considerati in D. 22.1.38.4, *Fabiana* e '*Pauliana*', sono per Paolo azioni *in personam*, ed Ulpiano in D. 38.5.1.26 insiste per evidenziare come la *Fabiana*, cioè l'azione 'gemella' per Paolo, sia azione 'non già *in rem*, ma *in personam*', allora è ragionevole ritenere che l'*intentio* tanto della *Fabiana*, quanto della 'revocatoria fallimentare' di cui ci occupiamo, fosse il risultato di una 'sequenza processuale' – tra *iurisdictio* e *iudicatio* – tale da indirizzare l'*interpretatio* ai suoi *concepta verba* in termini potenzialmente ambivalenti.

Il che impone, prima di andare avanti, di averne un'idea almeno orientativa.

Muoviamo, dunque, dal caso intuitivamente più semplice, e certamente più diffuso nella prassi, vale a dire quello considerato in D. 22.1.38.4, in cui l'atto di disposizione del liberto come del debitore sia un negozio ad effetti reali, formale o meno, e dunque *mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio*, tenendo altresì presente che, con specifico riferimento alla 'revocatoria fallimentare', in capo al convenuto si richiede, come si legge nella parte sicuramente classica dei *verba edicti* conservati da Ulp. D. 42.8.1pr., il *consilium fraudis*, in ipotesi valutato – nonché dimostrato – sulla base di indici sintomatici nella *causae cognitio* del pretore ai fini della concessione o meno della *restitutio in integrum ob fraudem* al *curator bonorum*.

In quest'ordine di idee, quantunque Lenel riferisse, come abbiamo visto poc'anzi, il passo di Paul. D. 22.1.38.4 non già alla 'revocatoria fallimentare', ma all'*interdictum fraudatorium*[19] valorizzando quel *restituas* da ritenersi invece incompatibile con il ragionamento del giurista, la sua ricostruzione della nostra *formula*, nella casistica in cui l'iniziativa del *curator bonorum* fosse diretta contro un atto ad effetti reali, può comunque considerarsi del tutto plausibile[20]: muovendo, dunque, da questo approdo, la peculiarità della *conceptio verborum* che connotava il *iudicium rescissorium* davanti al *iudex privatus* può scorgersi da un lato nel fatto che il nome del convenuto fi-

[19] Analogamente G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., p. 89 s.

[20] O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 442.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

gura nell'*intentio* non già in quanto mero 'possessore', come in qualsiasi azione reale, ma in quanto 'avente causa', immediato o mediato, dal *fraudator*; dall'altro nella presenza, come condizione negativa della condanna, che era di sicuro al *quanti ea res erit* se non si vuole stravolgere il senso stesso del rimedio rescindente disposto *in iure*, della clausola arbitraria, la quale connota normalmente, sia pure non esclusivamente, le azioni *in rem*.

La *conceptio verborum* dell'*actio in factum per quam quae in fraudem creditorum* '*alienata*' *sunt revocantur* – che Lenel ricostruisce, con specifico riferimento alla *fictio*, muovendo da I. 4.6.6[21], la cui piena intelligenza, cui dedicheremo molte delle pagine che seguono, postula, peraltro, la rilettura della corrispondente lezione teofilina alla luce dei suoi *scholia*, che l'insigne Autore non risulta aver mai esaminato – doveva dunque suonare, grosso modo, in questi termini:

> *C. Aquilius iudex esto. Si quem hominem L. Titius Numerio Negidio mancipio dedit, L. Titius Numerio Negidio mancipio non dedisset, tum si pareret eum hominem quo de agitur ex iure Quiritium L. Titii esse, si ea res arbitrio C. Aquilii iudicis non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Sempre di primo acchito, ci viene forse spontaneo considerare questa *formula*, come di recente prospetta anche Mantovani[22] in adesione alla ricostruzione di Lenel, un adattamento della *formula petitoria* costruita con la *fictio* che consegue a *restitutio in integrum* e con la tecnica della trasposizione dei soggetti, e dunque in fin dei conti un'azione *in rem*, come d'altronde ce la presenta – lo vedremo a breve – anche Teofilo: per di più, il fatto che l'azione, come normal-

[21] O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 439 s.

[22] D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*[2], Padova, 1999, p. 47 e ntt. 85-86, quantunque Paul. D. 22.1.38.4 tratti della nostra azione tra quelle *in personam*, la presenta *de plano* tra le azioni reali, ma senza affrontare il problema sottolineato, muovendo dal § 38pr., da O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 440, che considera inconciliabile – discuteremo più avanti sul punto – la posizione di Paolo rispetto a quella teofilina.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

mente si ritiene[23], fosse esperibile anche contro i subacquirenti di mala fede doveva renderla in un certo qual modo accostabile – ed è probabilmente proprio questo l'atteggiamento dell'*antecessor* quando spiegava ai suoi *dupondii* (a rigore di legge, i *Iustiniani novi*) la portata 'sistematica' di I. 4.6.6 – ad una proponibilità *erga omnes* quantunque innegabilmente questi ultimi non fossero dei generici 'possessori', ma, esattamente come il primo avente causa, anch'essi dei 'contraenti' che avevano reso possibile, per via negoziale, il perpetuarsi della *fraus creditorum* consentendo l'ulteriore circolazione dei beni sottratti alla garanzia patrimoniale.

Eppure Paolo, come risulta chiaro dal rapporto tra il § 38pr. ed il § 38.4 di D. 22.1, la considera senza alcun serio dubbio un'azione *in personam*, che evoca 'in abbinamento' con la *Fabiana* chiarendo che si tratta dell'azione funzionale a revocare *quae in fraudem creditorum* '*alienata*' *sunt*, e dunque innegabilmente l'oggetto di atti ad effetti reali[24]: se, dunque, non vogliamo entrare in una sterile – quanto metodologicamente inutile prima ancora che insensata – 'polemica' con il giurista severiano, è necessario tentare di capire le ragioni di questa sua opzione scientifica, che io riterrei semplicemente un corollario della 'relatività' della richiesta *in iure* di *restitutio in integrum*, la quale, «étant une anulation selon le droit prétorien d'un acte entre le débiteur et le premier acquéreur» – scriveva esattamente Ankum – «ne peut être décretée que contre celui-ci»[25]. In altre parole, la dogmatica di cui Paolo si avvale lo induce a ritenere che, ai fini della *causae cognitio* che si chiude con il decreto di *restitutio*, il *curator bonorum* intima a comparire davanti al pretore non già un generico possessore, ma – come appunto risultava dalla *formula* – l'avente causa, mediato o immediato, dal *fraudator*, vale a dire l'unico soggetto legittimato a contraddire sulla pretesa caducatoria da trattarsi *in iure* ed incidente sull'atto ad effetti reali, sicché vi scor-

[23] Possibilità pacificamente riconosciuta per diritto classico: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659.

[24] O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 440; ma è più chiara, su questo punto, l'edizione francese (O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, ouvr. trad. en français par F. Peltier sur un texte revu par l'Auteur, II, Paris, 1903, p. 180, nt. 3).

[25] H. ANKUM, *'Interdictum fraudatorium'*, cit., p. 784.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

geva quello che per noi è un rapporto giuridico relativo esattamente come Ulpiano quando sottolineava che l'azione 'abbinata' in D. 22.1.38.4, cioè la *Fabiana*, non era *in rem*, ma *in personam*.

Se ciò è vero, non escluderei neppure che Paolo, in piena coerenza con la sua lettura dell'azione rescissoria *in factum* data previa *restitutio in integrum ob fraudem*, considerasse alla stregua di un'*actio in personam* finanche la rivendica data, previa *restitutio in integrum* per *metus*, alla vittima dell'estorsione contro gli aventi causa, immediati come mediati, che ne profittino[26], come secondo me può scorgersi – al di là della verosimile compressione del testo, di un errato scioglimento di abbreviatura in *restituat* e del riferimento alla *traditio* traslativa, che forse maschera un atto formale di alienazione dovendosi considerare quanto meno difficile[27] che la *iusta causa traditionis*, specie se rapportabile a negozio di buona fede, s'integrasse anche a fronte del *metus* – nel prosieguo della trattazione sull'interesse ai frutti nelle azioni personali conservato da

> Paul. 6 *ad Plaut*. D. 22.1.38.6: *Item si vi metusve causa rem* [*tradam*] <*mancipio dem*>*, non aliter mihi restituisse videtur, quam si fructus mihi* [*restituat*] <*restituantur*>*: nec mora mea mihi aliquid aufert*.

L'intellegibilità del discorso originario non mi pare in fin dei conti compromessa da pressoché scontate compressioni, forse dovute anche al fatto che l'idea di fondo, cioè quella della 'trasfigurazione' in un'azione *in personam* (in conseguenza della 'relatività'

[26] Non è qui possibile riesaminare *funditus* questi problemi: rinvio dunque a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 243 s.

[27] Dissento, dunque, da B. KUPISCH, *'In integrum restitutio' und 'vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974, p. 143 e nt. 102: *metus causa* '*mancipio dare*', una volta corretto il testo, non significa che il *metus* sia la causa esterna dell'atto ad effetto reale, ma che quest'ultimo è stato estorto; peraltro, per M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 241, non abbiamo «tracce che la violenza inficiasse la validità della *traditio* effettuata dalla parte messa nell'alternativa di subire un danno in giusto o consegnare una certa cosa mediante l'adesione ad un certo assetto negoziale», fermo restando però che il negozio di buona fede – come la compravendita, esempio classico di *iusta causa traditionis* per Paul. D. 41.1.31pr. – «estorto con violenza non produce effetto già sul piano del *ius civile* stesso», sicché in tal caso la *traditio* sarebbe priva di *iusta causa*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

della *restitutio in integrum*) di un'azione diretta *in rem* come la *rei vindicatio* una volta concessa alla vittima con *formula* rescissoria, doveva essere troppo raffinata per essere non dico adeguatamente apprezzata, ma quanto meno correttamente percepita in contesti volgaristici: se, dunque, non vogliamo negare al ragionamento di Paolo un'intrinseca coerenza espositiva, a me pare evidente come il giurista, che nell'intero frammento conservato in D. 22.1.38 non si occupa mai di azioni penali, ma solo di azioni reipersecutorie, discutesse non già della clausola arbitraria contenuta nella *formula* dell'*actio quod metus causa*[28], ma di quella che connota la rivendica data previa *restitutio in integrum* per *metus*, per modo che l'allusione al 'binomio edittale' che coniuga *vis* e *metus*[29] va ricondotto appunto non già all'azione penale pretoria, ma alla promessa della *restitutio in integrum* nei confronti di chiunque tragga obiettivamente profitto dall'estorsione.

In quest'ordine di idee, e riprendendo la ricostruzione suggerita in apertura, il tratto originale dell'*ad Plautium* confluito in D. 22.1.38.4-6 doveva dunque suonare, grosso modo, in questi termini:

> *In Fabiana quoque actione et in factum, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum 'restituam', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur. Idem erit dicendum cum verbum 'restituas' praetor dixit, veluti in interdicto unde vi: etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi. Item si vi metusve causa rem mancipio dem, non aliter mihi restituisse videtur, quam si fructus mihi restituantur: nec mora mea mihi aliquid aufert.*

[28] Se non fraintendo qualcosa, mi pare orientata in questa direzione, sia pur con una lettura incidentale, J. GAULHOFER, *'Metus'. Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Wien-Köln-Weimar, 2019, p. 202 ss., ed in particolare p. 203, nt. 520, dove Paul. D. 22.1.38.6 viene (a mio avviso impropriamente) accostato ad Ulp. D. 4.2.14.7, dove effettivamente si discute dell'interesse ai frutti nell'*actio quod metus causa*.

[29] Come in Ulp. D. 4.2.3pr.: cfr. J. GAULHOFER, *'Metus'*, cit., p. 88 ss., in particolare p. 92 s. e nt. 233.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Riprendendo adesso la questione della natura reale o personale della 'revocatoria fallimentare', nella chiave di lettura sinora emersa nessun problema doveva porsi, a mio avviso, per la revocazione degli atti di remissione.

Tali atti di disposizione, per Lenel, dovevano essere 'impugnabili' con una *conceptio verborum* analoga[30], ma a questo punto pacificamente ascrivibile ad un'*actio in personam*: ed anzi, alla luce dei passi in cui abbiamo testimonianze abbastanza sicure della concessione della nostra *actio in factum* per revocare l'*acceptilatio* al *debitor debitoris* in frode ai creditori[31], è ben possibile individuare un'ulteriore tessera del nostro mosaico, che ci mostra come il *curator bonorum* avesse in ultima analisi il compito di ricostituire integralmente gli *assets* patrimoniali del *decoctor* – comprese, cioè, le poste attive

[30] O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 443, dopo aver restituito la *formula* discussa in testo, osserva che «Ganz entsprechen wurden auch die zivilen *actiones in personam* restituiert. Die *in factum* konzipierten prätorischen Aktionen bedurften natürlich keiner fiktizischen Formeln, wogegen bei den fiktizischen die verschiedenen Fiktionen kombiniert wurden». In quest'ordine di idee, l'*actio in factum* data per revocare un'*acceptilatio* in frode ai creditori e consentire il recupero di *certa pecunia* per ricostituire le disponibilità liquide del *decoctor* poteva suonare, grosso modo, in questi termini: *C. Aquilius iudex esto. Si L. Titius Numerio Negidio sestertium X milia accepta non tulisset, tum si pareret Numerium Negidium L. Titio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur, C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret absolvito*. Il che è, con tutta evidenza, l'adattamento di una *condictio certae pecuniae* esattamente come la *formula* ricostruita in testo è l'adattamento della *rei vindicatio*.

[31] Ulp. 66 *ad ed*. D. 42.8.1.2: *Ait ergo praetor 'quae fraudationis causa gesta erunt'. haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum. quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit: nam late ista verba patent. sive ergo rem alienavit sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit* (dove forse può dubitarsi di *vel pacto*) ed Ulp. 6 *disp*. D. 42.8.10.14 (dove fra l'altro trova conferma la generica denominazione della 'revocatoria fallimentare' come *actio in factum*): *Hac in factum actione non solum dominia revocantur, verum etiam actiones restaurantur. ea propter competit haec actio et adversus eos, qui res non possident, ut restituant, et adversus eos, quibus actio competit, ut actione cedant. proinde si interposuerit quis personam Titii, ut ei fraudator res tradat, actione mandati cedere debet. ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset sciente fraudari creditores, filia tenetur, ut cedat actione de dote adversus maritum*; Ven. 6 *interd*. D. 42.8.25pr. si riferisce secondo me all'*interdictum fraudatorium*. Sul punto cfr. S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*[3], II, Napoli, 1945, p. 108 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

dolosamente estinte – prima della *bonorum venditio* (sicché mentre il recupero 'fisiologico' dei crediti spetta direttamente al *bonorum emptor*, compete al *curator bonorum* quello 'patologico', cioè previa revocazione degli atti di liberazione in frode ai creditori).

In ultima analisi, Paolo semplicemente considerava l'*actio in factum* data al *curator* previa *restitutio in integrum ob fraudem* come un'azione rescissoria 'sistematicamente' *in personam*, vale a dire anche quando veicolava l''impugnazione pretoria' di un atto ad effetti reali, così da esporre sempre – doveva essere questa, per lui, la principale ricaduta pratica della questione – l'avente causa *qui fraudem non ignoraverit* (così come l'avente causa che obiettivamente profitti di un'estorsione) alla *missio* come sanzione 'principe' per l'eventuale *indefensio*, e ciò in quanto il perno della sua *interpretatio* doveva essere, più che la *formula* conseguente alla *restitutio* in sé e per sé, la *restitutio* stessa che sul *iudicium* si proiettava: nei presupposti del ragionamento del giurista severiano emerge, dunque, *in nuce* l'antecedente di un'idea di fondamentale importanza negli svolgimenti dell'esperienza giuridica europea, e cioè quella per cui l'impugnazione – l''Anfechtung' di cui parla Lenel[32] – è un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, ovvero – nell'approdo della teoria generale in cui mi riconosco – un diritto relativo[33], e più precisamente un diritto alla modificazione giuridica per esclusiva via giurisdizionale[34].

Più ampiamente, e tenendo conto anche del cenno alla *restitutio in integrum* per *metus* che secondo me affiora in D. 22.1.38.6, in tutti questi casi il convenuto è intimato non già come 'possessore', ma come 'avente causa in una circolazione antigiuridica', ciò che impedisce di considerarlo un 'vero' terzo: ad essere '*in personam*', nel ragionamento di Paolo, è la *restitutio in integrum* prima ancora che l'azione rescissoria in sé; e dunque, in D. 22.1.38.4 l'azione revocatoria, quantunque finalizzata a revocare *alienationes*, è considerata *in per-*

[32] O. Lenel, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht*, Leipzig, 1903, ora in *Gesammelte Schriften*, III, 1902-1914, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito, Napoli, 1991, p. 187 ss.

[33] Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*[21], Napoli, 2024, p. 62.

[34] Cfr. C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I[30], *Disposizioni generali*, Torino, 2025, p. 9 e nt. 25, con letteratura.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

sonam dal giurista perché il *curator bonorum* non deduce, a rigore di logica, l'appartenenza, ma litiga con un contraente che ha verso la massa il dovere di cooperare[35] – sicché il processo può concludersi direttamente *in iure*, senza che il pretore debba necessariamente concedere l'azione rescissoria, e con la *missio* sullo sfondo come sanzione per l'*indefensio* – per assicurare il soddisfacimento dei creditori del suo dante causa, di cui non ignora la *fraus*.

Siamo così in grado di tirare le fila di questo discorso, preliminare all'intero quadro ricostruttivo che vorremmo via via qui proporre.

Come abbiamo visto, anche quando l'atto da revocarsi è un'*alienatio* secondo Paolo il *curator bonorum* agisce non già per '*rem defendere*' come se fosse un rivendicante, ma per 'impugnare' *in iure* l'atto che determina l'*eventus damni* con il *consilium fraudis*, desunto per indici sintomatici, del convenuto: l'azione, di conseguenza, si dirige 'relativamente' contro il soggetto *qui fraudem non ignoraverit* avente causa dal *fraudator* (nonché contro l'eventuale subacquirente di mala fede) non già, come di regola avviene nelle azioni reali in senso tecnico, in quanto mero 'possessore', ma appunto in quanto 'contraente che ha reso possibile una *fraus* che non ignora' e che, come tale, si rende in un certo qual modo obiettivamente concorrente in un fatto illecito, così da scorgere nella conseguente azione rescissoria un rimedio *in personam* esperibile sul presupposto dell'inefficacia retroattiva dell'atto di alienazione, dedotta nella *formula* grazie alla *fictio* conseguente alla *restitutio in integrum* disposta *in iure* dal pretore, la cui decretazione – l'*agere* di D. 22.1.38.4 – doveva avvenire *causa cognita*.

Se poi colleghiamo questa lettura alla testimonianza ulpianea sulla natura 'non già reale, ma personale' della *Fabiana*, che si prospetta – lo dicevamo – come l'azione 'gemella' nell'abbinamento omogeneo di Paolo, è ragionevole ritenere che questa 'Leitlinie' – le azioni revocatorie sono 'sempre' *in personam* in quanto 'impugnazioni pretorie' – si sia definitivamente affermata in epoca severiana.

Guardando, a conclusione della prima parte della nostra indagine, alla proiezione di questa idea sul nostro presente, la soluzione

[35] In questa peculiare logica si colloca oggi la posizione di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*[3], Napoli, 2006, p. 646 ss., in particolare p. 647 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

che emerge dall'art. 2903 cod. civ., a mente del quale l'azione revocatoria ordinaria soggiace al termine di prescrizione di cinque anni – che può essere interrotto solo dalla notificazione dell'atto di citazione e coincide con il termine previsto per l'impugnazione del contratto annullabile *ex* art. 1442 – dalla data dell'atto di disposizione, consente di escludere nel nostro ordinamento il 'Nachleben' della tesi avversata dai giuristi severiani, e cioè che l'azione revocatoria fosse reale se diretta contro l'alienazione e personale se diretta contro la remissione: se la revocatoria fosse stata disciplinata dal legislatore alla stregua di un'azione *in rem*, ne sarebbe stata disposta l'imprescrittibilità salvo il compiersi dell'usucapione.

La nostra azione revocatoria è, invece, invariabilmente un'azione *in personam*, costitutiva *ex* art. 2908 cod. civ. giacché perpetua, in rescindente, la *restitutio in integrum ob fraudem* dei *prudentes*, che per noi diviene appunto un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, ed in rescissorio la conseguente *actio in factum* concessa al *curator bonorum* per diritto classico, e per epoca giustinianea direttamente ai creditori come insegna – lo vedremo tra poco – I. 4.6.6.

3. Un'ulteriore considerazione si rende necessaria prima di esaminare direttamente I. 4.6.6 e, soprattutto, la sua versione teofilina, sulla cui base Lenel, come dicevamo, proponeva la ricostruzione della *formula* che abbiamo analizzato nelle pagine precedenti.

E difatti, la sinapsi tra la *Fabiana* e l'azione *in factum per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur* prospettata da Paul. D. 22.1.38.4, che ci ha indotti a ritenere strutturalmente analoghe – ancorché ovviamente non identiche – le *formulae* delle due azioni rescissorie, risulta bene anche da un altro frammento che in dottrina, con argomenti di sicuro interesse quantunque – come del resto in qualsiasi altro caso in cui il testo è, almeno in parte, irrimediabilmente *deperditus* – non dirimenti, è stato ricondotto proprio a Paolo[36], vale a dire

[36] Pensavano proprio all'*ad Plautium*, da cui è escerpito D. 22.1.38.4, O. GRADENWITZ, *Das neueaufgefundene Fragment über die 'formula Fabiana'*, in *ZSS*, IX, 1888, 394 ss. (l'opera è consultabile *on line* alla fonte *https://dlc.mpg.de/index/* - Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie), P.F. GIRARD, *Le 'frag-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Paul. (?) (*de actionibus l.s. = de conceptione formularum l.s.*?) (*ad Plautium?)* (*ad edictum?*) frg. Fab. 1: … *oluntiduas* (?). *Sed sunt qui contra sentiunt … ex contractu venit et cum eo contrahetur, … atur formula, quasi ex delicto venerit liberti, et est in factum et arbitraria: etiam Viv*(*ianus*) *vere huic dicit alienatum esse qui servum mancipio accepit, alienationem nobis ad dominii translationem referentibus.*

La lettura della pergamena[37] che ci conserva questa testimonianza presenta innegabilmente immani difficoltà per chiunque si proponga una plausibile ricostruzione del testo, che Albertario[38], in (a mio parere sterile) polemica con Lenel[39], era arrivato a considerare nella sua interezza il frutto di una parafrasi: per me non vi sono ragioni, in adesione a quanto osservava Lenel, di dubitare della sostanziale classicità di quanto affiora da queste 'rovine testuali', sicché, in disparte la prospettazione di congetture diagnostiche integrative più

mentum de formula Fabiana', in *RHDFE*, XIV, 1890, p. 677 ss. (l'opera è consultabile *on line* alla fonte *gallica.bnf.fr* - Bibliotèque nationale de France); L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 525 e nt. 393; pensavano invece all'*ad edictum* I. ALIBRANDI, *Sopra un frammento di antico giureconsulto relativo alla 'formula Fabiana'*, in *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, p. 563 ss., in particolare p. 567 ss., C. FERRINI, *Osservazioni sul frammento 'de formula Fabiana'*, già in *RIL*, XXXIII, 1900, ed ora in *Opere di C. Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, p. 269 ss., F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 347 s., F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 275, S. DI SALVO, *'Lex Laetoria'*, Napoli, 1979, p. 170 s. e nt. 241, nonché da ultima C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'*, cit., p. 189, nt. 32. Io aggiungerei a queste congetture la possibilità che il frammento derivi dal *de conceptione formularum liber singularis*, di cui ci è pervenuto un solo frammento conservato da D. 44.1.20, verosimilmente coincidente con il *de actionibus liber singularis* noto solo tramite l'*index Florentinus*: avremo modo di riprendere la questione.

[37] Riassume lo *status quaestionis* C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'*, cit., p. 188 s., nt. 32; testo in *FIRA*^{2}, II, p. 425.

[38] E. ALBERTARIO, *Due osservazioni sul 'Fragmentum de formula Fabiana'*, in *Studi di diritto romano*, V, *Storia Metodologia Esegesi*, Milano, 1937, p. 571 ss.; ID., *A proposito di «Interpolationenjagd»*, *ivi*, p. 311 ss.

[39] O. LENEL, *Interpolationenjagd*, in *Gesammelte Schriften*, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito, IV, 1915-1932, Napoli, 1992, p. 415 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

o meno convincenti, nelle quali non intendo avventurarmi, riterrei utile soffermare la nostra attenzione sui soli dati ancora ben percepibili, così da accostarli a quanto sinora abbiamo potuto rilevare muovendo dal sostrato classico del Digesto conservato da Paul. D. 22.1.38.4 ed Ulp. D. 38.5.1.26.

In quest'ordine di idee, ed esclusa l'integrale origine parafrastica del frammento, a me non pare irragionevole ritenere che il giurista si occupasse effettivamente della *Fabiana*, l'azione di cui Paolo, in D. 221.38.4, discute – per quanto concerne l'interesse ai frutti – in correlazione con la 'revocatoria fallimentare'.

In filigrana, da quanto è ancora leggibile con un apprezzabile margine di sicurezza si può intuire, innanzitutto, che doveva risultare controverso (*sed sunt qui contra sentiunt*: il giurista vi fa riferimento come a soggetti la cui individuazione appare superflua, quasi a sottolineare l'inconfigurabilità della tesi da costoro sostenuta) un aspetto inerente alla funzione dell'azione, verosimilmente se essa fosse *in rem* o *in personam*[40], come appunto emerge con limpida chiarezza da Ulp. D. 38.5.1.26: mi induce a questa ipotesi la constatazione per cui, poco dopo, si insiste sulla rilevanza di un *contrahere*, fulcro del rapporto tra il liberto e l'avente causa protagonisti dell'atto in frode ai *iura patroni*, che impedisce di considerare quest'ultimo, come abbiamo già visto per la 'revocatoria fallimentare', un mero possessore.

In questa 'dimensione controversiale', il nostro giurista propendeva dunque per la seconda soluzione (sicché il ragionamento sarebbe significativamente coerente con quello che leggiamo in Paul. D. 22.1.38.4) in quanto l'alienazione in frode al patrono, se non era

[40] Non senza evidenziare come nelle fonti una siffatta problematica non sia isolata, dato che la si riscontra anche per l'*actio finium regundorum* in Paul. 23 *ad ed*. D. 10.1.1 (M. VINCI, *'Fines regere'. Il regolamento di confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, p. 311 ss., spec. 317, considera il passo prova del fatto che Paolo avrebbe inteso l'azione non solo come personale, ma anche come reale in conseguenza del risultato assoluto dell'*adiudicatio*) e per l'*actio negotiorum gestorum* in Diocl. et Max. C. 2.18.23, del 294 (G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, II.2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006, p. 143 ss., considera la precisazione come inerente ad oscillazioni nella prassi circa la tutela esperibile dal gerito per ottenere il trasferimento del ricavato della *gestio*).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

considerata di per sé un (generico) *contrahere*, trova normalmente in esso la sua causa esterna, che per di più, ad accentuarne la 'relatività', nella sfera del liberto rileva alla stregua di un fatto illecito[41]: contro l'avente causa era data un'azione *in factum* ed *arbitraria*, sicché gli era consentito di evitare la condanna con l'ottemperanza alla *pronuntiatio de iure*, la cui presenza nella *formula*, innegabilmente caratteristica (sia pure non esclusiva) delle azioni reali, doveva essere uno degli argomenti su cui insisteva l'anonima corrente di pensiero che, per la revocazione delle *alienationes*, cioè degli atti ad effetti reali, vi scorgeva piuttosto un'azione *in rem*.

Oltre al nostro giurista, anche Viviano – un giurista attivo tra l'epoca giulio-claudia ed i Flavi come suggerisce una realtivamente recente ricerca sulla sua figura[42] – sosteneva come per '*alienatio*' dovesse intendersi un atto ad effetti reali: di conseguenza, in caso di alienazione (in frode al patrono) di un servo, cioè una *res mancipi*, l'*alienatio* si perfezionava con la *mancipatio* o con l'*in iure cessio*, pur dovendosi ritenere, a mio parere, che la *formula in factum* potesse, come tale, essere adattata – il che va esteso senz'altro alla 'revocatoria fallimentare' – anche alla revocazione di atti che attribuissero l'*in bonis*, e più ampiamente tutte le forme di *possessio suo nomine* protette in via d'azione.

Proviamo adesso a tirare le somme.

Se quanto abbiamo sinora ricostruito coglie almeno in parte nel segno, e soprattutto se la trattazione 'parallela' della *Fabiana* e dell'*actio in factum* che leggiamo in Paul. D. 22.1.38.4 può considerarsi di per sé, come si accennava, un buon indizio in chiave ricostruttiva, anche questo testo, pur nella sua innegabile problematicità, concorre a farci ritenere del tutto ragionevole che tanto la *Fabiana*, quanto la 'revocatoria fallimentare' aventi ad oggetto l'impugnazione pretoria di *alienationes*, ponessero ai *prudentes* il medesimo ordine di problemi, e che dunque risultasse controverso se in questi casi l'una come l'altra azione rescissoria dovesse considerarsi *in rem* oppure *in personam* – con le ricadute pratiche incidenti sull'*indefensio* – in con-

[41] Cfr. C. Masi Doria, *'Bona libertorum'*, cit., p. 197 s., nt. 49: non si tratta, peraltro, di un fattore obbligante come quello teorizzato nelle Istituzioni imperiali (I. 3.13.2).

[42] C. Russo Ruggeri, *Viviano giurista minore?*, Milano, 1997, p. 23 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

seguenza della natura 'relativa' della *restitutio in integrum* incidente su quello che – a valorizzare quel '*quasi ex delicto venerit liberti*' e per adoperare una felice espressione della contemporanea dottrina civilistica[43] – un negozio 'a danno di terzi'.

A me pare questa la soluzione più probabile.

Qualunque idea si abbia al riguardo, ad ogni modo, doveva essere questione scientificamente calda ancora per epoca severiana se le due azioni rescissorie create dal pretore, ricordate in D. 22.1.38.4 da Paolo ai fini della soluzione applicabile ad una peculiare casistica, fossero *in rem* oppure *in personam* anche se dirette contro atti ad effetti reali: a fronte di una *conceptio verborum* che rappresentava l'esito dell'intimazione *in iure*, ai fini della richiesta di *restitutio in integrum*, del solo avente causa consapevole della frode, i giuristi che optavano per la prima soluzione dovevano polarizzare la loro attenzione direttamente sull'azione rescissoria, e considerare il convenuto come un mero 'possessore', che evitava la condanna con la *restitutio* in esito alla *pronuntiatio de iure* come in pratica avveniva in tutte le azioni reali; quelli che, come Paolo, optavano invece per la seconda, valorizzavano appieno la 'relatività' della *restitutio in integrum*, in ragione del disvalore cui poneva rimedio, e consideravano semmai il convenuto alla stregua di un 'contraente' che rende concretamente possibile la *fraus* del liberto o del debitore.

E dunque, in disparte la considerazione, di per sé scontata, per cui né in capo al *patronus* né in capo al *curator bonorum* può scorgersi, in questa casistica, un diritto reale sul bene oggetto dell'*alienatio* caducata dal pretore con il decreto di *restitutio in integrum*, costoro agiscono, per Paolo, non già per *rem defendere*, ma piuttosto per ricostituire un asse patrimoniale dolosamente diminuito (l'asse caduto in successione ai fini della richiesta della *bonorum possessio dimidiae partis*, in presenza di un testamento del liberto i cui atti di disposizione abbiano leso le prerogative patrimoniali del *patronus*; il complesso dei beni del *decoctor*, che costituiscono la garanzia patrimoniale generale dei creditori che non dispongano di *pignus* o *fiducia*, ai fini di procedere alla *bonorum venditio* per *auctio argentaria*).

[43] Di recente, sul punto, cfr. B. Troisi, *Appunti sul contratto a danno di terzi*, già in *Rass. dir civ.*, 2008, ed ora in Id., *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, p. 269 ss., con letteratura.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

4. L'eco di questo dibattito scientifico sulla natura della 'revocatoria fallimentare' esperibile a fronte di atti ad effetti reali in frode ai creditori sembra ancora in una certa misura riverberarsi sulla 'Geistesart' bizantina.

Avviamo, dunque, l'indagine dall'insegnamento di Teofilo nella scuola di Costantinopoli (*Tanta*, 9)[44], di cui disponiamo una traccia alquanto significativa nella parafrasi di I. 4.6.6, dove l'*antecessor* sembra in ultima analisi aderire alla corrente di pensiero opposta a quella in cui si riconosceva Paolo in D. 22.1.38.4, ed esaminiamo questa preziosa testimonianza, che – come abbiamo visto poc'anzi – Lenel, ma senza tener conto degli *scholia*, pone alla base della ricostruzione[45] della *formula* della 'revocatoria fallimentare':

I. 4.6.6: *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.*

PTh. 4.6.6: Ἐστὶ καὶ ἄλλη IN REM τοῦ PRAETOROS ἐπινοηθεῖσα, ὥσπερ ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος. ἐχρώστει τις πολλοῖς· ἐξεποίησέ τινα τῶν αὐτοῦ πραγμάτων καὶ ὡς δεσπότης, δηλονότι διὰ τῆς TRADITIONOS, μετατέθεικε τὴν δεσποτείαν ἐπὶ τὸν λαμβάνοντα. ἔξεστι τοῖς CREDITORSIN ἐξ ἀποφάσεως τοῦ ἄρχοντος τὰ τοῦ DEBITOROS νεμηθεῖσι πράγματα, ἐν ᾧ πρὸς περιγραφὴν αὐτῶν γέγονεν ἡ ἐκποίησις, κινεῖν τὴν IN REM κατὰ τοῦ διακατέχοντος, ἥτις λέγεται PAULIANH· ἐν ᾗ λέγουσι ταῦτα· «ὡσανεὶ μὴ ᾽ETRADITEUθη τόδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ DEBITOROS· εἰ φαίνεται αὐτὸ ἐν τῇ τοῦ DEBITOROS δεσποτείᾳ μεμνηκέναι».

[44] Cfr. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen, 1985, p. 41.

[45] O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 439 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Due precisazioni fondamentali prima di procedere oltre.

Innanzitutto, il testo delle Istituzioni imperiali – da cui si evince, senza alcun serio dubbio, la centralità anche formativa dell'azione revocatoria, considerata alla stregua di un 'incidente di esecuzione' nell'ordinamento del VI secolo, per il sol fatto di essere esaminata nel manuale destinato alla *cupida legum iuventus* – va letto tenendo conto del fatto che l'esecuzione concorsuale su tutti i beni del debitore, che per diritto classico ruotava attorno ai poli della *missio in possessionem* e della conseguente *bonorum venditio* dopo le attività di ricostituzione degli 'assets' affidate al *curator bonorum*, è riformata da Giustiniano tra il 531 ed il 532 con due *leges generales* confluite in C. 7.71.8 (a. 531-532)[46] e, soprattutto, in C. 7.72.10 (a. 532)[47]:

[46] Iust. C. 7.71.8, di minore rilevanza per questa indagine, detta norme di favore per la *cessio bonorum*, che evitava al debitore l'esecuzione sulla *persona* (Alex. C. 7.71.1, a. 223) e l'*infamia* (Alex. C. 2.11.11, a. 223).

[47] Iust. A. Iohanni pp. C 7.72.10: *Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus super pecuniis debitis, pro quibus hypothecae non sunt constitutae, propter res ad debitorem pertinentes, dum is severiores creditores formidans sese celaverit, et illi de rebus ad eum pertinentibus competentia ingrediantur iudicia postulentque in possessionem rerum sese transmitti, si etiam alii creditores, quibus obnoxius esse videtur, possint quandam habere communionem in rerum possessione: huiusmodi dubitationem amputantes censemus per praesentem generalem divinam constitutionem, ut, si non omnes huiusmodi debita praetendentes, sed ex his certi ab iudiciali sententia in possessionem rerum mittantur, non solum hi, sed etiam alii omnes talia debita praetendentes eadem commoditate potiantur et possint cum prioribus rerum detentatoribus communionem habere in rebus, de quibus (sicut superius declaratur) prolata fuit sententia. quid enim iustius est, quam omnes, qui ad res debitoris mitti debent, esse participes huiusmodi commoditatis?* (1) *Ut autem non in perpetuum aliorum neglegentia illi, qui pro suis debitis alacriores creditoribus aliis ostenduntur fuisse, praegraventur, rectum nobis esse videtur tunc communionem habere in possessionem rerum alios creditores, qui non hoc peregisse noscuntur, cum praesentes quidem in una eademque degentes provincia, in qua et possessores rerum commorantur, intra duorum annorum spatia, absentes autem intra quadriennium creditoribus possessionem antelato modo detinentibus suum debitum certum faciant et expensas secundum quantitatem debitorum persolvant eis, qui sententias consecuti sunt, per sacramentum manifestandas eorum, qui eas adipiscendae gratia possessionis rerum sustinuerunt, quia et secundum debita satis eis fieri explorati iuris est.* (1a) *Post completum autem memoratum tempus nullam eis esse licentiam eos qui possessionem adepti sunt molestare vel quibusdam damnis adficere: actiones autem, quas ex legibus*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

venuto meno il *curator bonorum* come parte processuale, i protagonisti della procedura esecutiva, che si dipana nelle forme della *cognitio*, sono direttamente creditori, i quali, purché muniti di un giudicato favorevole, potevano – senza pregiudizio dell'intervento successivo di altri creditori, quantunque privi di un giudicato che ne legittimasse l'iniziativa autonoma – adire il giudice competente per ottenere l'equivalente dell'antica *missio*, cioè l'autorizzazione del giudice imperiale a prendere possesso dei beni del debitore insolvente[48].

---

sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores. (2) *Sin autem hi qui detinent possessiones vel ex sententia iudicis res vendiderint vel alio quocumque legitimo modo omne ius, quod in isdem rebus habere noscuntur, in alias personas post definitum a nobis tempus transtulerint et certas pecunias acceperint, quidquid superfluum inventum fuerit vel amplius quam eis debetur, hoc modis omnibus necesse est eos praesentibus tabulariis signare et in cimeliarchio sanctae ecclesiae illius civitatis, in qua huiusmodi contractus celebratur, deponere: attestatione videlicet prius per memoratos tabularios conscribenda, praesente etiam eo qui res vendiderit vel in alias personas transtulerit, ut per eam manifestetur tam quantitas pecuniarum, quae pro venditione rerum vel translatione praestitae sunt, quam earum, quae superfluae post dissolutum debitum inveniantur, ut, si quis postea creditor apparuerit et debiti cautionem ostenderit, possit ex his satis sibi facere, prius scilicet rectore provinciae sine aliquo damno causae faciente examinationem et non concedente nec viros reverentissimos oeconomos vel cimeliarcham sanctae ecclesiae, in qua pecuniae deponuntur, aliquod detrimentum vel dispendium sustinere, per suam autem interlocutionem creditorem praecipiente secundum modum debiti ex depositis pecuniis suum accipere debitum.* (3) *Ut autem non liceat creditori in venditione vel translatione rerum dolum vel aliquam machinationem vel circumscriptionem facere, iubemus attestatione super hoc celebranda apud defensorem locorum gestis intervenientibus insinuari, sive tantum ex pretio, quantum debetur, sive plus sive minus colligitur, et praesentibus non tantum, sicut dictum est, tabulariis, sed etiam viro reverentissimo cimeliarcha, apud quem, si ita contigerit, superfluae pecuniae signatae deponendae sunt, iusiurandum sacrosanctis evangeliis propositis venditorem vel translatorem rerum praestare, quod neque per gratiam emptoris vel eius, ad quem res iure cessionis transferuntur, nec dolo aliquo interveniente minorem iusto rerum pretio quantitatem acceperit, sed eam, quam re vera cum omni studio potuerit invenire* (a. 532).

[48] Il quadro complessivo di questa disciplina è esposto compiutamente da G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*[3], con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Torino, 1991, p. 334 s. e p. 794 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Le Istituzioni imperiali presuppongono, dunque, i nuovi meccanismi della *cognitio*, nonché le riforme del 531-532 inerenti all'azione esecutiva, senza la cui esatta percezione è impossibile comprendere il ragionamento di Teofilo, che ovviamente le conosce quantunque non risultino da lui espressamente citate durante la lezione giacché assenti nell'architettura normativa del primo Codice[49]: che, infatti, quest'ultimo pensasse al regime dell'azione revocatoria classica, finalizzata nel VI secolo all'impugnazione di una *traditio* traslativa in frode ai creditori, sullo sfondo di una procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore *super pecuniis debitis, pro quibus hypothecae non sunt constitutae* come dice Iust. C. 7.72.10pr., si evince chiaramente dall'esempio (ὥσπερ ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος) posto alla base della sua esposizione, ἐχρώστει τις πολλοῖς, «un tale era debitore verso una pluralità di creditori», che corrisponde esattamente alla fattispecie considerata nel *principium* della nostra riforma, dove leggiamo appunto che il cuore della *vetus quaestio*[50] – a mio parere, non necessariamente rapportabile ad un *ius controversum* di epoca classica – da superarsi per via legislativa era costituito dalla necessità di individuare nella procedura esecutiva un contemperamento di interessi tra i creditori *alacriores* immessi nel possesso *ab iudiciali sententia* – l'equivalente della *missio* pretoria classica – e gli *alii creditores*, ai quali *omnes*, anche se privi di tale titolo, viene consentito di

[49] Come ben noto, Teofilo aveva svolto il corso – tenendo conto della *Omnem* (16 dicembre 533, promulgata nella stessa data di *Tanta*-Δέδωκεν, la costituzione che pubblica il Digesto) – dopo *Imperatoriam* (21 novembre 533) e prima di *Cordi* (16 novembre 534), dato che ignora il *Codex repetitae praelectionis*, sicché tutte le citazioni teofiline del *Codex* vanno riferite alla compilazione di *leges* promulgata con *Summa rei publicae* (7 aprile 529): per tutti cfr. H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécesseurs*, Leiden, 1970, p. 18; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 41.

[50] Che S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del Codice*, Bologna, 2010, p. 161, nt. 161, ipotizza discussa nei libri *ad edictum* di Ulpiano correlabili *ratione materiae* all'*occasio legis* (che per me vanno in ipotesi riferiti alla sequenza che inizia con il libro LX e si conclude con il libro LXVI, cioè il commento all'azione esecutiva nel suo complesso: cfr.O. LENEL, *EP*[3], cit., p. XXII); sul punto cfr. anche G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di 'leges' e 'iura'*, in *SDHI*, LIX, 1993, p. 75.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

ottenere *quaedam communio in rerum possessione* con una 'Nebenintervention' nella procedura 'principale' pendente[51] proponibile entro termini definiti – ma assai ampi, cioè due anni per le parti residenti nella stessa provincia, altrimenti quattro – di modo che la loro *neglegentia* non si risolva in danno dei primi.

Da questo punto di vista, la *Pauliana* è un'azione – soggetta a termine annuale decorrente dal momento, secondo me, dell'atto di disposizione: D. 42.8.1pr. – che 's'innesta' come un incidente della procedura esecutiva, di per sé destinata a durare parecchi anni anche per via dei passaggi procedurali introdotti dalla riforma di cui si è detto, tanto più ove si consideri che la partecipazione al processo di creditori privi di una sentenza da cui risultasse il credito vantato doveva necessariamente imporre al giudice 'dell'esecuzione' in cui costoro intervenivano di accertarne la sussistenza, se non altro perché l'eventuale esposizione di crediti inesistenti, diminuendo l'attivo, avrebbe chiaramente danneggiato gli *alacriores*, e comunque perché, a ragionare diversamente, nessuno avrebbe più coltivato le ordinarie azioni condannatorie per il recupero dei propri crediti.

In secondo luogo, va immediatamente chiarito che Teofilo non diceva affatto ai suoi *dupondii* che la *Pauliana* è 'invariabilmente' un'azione *in rem*: lo era, semmai, nell'esempio considerato, vale a dire la revocazione di una *traditio*, dopo Iust. C. 7.25.1 (a. 530-531) e Iust. C. 7.31.1 (a. 531) l'unico modo di trasferimento della proprietà per atto tra vivi quando teneva il corso, cioè nell'arco temporale tra il 21 novembre del 533 ed il 16 novembre 534[52]; il che, non a caso, sul piano didattico si collegava alla perfezione con la precedente presentazione di altre due azioni reali munite di *fictio*, la *Publiciana* (I. 4.6.4) ed il suo 'opposto', vale a dire la rivendica data entro l'anno *rescissa*

[51] Di per sé configurabile già nelle *cognitiones* classiche: cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*[2], München, 1996, p. 484; per G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 794 «tutti gli altri, pur non muniti di un giudicato in loro favore, potevano dichiarare ai primi la loro partecipazione al procedimento, nel qual caso divenivano possessori in comune con essi».

[52] Cfr. ancora H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., p. 18; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 41: è del tutto ragionevole ritenere che la lezione su I. 4.6.6 si sia tenuta, specificatamente, nel 534 trattandosi di argomento pertinente alle fasi finali del suo insegnamento.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

usucapione all'*absens rei publicae causa* ovvero *in potestate hostium* (I. 4.6.5), sicché l'insegnante intendeva più che altro sottolineare, per ottimizzare l'efficacia didattica della sua comunicazione, il 'contrappunto' – lo stesso che conota la massimazione da cui risulta Diocl. et Max. C. 2.3.20, del 293, dove le '*traditiones*' sono accostate alle '*usucapiones*' – tra un'azione reale *rescissa* '*usucapione*' (I. 4.6.5) ed un'altra *rescissa* '*traditione*' (I. 4.6.6), come tale anch'essa reale, senza dimenticare che, come possiamo agevolmente intuire, nell'*id quod plerumque accidit* l'azione revocatoria doveva essere utile essenzialmente per l'impugnazione di atti traslativi, restando solo sullo sfondo, in termini 'statisticamente' marginali, tanto per diritto classico quanto per diritto giustinianeo, la revocazione di una remissione.

Provo ora a tradurre PTh. 4.6.6 dal testo stabilito dalla recente riedizione groningana[53], dando atto dei punti in cui è necessario tener conto della riforma di Iust. C. 7.72.10, senza la cui piena comprensione – per la quale, purtroppo, non disponiamo della corrispondente rilettura dei Basilici – è impossibile aver chiaro il pensiero del nostro *antecessor*, che la proietta in termini che oggi diremmo 'sistematici' sulle ὁδοί tracciate da Giustiniano per rimediare agli atti di disposizione in frode ai creditori.

«V'è anche un'altra azione reale introdotta dal pretore, come in questo esempio. Un tale era debitore verso una pluralità di creditori, ed in quanto proprietario cedette alcuni suoi beni trasferendone la proprietà, naturalmente per consegna, all'avente causa. Sul presupposto che il trasferimento sia stato fatto in frode alle loro ragioni, ai creditori immessi nel possesso dei beni del debitore per sentenza del giudice è consentito esperire nei confronti di chi ne abbia la materiale disponibilità l'azione reale che è detta '*Pauliana*', in cui si deduce 'se il bene non fosse stato consegnato dal debitore, dunque se risultasse che quel bene sia rimasto in proprietà del debitore'»[54].

---

[53] *Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum*. Ediderunt J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte, N. van der Wal, with a translation by A.F. Murison, Groningen, 2010, p. 802; tengo conto, naturalmente, anche dell'edizione di Ferrini (*Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*. Ad fidem librorum manu scriptorum recensuit prolegomenis notis criticis versione Latina instruxit E.C. Ferrini, Berolini, 1884, p. 420).

[54] Traduzioni editoriali: «Est alia quoque actio in rem a praetore introducta, veluti in hac specie. debebat quidam pluribus; quasdam rerum suarum alienavit, et

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Come prima considerazione, possiamo constatare che l'esposizione del testo ufficiale delle Istituzioni evoca sicuramente la 'revocatoria fallimentare' classica, cioè l'azione esaminata con riguardo alla questione dell'interesse ai frutti in D. 22.1.38.4, come risulta bene soprattutto dagli *scholia* alla parafrasi teofilina[55], che testimoniano appunto della vivacità culturale del corso svolto nell'anno 533/534 dall'*antecessor*: si tratta di fonti complesse, tuttora prive di una traduzione editoriale, alle quali la dottrina che si è occupata della revocazione di atti in frode ai creditori, che normalmente muove dall'edizione del 1927 dell'*Edictum perpetuum* leneliano e dal saggio di Collinet del 1919, dove però non si esamina neppure lo scolio edito nel 1886 da Ferrini, non ha, a tutt'oggi, riservato adeguata attenzione, perdendo così una bussola da ritenersi fondamentale per orientarci sui complessivi svolgimenti storico-dogmatici della questione.

Iniziamo allora con lo scolio 1 Ἔστι καὶ a PTh. 4.6.6 (Meijering, 267):

> Ἔστι καὶ] περὶ PAULIANῆς IN REM· δίδοται δὲ κατὰ τοῦ πρὸς περιγραφὴν τοῦ KREDίτορος ἐκποιοῦντος τὰ ἴδια πράγματα.

---

dominium, utpote dominus, in accipientem transtulit. licet creditoribus, qui ex magistratus sententia debitoris bona possident, quoniam in eorum fraudem alienatio facta est, cum eo, qui rem detinet, in rem actione experiri, quae Pauliana appellatur, in qua ita intendunt: 'si res a debitore tradita non esset, tum si pareret eam rem in dominio debitoris mansisse'» (C. Ferrini, p. 420); «There is also another real action devised by Praetor, as in the following case. A man owed money to a number of creditors; he alienated some of his property, and as owner, by delivery of course, he transferred the ownership to the receiver. The creditors, possessed of the property of the debtor under a decision of the Governor, may, inasmuch as the alienation was made in fraud of them, bring against the holder a real action, which is called the *actio Pauliana*. In this action they say: 'It is as if the thing in question had not been delivered by the debtor; if it appears that such-and-such a thing has remained in the ownership of the debtor'» (A.F. Murison, p. 803).

[55] Trascriverò gli *scholia* esaminati in testo dalla recentissima edizione di Roos Meijering (*Scholia in Theophili Institutionum Paraphrasin* edidit R. Meijering, Groningen, 2024, p. 267 s.), valendomi altresì di quella di C. Ferrini, *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*, già in *Memorie dell'Istituto Lombardo*, XXXIX, 1886, p. 13 ss. ed ora in *Studi di diritto romano bizantino*, I, a cura di V. Arangio-Ruiz, prefazione di P. Bonfante, Milano, 1929, p. 139 ss. e p. 211 per quanto concerne sch. 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 del *Parisinus Graecus 1364*, l'unico considerato dall'insigne Studioso.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Traduco: «sulla *Pauliana in rem*: è data contro chi disponga dei propri beni in frode al creditore».

L'*antecessor*, dunque, esplicita quanto non si legge espressamente nel testo ufficiale: la lezione riguarda la *Pauliana*, che è l'azione *in rem* data contro l'avente causa per *traditio* dal *fraudator*, sicché si discute di *alienationes*, non anche di atti idonei a liberare il *debitor debitoris* – B. 9.8.1 = D. 42.8.1, che esamineremo più avanti, esplicita anche questa funzione dell'azione revocatoria – in frode ai creditori, il che conferma, a mio avviso, che Teofilo evoca la *Pauliana* in un caso in cui 'rileva' come azione reale, senza considerarla 'sistematicamente' tale.

Più preciso, ed ancor più utile per la nostra indagine, è però lo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 (Meijering, 267), già edito nel 1886 da Ferrini, da ritenersi anch'esso l'esito di un chiarimento didattico:

> ἔξεστι] διὰ τῆς PABLIANῆς IN REM. αὕτη γὰρ ἀνακαλεῖται τὰ κατὰ περιγραφὴν τῶν δανειστῶν ἐκποιηθήντα. περὶ ταύτης γάρ τινα τῶν ἀντιPAPINIANίων ἔχουσιν ἐν τῷ γ΄ βι. τι. α΄ DIG. λη΄. καλῶς δὲ εἶπε «νεμηθέντα». εἰ γὰρ μὴ ἐνεμήθησαν, ἤμελλον ἐπὶ μὲν τῶν σωματικῶν τὴν IN FACTUM κινεῖν, ἐπὶ δὲ τῶν παραχωρηθεισῶν ἀγωγῶν τὸ FRAUDAτάριον INTERDICTON, ὡς ἐν τῷ FRAUDAταρίῳ INTERDICTῳ ἀνήνεκται τῷ προσφόρῳ τίτλῳ ἐν τοῖς DIGέστοις.

Traduco, offrendo tra parentesi quadre le indicazioni che mi paiono utili a comprendere esattamente il testo nella prassi didattica degli *antecessores*[56].

«Mediante la *Pauliana in rem*. Questa, infatti, richiama al patrimonio i beni oggetto di atti di disposizione fraudolenti da parte dei debitori. Ad essa, in particolare, si ha un cenno negli 'antipapinianon' [τὰ τῶν ἀντιπαπινιανῶν μονοβίβλια, cioè la *tripertita legum singularium dispositio* corrispondente ai libri XX-XXII del Digesto: è il futuro programma del III anno che *Omnem*, 4, il 16 dicembre

[56] Per tutti cfr. H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., p. 7 ss. e 17 ss.; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 38 ss.; S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, traduzione a cura di P. Buongiorno, Torino, 2015, p. 57 ss. e p. 77 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

del 533, sostituisce, per le scuole di Berito e Costantinopoli, al previgente studio dei *responsa* di Papiniano, pur chiamando ancora gli studenti '*Papinianistae*' giacché la *bellissima machinatio* imperiale fa sì che i titoli del libro XX – salvo, come sappiamo, uno – inizino appunto con un frammento di Papiniano], e segnatamente nel terzo libro [il libro XXII], titolo primo, del Digesto, trentotto [D. 22.1.38.4: Ferrini, 211; Meijering, 267]. Ha detto bene '*possessis*' [I. 4.6.6]. Se, infatti, non fossero stati immessi nel possesso, allora potrebbero esperire da un lato, per le *res corporales* [si tratta dei creditori considerati da Iust. C. 7.72.10pr.-1, cioè quelli non muniti di un giudicato favorevole, che nella procedura esecutiva intervengono per domandare il compossesso con i creditori *alacriores*, già immessi dal giudice *ab iudiciali sententia*: cfr. il testo trascritto a nt. 47, in particolare il tratto spaziato], quella *in factum*; dall'altro, per le azioni trascurate [si tratta dei creditori tardivi, che cioè non abbiano coltivato in alcun modo, neppure per 'Nebenintervention', la procedura esecutiva, considerati da Iust. C. 7.72.10.2: cfr. ancora il testo trascritto a nt. 47, in particolare il tratto spaziato], l'*interdictum fraudatorium*, come risulta dai *verba edicti* che si leggono nel pertinente titolo del Digesto [D. 42.8.10 Ferrini, 211; D. 42.8? Meijering; è corretta, secondo me, l'indicazione di Ferrini, dato che D. 42.8.10pr., interpolato, prospetta appunto congiuntamente, come si vedrà più avanti, l'azione *in factum* e l'*interdictum fraudatorium* cui fa riferimento Teofilo in connessione con C. 7.72.10]».

Lo scolio ci conferma, innanzitutto, la terminologia '*fraudatorium interdictum*', che per Teofilo è secondo me proiezione dell'*antiquitatis reverentia* di *Tanta*, 10: se ciò è vero, si tratta di una terminologia non già postcostantiniana[57], ma già classica.

Soprattutto, però, ci consente di chiarire come D. 22.1.38.4 si riferisca non già, come erroneamente riteneva Lenel nelle edizioni dell'*Edictum perpetuum* successive alla prima e nella *Palingenesia*[58], alla tutela interdittale, che era data per diritto classico ai creditori insoddisfatti dopo la *bonorum venditio*, ma appunto all'azione rescis-

[57] Cfr. S. Solazzi, *La revoca*, I, cit., p. 94 ss.

[58] O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 339 s.; p. 496 e nt. 3; p. 499 e nt. 1; Id., *Pal.*, I, cit., col. 1157q.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

soria conseguente alla *restitutio in integrum ob fraudem*: dalla lezione di uno dei compilatori del Digesto, che svolge il suo magistero all'indomani della sua pubblicazione – *Tanta*-Δέδωκεν è, come noto, contestuale alla *Omnem*: 16 dicembre 533 – e che quindi ha di certo un quadro informativo incommensurabilmente superiore a quello di qualsiasi studioso contemporaneo, emerge che quest'ultima, nel 533/534, era l'azione offerta ai creditori *alacriores* immessi nel possesso (*bonis … possessis*: I. 4.6.6) dei beni del debitore *ab iudiciali sententia* per reintegrare la loro garanzia patrimoniale, mentre l'*actio in factum* era quella semmai spettante, con la stessa finalità, agli *alii creditores* intervenuti nella procedura esecutiva per domandare il compossesso (la *quaedam communio in rerum possessione*) nei termini previsti da Iust. C. 7.72.10pr.-1, con l'ulteriore possibilità, per i creditori tardivi, di mobilitare, dopo la chiusura della procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, l'*interdictum fraudatorium* per recuperare all'attivo – vale a dire per integrare, specificatamente, quanto ancora si trovasse a loro disposizione nel tesoro di una chiesa[59] – eventuali ulteriori cespiti distratti dal *fraudator*.

Dirò di più: se Teofilo – che non a caso prescinde del tutto dal riferimento all'*unde vi* contenuto in D. 22.1.38.5, saldato nel Digesto all'esposizione immediatamente precedente dalla sutura '*et ideo*' – cita a memoria, è verosimile che nella sua 'memoria didattica selettiva' si materializzasse non tanto il frammento trascritto in D. 22.1.38.4, ma proprio l'originale dell'ampio squarcio del libro VI dell'*ad Plautium* di Paolo adoperato (per anni nei programmi di studio della scuola di Costantinopoli antecedenti alla *Omnem* e quindi) per la compilazione del terzo libro della *tripertita legum dispositio*[60],

[59] Cfr. H. VIDAL, *Le depôt 'in aede'*, in *RHDFE*, XLIII, 1965, p. 566 ss.

[60] Cfr. F. GORIA, *Il giurista nell'impero romano d'Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)*, in *Fontes minores*, XI, herausgegeben von L. Burgmann, Frankfurt am Main, 2005, 163 e nt. 46. L'insegnamento degli *antecessores*, infatti, si risolveva nell'«esprimere in lingua greca, per di più spesso chiarendoli e semplificandoli, i testi prevalentemente latini del *Corpus iuris*»; ed è per questo che «proprio le loro opere hanno costituito il substrato a cui attinsero, per tutto l'impero d'Oriente, la maggior parte delle compilazioni giuridiche successive, al punto che, quando queste ultime si discostano dal testo latino originario, sorge il fondato sospetto che tale discrepanza non sia da attribuire al compilatore più recente, ma risalga al giurista del secolo VI». E dunque, ai fini della citazione, fatta durante la le-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

che dunque doveva contenere – più o meno nei termini che ho tentato, *ad sensum*, di ricostruire in apertura – non già la parola '*restituas*', ma appunto '*restituam*' con riferimento all'azione *in factum per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*.

In buona sostanza, Teofilo, sulla base di Iust. C. 7.72.10, al fine di recuperare i beni alienati dal *fraudator* distingue – con riferimento alla procedura esecutiva, che nel suo ragionamento è la 'stella polare processuale' – creditori 'principali' (esecutanti *ab iudiciali sententia*, cui spetta la *Pauliana*), 'intervenuti' (privi del titolo esecutivo, cui spetta, ove siano accertate le loro ragioni di credito, l'*actio in factum*) e 'tardivi' (cui spetta l'*interdictum fraudatorium*): egli ne valuta la posizione, ai fini della possibilità di invocare tre diversi rimedi revocatori, 'durante' e 'dopo' l'azione esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, il che ci consente di affermare, con un buon margine di sicurezza, che le tutele create dal pretore – la *restitutio in integrum ob fraudem* e l'*interdictum fraudatorium*, come vedremo dato *causa cognita* in via utile '*et si scientia non sit*', alla luce del sostrato classico di D. 42.8.10pr. – non sono mai state, nell'intera esperienza giuridica romana, autonome dall'*actio iudicati* e dalle procedure ad essa conseguenti, che nel VI secolo si svolgono invariabilmente tutte nelle forme tipiche della *cognitio*.

La *Pauliana* di Teofilo è, dunque, l'azione revocatoria che spetta 'in via principale', entro l'anno utile, ai creditori *alacriores* di C. 7.72.10 per reintegrare l'attivo in una procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, da essi mobilitata *ab iudiciali sententia*: tale esito è coerente con la storia dell'editto, giacché per diritto classico era l'azione rescissoria *in factum* che il *curator bonorum*, dopo aver ottenuto dal pretore la *restitutio in integrum ob fraudem*, esperiva per reintegrare l'attivo del patrimonio del *decoctor* da vendersi per *auctio argentaria*.

La sua sede normativa era in D. 42.8.1pr.

---

zione, che ci risulta dallo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 Teofilo «potrebbe avere fruito di un dato testuale diverso da quello a noi pervenuto» ed aver collegato, per una via di storia testuale a noi preclusa forse per sempre, il dato normativo del Digesto esprimendone le potenzialità attuali «nel modo che riteneva più conforme alla presunta intenzione del legislatore, o semplicemente alle necessità della situazione concretamente regolata» (cito sempre testualmente dal contributo di Fausto Goria).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Per converso, le due azioni che le norme imperiali, secondo Teofilo, accordano ai creditori meno diligenti *in executivis* onde consentire loro il recupero all'attivo di ulteriori cespiti dolosamente distratti erano l'*actio in factum* e l'*interdictum fraudatorium*, anch'esse esperibili entro l'anno utile: avevano sede normativa in D. 42.8.10pr. ed erano entrambe l'ordinario esito giustinianeo degli interdetti classici, cioè *actiones utilis ex causa interdicti* come si legge in I. 4.15.8[61].

Ma mentre l'*interdictum fraudatorium* spettava, in piena coerenza con il modello classico, ai creditori tardivi 'dopo' la chiusura della procedura esecutiva, l'*actio in factum* era stata costruita dai commissari imperiali, a seguito di Iust. C. 7.72.10, come un modello per così dire 'intermedio' tra i due poli dell'esperienza classica, il primo – la *restitutio in integrum ob fraudem* chiesta dal *curator bonorum* cui conseguiva l'azione rescissoria *in factum* – configurato come un antecedente logico e, soprattutto, pratico della *bonorum venditio*, l'altro – l'*interdictum fraudatorium*, diretto od utile – come una via invocabile solo successivamente ad essa ad iniziativa dei creditori rimasti insoddisfatti: essa, infatti, era data agli *alii creditores* 'intervenuti' nella procedura esecutiva ancora pendente, in quanto iniziata dagli *alacriores*, come esito dell'*interdictum fraudatorium* che il pretore accordava *causa cognita* in via utile '*et si scientia non sit*', così da investire il giudice giustinianeo di un grado di apprezzamento del fatto particolarmente ampio, ove si consideri che il suo ufficio cumulava la *causae cognitio* classica (con la quale il pretore doveva stabilire se emanare o meno il *fraudatorium* anche in difetto del *consilium fraudis*) e l'*actio arbitraria* (con la quale, a richiesta dell'intimato *in iure*, il *iudex privatus* controllava la coerenza dell'*interdictum* restitutorio con la promessa edittale).

---

[61] *De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset*. Su questo testo, mi sia consentito di rinviare a R. FERCIA, *'Actiones' ed 'actio utilis ex causa interdicti': vicende storiche, anomalie, opacità*, in *Princìpi e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.*, Atti del Convegno (Parma, 18 e 19 giugno 2009), a cura di S. Puliatti e U. Agnati, Parma, 2010 (*first on line* dal 31 dicembre 2009 in *Diritto @ Storia*, VIII, 2009), 2010, p. 129 ss., con letteratura.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

L'elemento di novità, in sostanza, è la creazione di un 'terzo polo' coerente con la 'Nebenintervention' assicurata da Iust. C. 7.72.10.1.

Il modello 'bipolare' classico, in altre parole, è inadeguato una volta che la legge imperiale consente di partecipare alla procedura esecutiva avviata *ab iudiciali sententia* dagli *alacriores* anche agli *alii omnes* che, non disponendo del titolo esecutivo, non potrebbero assumere autonomamente l'iniziativa; né escluderei che la peculiare ampiezza dell'*officium iudicis* nell'*actio in factum* revocatoria data a questi ultimi – nella quale, va chiarito, la legge non impone al giudice di prescindere dal *consilium fraudis*, ma lo autorizza a prescinderne, come se fosse il pretore in sede di *causae cognitio*, tenuto conto di tutti gli indici sintomatici e degli elementi istruttori rilevanti – debba correlarsi alla parallela necessità di accertarne giudizialmente le ragioni di credito, onde evitare l'ingiusta diluizione dell'attivo nella sfera di quanti vantassero crediti già giudizialmente certi.

La categoria degli intervenuti, le cui ragioni di credito non potevano non essere in qualche modo non destinate ad un controllo di fondatezza da parte del giudice 'dell'esecuzione', imponeva in ultima analisi l'enucleazione dai materiali normativi edittali di un rimedio revocatorio intermedio, connotato dalla massima ampiezza possibile dell'*officium iudicis*.

In questo quadro, la netta distinzione funzionale delle tre azioni considerate, declinata dall'*antecessor* in correlazione con la procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, e la palese identificazione dell'azione revocatoria data agli *alacriores* con quella di cui discuteva Paolo nell'*ad Plautium*, rafforza il percorso esegetico proposto in apertura in ordine alla correzione di '*restituas*' in '*restituam*': l'espressione edittale, infatti, per chi confidi nelle precisazioni che uno dei Compilatori rendeva a lezione all'indomani della pubblicazione del Digesto, deve riferirsi senza dubbio non già all'*interdictum fraudatorium*, che spetta ai creditori tardivi, ma appunto alla *restitutio in integrum ob fraudem* cui conseguiva l'azione rescissoria offerta al *curator bonorum*, data nel VI secolo *bonis possessis* agli *alacriores* che inizino la procedura esecutiva *ab iudiciali sententia*.

Un'ultima considerazione prima di esaminare gli altri due *scholia* a nostra disposizione: è solo per ragioni didattiche che Teofilo cita proprio D. 22.1.38.4, e non piuttosto D. 42.8.1, che nel Digesto con-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

serva, sia pure con alterazioni, i *verba edicti* con il correlato commento ulpianeo, mostrando dunque di preferire la connessione della sua lezione con un testo inserito nel (futuro) programma di studi del terzo anno.

L'esame degli ulteriori *scholia* alla lezione teofilina ci consente quindi di raccogliere altri dati di primaria importanza per la nostra indagine.

Consideriamo, allora, lo scolio 3 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 (Meijering, 268), di grande interesse per la citazione, questa volta, del Codice:

> ἔξεστι] [ ] διὰ τοῦ ογ΄ [ ] τοῦ κώδ. ἥτις φησιν· ἐὰν ὁ χρεωστῶν ἐναχθεὶς κατεδικάσθη καὶ μετὰ ταῦτα πέπρακεν ἐπὶ περιγραφῇ τῶν δανειστῶν εἴδοτι τινὶ τὸν [δόλον αὐτοῦ,] ὡμολογημένως δύνανται [οἱ δανεισταὶ] ταῦτα τὰ πράγματα διεκδικῆσαι.

Traduco: «…in forza del <titolo> settantatré <del libro sette, cinque> del [primo] Codice [Diocl. et Max. C. 7.75.5, a. 293]. Che dice: se il debitore convenuto in giudizio è stato condannato e dopo la sentenza ha alienato in frode ai creditori ad uno che sia a conoscenza <della sua frode>, è pacifico che i creditori possano pretendere questi beni».

La ricostruzione del testo – ma il manoscritto[62], su cui ci soffermeremo meglio a breve, è ai limiti dell'indecifrabilità – è agevolata dalla lettura di B. 9.8.30 = C. 7.75.5, cioè la settima costituzione del titolo 75.5 del *Codex repetitae praelectionis*, peraltro ancora ignoto, come sappiamo, al corso di Teofilo, che dunque la citava, evidentemente con la diversa numerazione risultante dal nostro scolio, dal primo *Codex*: nella sua lezione su I. 4.6.6, l'azione revocatoria era dunque collegata nel Digesto a Paul. D. 22.1.38.4 (sch. 2 ἔξεστι a

[62] Lo scolio in esame è restituito solo dal *Laurentianus plut*. LXXX,18 (per la descrizione del testimone, cfr. *Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum*. Ediderunt J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte, N. van der Wal, cit., p. xxxiii): più precisamente, gli *scholia* 2, 3, e 4 ἔξεστι si trovano alla carta 131*v*, che presenta le lacune meccaniche da cui dipende l'obiettiva illeggibilità denunziata dall'editore (ho potuto esaminare il testimone solo nel sito della «BML» - Biblioteca Medicea Laurenziana a questa fonte: *https://tecabml.contentdm.oclc.org/digital/collection/plutei/id/979297/rec/1*).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

PTh. 4.6.6), e nel (primo) Codice al *rescriptum* (poi) confluito in Diocl. et Max. C. 7.75.5 (sch. 3 ἔξεστι a PTh. 4.6.6), che è bene aver sott'occhio, giacché (anche) in questo *rescriptum*, come accennavamo in apertura, la *Pauliana* è un'a*ctio* '*in factum*':

> Diocl. et Max. AA. et CC. Crescentino C. 7.75.5: *Ignoti iuris non est adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit nec defenditur, bonis possessis itemque distractis per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta creditoribus esse consultum* (a. 293).

Come è evidente, l'azione considerata è, nel ragionamento dell'*antecessor*, sicuramente la stessa di cui discute Paolo in D. 22.1.38.4, ma è qualificata dalla cancelleria imperiale dioclezianea, la cui attenzione alla classicità è ben nota alle nostre scienze, non già come '*Pauliana*', ma semplicemente come azione '*in factum*', così da confortare, anche da questo punto di vista, l'ipotesi dell'alterazione indicata per il frammento del Digesto: una volta che il debitore risulti '*sententia condemnatus*', il che corrisponde all'espressione '*ab iudiciali sententia*' di Iust. C. 7.72.10, la cancelleria dioclezianea consentiva, infatti, ai creditori immessi nel possesso (*bonis possessis* come in I. 4.6.6) di esperire la *Pauliana*[63] contro l'avente causa a titolo oneroso *qui fraudem non ignoraverit*, nonché – a prescindere dall'allegazione e dimostrazione[64] del *consilium fraudis* in quanto assorbite dalla gratuità, che ne è indiscutibile indice sintomatico – contro l'avente causa a titolo gratuito; ed il testo di B. 9.8.30 parafrasa fedelmente questa logica[65].

---

[63] E non l'*interdictum fraudatorium*, come sosteneva S. SOLAZZI, *La revoca*, I, cit., p. 97 s., ma senza esaminare lo scolio di cui ci occupiamo (peraltro inedito quando l'Autore scriveva).

[64] *Scientiae mentionem detrahere*, secondo me, si riferisce all'esclusione, in capo ai creditori, di allegare e dimostrare il *consilium fraudis*, che comunque resta coelemento sostanziale della fattispecie, a fronte di atti di disposizione a titolo gratuito, tanto più se il *rescriptum* era destinato ad un processo provinciale trattato nelle forme della *cognitio*.

[65] B. 9.8.30 = C. 7.75.5: Ἐὰν ὁ χρεωστῶν ἐναχθεὶς κατεδικάσθη καὶ μετὰ ταῦτα πέπρακεν ἐπὶ περιγραφῇ τῶν δανειστῶν εἰδότι τινὶ τὸν δόλον αὐτοῦ, ἢ

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

La *Pauliana* di Teofilo e le azioni *in factum* di D. 22.1.38.4 e C. 7.75.5 sono, con tutta evidenza, lo stesso rimedio: si tratta dell'azione rescissoria data *in factum* per diritto classico al *curator bonorum* dopo la *restitutio in integrum ob fraudem*.

Il *rescriptum* che Teofilo ricordava a lezione, tuttavia, consente un'ulteriore considerazione: mi pare possibile, infatti, tracciare una più precisa linea metodologica da seguirsi 'programmaticamente' per tratteggiare le vicende testuali delle testimonianze contenute nel *Corpus iuris*.

In quest'ordine di idee, e dando, per il momento, per scontato che l'espressione '*Pauliana*' sia adoperata da Teofilo in una lezione per 'beginners' del primo corso ufficiale dopo la *Omnem* in quanto ampiamente diffusa ben prima della svolta giustinianea nella didattica orientale, ritengo del tutto inverosimile che i commissari imperiali, tra i quali lo stesso Teofilo, abbiano alterato i testi che nella prospettiva classica si occupavano della 'revocatoria fallimentare' data dall'editto al *curator bonorum* sostituendo sistematicamente una terminologia a loro consueta, '*Pauliana*', con un'espressione tecnicamente neutra, vale a dire '*in factum*', che per di più avrebbe rischiato di creare confusione con l'*actio in factum* così espressamente qualificata da D. 42.8.10pr., cioè l'applicazione in via utile del *fraudatorium* data per ottenere, in pendenza della procedura esecutiva avviata dagli *alacriores* nella quale intervenivano, il recupero di cespiti – ulteriori rispetto a quelli già oggetto di (com)possesso – distratti dal *fraudator*.

Su questi aspetti ci soffermeremo ampiamente, però, nelle pagine che seguono.

Concludiamo, piuttosto, l'esame della lezione teofilina con qualche considerazione anche sullo scolio 4 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, da cui, però, non si ricava purtroppo alcuna informazione davvero sicura, ove si consideri che il testo a nostra disposizione, per via delle lacune

---

ἐδωρήσατό τινι εἰδότι ἢ ἀγνοῦντι τὸν δόλον αὐτοῦ, ὡμολογημένως δύνανται οἱ δανεισταὶ ταῦτα τὰ πράγματα διεκδικῆσαι (Scheltema, A II, 515, *lin*. 1-4). Traduco: «Se il debitore convenuto in giudizio è stato condannato e successivamente aliena a titolo oneroso in frode ai creditori a chi sia consapevole della sua frode, od anche a prescinderne a titolo gratuito, è ovvio che i creditori possano pretendere questi beni».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

meccaniche contenute nell'unico testimone che lo conserva[66], lo stesso dello scolio 3 ἔξεστι appena discusso, appare sin troppo lacunoso.

Esaminiamo, dunque,

> Sch. 4 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 (Meijering, 268): 4 ἔξεστι] [ ] τι. τοῦ η΄ [ ] ἐπιγινομένης [ ] μὴ μόνον κινητῶν καὶ [ ] καὶ [ ] αὐτοκινητῶν [ ] τρόπον [ ] βουληθῇ [ ] γὰρ ἀφείλ[ ].

Pur concordando, in linea di massima, con la lettura dello scolio che dal *Laurentianus plut.* LXXX, 18 ha proposto Meijering, a me pare impossibile provare a comprendere questo testo senza avere prima una base minimale di informazioni plausibili che possano consentirci di integrarlo quanto meno *ad sensum*: l'operazione, come mi pare ovvio, è altamente congetturale, ma forse proficua, in quanto lo scolio in esame può dirci, secondo me, qualcosa di assai interessante.

Mi pare, infatti, ragionevole ipotizzare, con un buon margine di sicurezza, che il nostro *antecessor* citasse l'*epistula* a noi nota da Iust. C. 8.21.1, del 1° aprile 529, la prima delle due *leges* del titolo *De praetorio pignore et ut in actionibus etiam debitorum missio praetorii pignoris procedat* del secondo Codice, e verosimilmente l'unica del primo, da cui Teofilo citava, dato che Iust. C. 8.21.2 data al 1° agosto 530: muoverei, per decifrare i tratti ancora (con grande fatica) leggibili, dalla 'combinazione' tra il numerale – η΄, cioè «otto» (dando per postulato che, per questa costituzione, la numerazione del titolo coincida tra primo e secondo *Codex*, e che si riferisca al libro, dato che il titolo era già stato indicato, presumibilmente nello stesso modo che riscontriamo nello scolio 3 ἔξεστι, nella parte perduta per lacuna meccanica del testimone) ed il verosimile riferimento ad atti di disposizione aventi ad oggetto *res* di tre categorie, cioè '*mobiles*', ('*immobiles*' e) '*se moventes*', come si legge nel tratto mutilo dello scolio … μὴ μόνον – *rectius*: μόνων – κινητῶν καὶ … καὶ … αὐτοκινητῶν – *rectius*: αὐτοκινήτων (cioè «…non dei soli beni mobili ed <immobili e…> semoventi…).

[66] Anche questo scolio è restituito dal solo *Laurentianus plut*. LXXX,18 alla carta 131*v*, che presenta le lacune meccaniche da cui dipende l'obiettiva illeggibilità denunziata dall'editore.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Se teniamo conto del fatto che C. 8.21.1 è del 1° aprile 529, e che *Summa rei publicae* è del 7 aprile di quello stesso anno, è ragionevole ritenere che l'*antecessor* ricordasse questa *epistula* – con la quale Giustiniano dava indicazioni al *praefectus praetorio* d'Oriente inerenti alla sua attività giurisdizionale, quasi certamente come giudice di appello – anche perché inserita pochi giorni prima della promulgazione del (primo) Codice.

L'incrocio di questi dati testuali, se qualcosa non mi sfugge nella gestione delle nostre attuali risorse informatiche, mi sembra riscontrabile, tra le norme imperiali vigenti al 533/534, e dunque, con l'esclusione delle *Novellae*, solo nel (secondo) Codice, e segnatamente in Iust. C. 8.21.1 (1° aprile 529) ed in Iust. C. 8.53.34.1c (30 ottobre 529), cioè la nota riforma della donazione, da ritenersi peraltro non solo *de plano* non attinente alla questione trattata, ma anche ignota al primo Codice in quanto successiva a *Summa rei publicae*, sicché è impossibile che l'*antecessor* la citasse da quella fonte normativa: proviamo allora a leggere Iust. C. 8.21.1 avendo sott'occhio la sua parafrasi greca, confluita in B. 25.7.14, che a mio parere consente di comprendere, per integrazione congetturale possibile *ictu oculi*, il significato sostanziale del ragionamento implicito nella citazione di Teofilo.

Conviene, per aver più chiaro il quadro testuale, giustapporre le due testimonianze:

Iust. A. Menae pp. C. 8.21.1: *Si praetorium pignus quicumque iudices dandum alicui perspexerint, non solum super rebus mobilibus et immobilibus et se moventibus, sed etiam super actionibus quae debitori competunt praecipimus hoc eis licere decernere* (a. 529).

B. 25.7.14: Ἐὰν ὅλως δικαστὴς ἐπὶ νομῆς ἐνεχύρων πέμπει τινά, μὴ μόνων κινητῶν καὶ ἀκινήτων καὶ αὐτοκινήτων πεμπέτω, ἀλλὰ γὰρ καὶ ἀγωγῶν (Scheltema, A III, 1226, *lin*. 3-5).

Propongo, innanzitutto, una traduzione-parafrasi di B. 25.7.14: «Il giudice che disponga l'immissione nel possesso di pegni giudiziali estenda senz'altro il proprio provvedimento non già ai soli beni mobili, immobili e semoventi, ma anche alle relative azioni».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Mi sorge a questo punto il dubbio se, anziché ἐπιγινομένης, si debba piuttosto leggere nel nostro scolio ἐπὶ νομῆς, così da consentirci un tentativo forse meno disagevole di ricostruzione, per quanto *ad sensum*, dei tratti obiettivamente illeggibili tenendo conto sia della parafrasi bizantina di Iust. C. 8.21.1, sia dell'ampiezza 'pluriframmentaria' della lacuna meccanica (forse da escludersi prima di αὐτοκινήτων, ma una riproduzione fotografica, quale quella in rete, non può sostituire l'esame diretto) del testimone, sia della possibilità che τρόπον (a stento leggibile) rappresenti l'accusativo avverbiale con cui normalmente si esprime la locuzione εἰς τὸν αὐτὸν τρόπον, 'allo stesso modo', così da esplicitare un'identità sostanziale – come adesso vedremo, questa identità dipende dalla *missio in possessionem* – che sul piano logico-giuridico, prima ancora che sintattico, giustifichi la connessione tra Iust. C. 8.21.1 e la legittimazione alla *Pauliana* in capo ai creditori 'principali', che agiscono appunto *bonis possessis* come si legge in I. 4.6.6.

Rileggerei allora l'insieme in questo modo:

> [διὰ τοῦ κά] τι. τοῦ η΄ [βι. τοῦ κώδ. α΄. ἥτις φησιν· ἐὰν ὅλως δικαστὴς] ἐπὶ νομῆς [ἐνεχύρων πέμπει τινά,] μὴ μόνων κινητῶν καὶ [ἀκινήτων] καὶ αὐτοκινήτων [πεμπέτω, ἀλλὰ γὰρ καὶ ἀγωγῶν. εἰς τὸν αὐτὸν] τρόπον […] βουληθῇ […] γὰρ ἀφεῖλ[εν …].

Provo a questo punto a suggerire un tentativo di traduzione-parafrasi, evidenziando in corsivo le congetture diagnostiche integrative che mi paiono più ragionevoli, comprese le pure *divinationes* che, ribadisco *ad sensum*, immagino nella parte finale.

«*In forza del* titolo *ventuno* del *libro* otto *del Codice*, *uno. Che dice: "se il giudice dispone l'immissione di qualcuno* nel possesso *di pegni giudiziali, lo immetta* non già nei soli beni mobili e *immobili* e semoventi, *ma senz'altro anche nelle relative azioni". Allo stesso* modo *se un creditore immesso nel possesso a tale titolo* intenda *agire con l'azione 'Pauliana' per revocare l'alienazione di beni in frode ai creditori*: *questi*, infatti, ha revocato *non solo il bene alienato, ma anche l'azione che, a difesa di quel bene, spettava al debitore*».

Il tentativo proposto ci consente di avere un'idea, sia pure orientativa, del ragionamento di Teofilo.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Se, infatti, è corretta, almeno nei dati di base su cui impostare la questione, la mia congettura, che peraltro è destinata a rimanere tale anche perché mi pare oltremodo difficile non solo leggere, tra i guasti al foglio, un *tractus* eufemisticamente complesso ed un *atramentum* quasi svanito a fronte dell'elegante e nitida scrittura del testo di PTh. 4.6.6 glossato, ma anche valutare adeguatamente lo spazio occupato dalla lacuna (piuttosto estesa) del testimone rispetto al testo ancora leggibile, il nostro *antecessor* avrebbe richiamato dal primo Codice Iust. C. 8.21.1 per chiarire come la *Pauliana* fosse una via della giustizia percorribile dai creditori non solo nell'ambito prospettato da I. 4.6.6, cioè l'esecuzione concorsuale su tutti i beni del debitore, ma anche in quello dell'esecuzione particolare (che comunque non escludeva l'eventuale concorso di creditori) su singoli beni, vale a dire la procedura – nata nella *cognitio* classica – tramite *pignus in causa iudicati captum*, cioè il *pignus praetorium* secondo la denominazione giustinianea «data alla situazione conseguente alla *missio in possessionem*»[67]: in sostanza, l'insegnante intendeva spiegare in tutti i suoi risvolti pratici l'espressione '*bonis possessis*' che i *dupondii* trovavano in I. 4.6.6, e lo faceva declinando, per maggiore chiarezza, l'identità tra l'azione esecutiva concorsuale e quella particolare desumendola dal comune denominatore costituito da quella *missio in possessionem* disposta *ab iudiciali sententia* che di per sé legittimava all'*actio Pauliana*, il cui esito favorevole si sarebbe in ogni caso esteso, oltre che ai beni mobili, immobili e semoventi che il *fraudator* avesse alienato, anche alle azioni che a quest'ultimo spettavano a difesa di quei beni, così da implementare – in via, per così dire, 'surrogatoria' – le *chances* di tutela delle ragioni di credito sui beni recuperati all'attivo.

In buona sostanza, l'*actio Pauliana* è la via 'principale' della giustizia revocatoria giustinianea, e spetta come 'incidente di esecuzione' ai creditori che *ab iudiciali sententia* agiscano *bonis possessis* tanto in una procedura concorsuale su tutti i beni del *fraudator*, quanto in una particolare (comunque aperta al concorso dei creditori) su singoli beni: viepiù, il suo esito si estende non solo ai beni revocati, ma anche alle azioni a difesa di quegli stessi beni che competevano al debitore.

[67] Così esattamente A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*[4], Torino, 1993, p. 382; cfr. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 371 e 378.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Se tutto ciò coglie, spero almeno in parte, nel segno, anche quest'ultimo scolio può concorrere a dimostrare come la lezione di Teofilo – non dimentichiamo che nel testo della Parafrasi a nostra disposizione gli *indices* sono accorpati alle παραγραφαί[68] – fosse funzionale a configurare il percorso formativo dei *dupondii* con una precisa e puntuale informazione, sin dal primo anno, non solo sull'istituto considerato, ma anche sugli svolgimenti normativi contemporanei, tra cui essenzialmente, discutendo di I. 4.6.6, quelli inerenti all'azione esecutiva, concorsuale su tutti i beni come particolare su singoli beni, che intercettassero la disciplina 'generale' risultante dalle Istituzioni imperiali.

5. Come abbiamo più volte rilevato, la ricostruzione di Lenel, che pone in connessione D. 22.1.38.4 non già con la *restitutio in integrum ob fraudem* e la conseguente azione rescissoria *ficticia*, ma con il '*restituas*' dell'*interdictum fraudatorium*, non ha mai considerato gli *scholia* alla parafrasi teofilina, ed in particolare lo scolio 2 ἔξεστι – edito da Ferrini nel 1886 sia pure solo dal *Parisinus Graecus 1364* – che impone una ricostruzione differente.

Vediamone ora analiticamente le ragioni.

Innanzitutto, si deve osservare come, nonostante il manuale imperiale non qualifichi affatto l'azione revocatoria né come '*in rem*', né come '*Pauliana*', sia (solo) la lezione teofilina ad introdurre questa duplice precisazione in una logica espositiva che la collegava, secondo me a fini essenzialmente didattici ed in quanto azione pretoria *ficticia*, alle altre due azioni (reali) *ficticiae* poco prima esposte nelle Istituzioni: è dunque innegabile che, per Teofilo, l'azione per la revocazione di una *traditio* traslativa era un 'incidente di esecuzione' non già *in personam*, ma *in rem*, anche se ciò non dimostra affatto che per l'*antecessor* essa fosse 'solo' *in rem*, giacché l'esempio (ricordiamo la frase ὥσπερ ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος) che risulta da PTh. 4.6.6 è condizionato dalla 'concatenazione' degli argomenti svolti a lezione, durante la quale, subito dopo aver trattato della *Publiciana* e della rivendica *rescissa usucapione*, sarebbe stato in ipotesi ben più

[68] Per tutti N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 41.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

complesso, e quindi antididattico, esaminare la *Pauliana* per revocare una remissione piuttosto che per 'impugnare' un atto ad effetti reali.

Se ciò è corretto, la dogmatica di cui Teofilo si avvale costituisce una risorgiva di quel *ius controversum* che abbiamo poc'anzi ricostruito, e segnatamente della posizione di quanti per epoca classica leggessero nella 'revocatoria fallimentare' diretta contro *alienationes* una *formula petitoria* 'speciale', costruita con *fictio* restitutoria e trasposizione di soggetti: una controversialità che parrebbe, peraltro, superata dagli enciclopedisti severiani[69] ed estranea al testo ufficiale delle Istituzioni, ma certamente ancora ben nota all'*antecessor* di Costantinopoli, che pur sempre era stato, lo ribadiamo, uno dei compilatori del Digesto, come tale a conoscenza completa ed approfondita di opere a noi inaccessibili[70].

In secondo luogo, la connessione a D. 22.1.38.4 esplicitata dallo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 dimostra senza alcun serio dubbio che, per Teofilo, Paolo discuteva non già, come riteneva – a mio avviso sul punto a torto – Lenel[71], dell'*interdictum fraudatorium* previsto dai *verba edicti* conservati (sia pure con alterazioni notevoli, come vedremo a breve) in D. 42.8.10pr., ma appunto dell'azione rescissoria *in factum* previa *restitutio in integrum ob fraudem* conseguente all'altro editto conservato (forse con alterazioni meno drastiche, ma comunque agevolmente individuabili) in D. 42.8.1pr.: e tra la connessione indicata da Teofilo durante la sua lezione – e dunque da un giurista che conosceva integralmente, anche per via della propria esperienza didattica, gli scritti dei *prudentes* adoperati per la redazione del Digesto cui aveva partecipato – e quella ipotizzata da uno studioso contemporaneo, che certamente non può conoscere le fonti con la completezza che solo un *antecessor*, per di più commissario imperiale, poteva avere, preferisco confidare nella prima.

---

[69] Cfr. R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Bologna, 1993, p. 73.

[70] Cfr. esattamente F. GORIA, *Il giurista nell'impero romano d'Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)*, in *Fontes minores* XI, herausgegeben von L. Burgmann, Frankfurt am Main, 2005, p. 163.

[71] O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 339 s.; p. 496 e nt. 3; p. 499 e nt. 1; ID., *Pal.*, I, cit., col. 1157.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Teofilo, in sostanza, distingue la *Pauliana* – vale a dire la 'revocatoria fallimentare' dell'editto in D. 42.8.1pr., offerta al *curator bonorum* per la scienza dei *prudentes* ed ora ai creditori *bonis possessis* in quanto muniti di un giudicato favorevole, considerata alla stregua di un'azione *in rem* solo in quanto nel suo θέμα didattico era diretta contro una *traditio* traslativa – dalle altre, e diverse, ὁδοί della giustizia accordate dalla legge ai creditori meno diligenti *in executivis*: questi ultimi, infatti, non potendo domandare autonomamente, in quanto privi di un giudicato favorevole, l'immissione nel possesso dei beni del debitore come gli *alacriores*, cui si deve l'iniziativa *ab iudiciali sententia*, possono percorrere solo le due ὁδοί di D. 42.8.10pr., per modo che agli intervenuti nella procedura esecutiva (Iust. C. 7.72.10.1) compete come rimedio revocatorio (che dunque ancora si atteggia ad 'incidente di esecuzione') l'azione *in factum*, mentre, dopo la sua conclusione, ai creditori tardivi (Iust. C. 7.72.10.2) spetta l'*interdictum fraudatorium*.

In ultima analisi, dopo Iust. C. 7.72.10 i due rimedi revocatori di D. 42.8.10pr. perpetuano la promessa edittale dell'interdetto restitutorio ponendosi in una logica sostanzialmente analoga a quella classica rispetto all'azione revocatoria 'principale' di I. 4.6.6, D. 42.8.1pr., D. 22.1.38.1 e C. 7.75.5: l'elemento di novità è costituito dalla riconfigurazione dell'*interdictum fraudatorium* (e segnatamente quello che il pretore dava in via utile *causa cognita* dopo la *bonorum venditio*) come 'incidente di esecuzione' ulteriore rispetto alla *Pauliana*, di talché nella frase ὡσανεὶ μὴ 'ETRADITEUθη τόδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ DEBITOROS· εἰ φαίνεται αὐτὸ ἐν τῇ τοῦ DEBITOROS δεσποτείᾳ μεμνηκέναι che leggiamo in PTh. 4.6.6 riecheggia senz'altro – e su questo ha ragione Lenel – la *fictio* dell'*actio in factum*, cioè la *Pauliana* di Teofilo, che però, seguendo i chiarimenti dati nella lezione del nostro *antecessor*, va collegata a D. 22.1.38.4, dove è dunque sicuro che il giurista severiano non evocava, quanto alla disciplina dell'interesse ai frutti, l'*actio arbitraria* concessa per accertare la legittimità dell'*interdictum fraudatorium*.

5.1. Siamo così in grado di riprendere, con più documentata cognizione di causa, il problema della qualificazione dell'azione revocatoria (per revocare *alienationes*) come *in rem* (PTh. 4.6.6) oppure

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

in personam (D. 22.1.38.4), e quindi di esaminare a fondo quello inerente alla sua denominazione.

Come abbiamo visto, per diritto classico la classificazione all'interno della dicotomia gaiana tra azioni *in rem* e azioni *in personam* dipendeva dalla tecnica formulare: in particolare, l'opzione dei giuristi severiani per rileggere come *in personam* qualsiasi applicazione tanto della *Fabiana* quanto della 'revocatoria fallimentare' dipendeva con ogni probabilità dalla funzione rivestita dalla *restitutio in integrum* disposta *in iure* dal pretore, cui conseguivano le azioni rescissorie del caso.

Nel VI secolo, nondimeno, qualsiasi attività processuale in materia civile si svolge nelle forme della *cognitio*, cui è estranea la dicotomia processuale classica tra *iurisdictio* e *iudicatio*.

Ed allora, è la 'cultura processuale' della *cognitio* – in cui la *conceptio verborum* dell'antica *intentio* del processo formulare perde rilievo, tanto più dopo la fondamentale riforma di Iust. C. 7.40.3, che impone al giudice di qualificare d'ufficio tutte le vie della giustizia offerte dalle norme imperiali ed astrattamente desumibili dal contenuto sostanziale dell'atto introduttivo[72] – a connotare il contesto in cui si esprime l'*antecessor*.

L'indizio più significativo per comprendere, nella chiave appunto della *cognitio*, l'inclinazione di Teofilo, che per me è mutuata da una linea di pensiero classica, a considerare in questa specifica casistica la '*Pauliana*' come un'azione non già personale, ma reale, va forse letta, alla luce della sua lezione, nel fatto che, se essa tutela i creditori *alacriores* (non solo in sede concorsuale su tutti i beni del debitore, ma anche a seguito di *pignus praetorium*) dagli atti di di-

[72] La dottrina più recente ha superato la lettura restrittiva che si proponeva di C. 7.40.3: cfr. F. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustinianea: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nella esperienza romana*. «Atti del Seminario torinese, 4-5 dicembre 1991, in memoria di G. Provera», prefazione di Silv. Romano, Napoli, 1994, p. 205-301, in particolare 250-260; F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995-96, p. 171-98, in particolare 178 ss.; ID., *D. 39.2.24.1a e la legittimazione all''actio damni infecti'*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustinianea tra passato e futuro*. «Atti del Convegno di Modena, 21-22 maggio 1998», a cura di S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000, p. 273; R. FERCIA, *'Aliud petere' e la metafora delle ὁδοί*, in *RDR*, IV, 2004, *passim*, con letteratura.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

sposizione del *fraudator*, pur sempre per assicurarne l'effettività si dirige, come una qualunque 'altra' azione reale nella procedura *per libellos*, contro chiunque abbia poi la materiale disponibilità dei beni: se, infatti, il *fraudator* μετατέθεικε τὴν δεσποτείαν ἐπὶ τὸν λαμβάνοντα, ai suoi creditori è consentito κινεῖν τὴν IN REM non già (solo) 'κατὰ τοῦ λαμβάνοντος', cioè contro l'*accipiens*, primo avente causa dal *fraudator*, ma κατὰ τοῦ διακατέχοντος, cioè (anche) contro i subacquirenti (ovviamente di mala fede: ne parleremo a breve).

In questo quadro, l'impostazione che l'*antecessor* espone in PTh. 4.6.6 non può essere percepita come una arbitraria sovrapposizione alla 'neutralità' che, al riguardo, mostra il testo ufficiale del manuale imperiale, verosimilmente redatto, per chi condivida la tesi di Falcone[73], da Doroteo, cui si dovrebbe la stesura del quarto libro, e ciò verosimilmente perché nella 'Geistesart' bizantina doveva essere riemersa l'idea classica avversata da severiani, e cioè che l'azione *Pauliana* fosse *in rem* se diretta contro atti ad effetti reali, come nel caso che Teofilo proponeva ai suoi *dupondii*, ed *in personam* se diretta contro figure di remissione, in entrambi i casi ovviamente in frode ai creditori: molto più semplicemente, il silenzio 'ufficiale' sulla qualificazione dell'azione era ininfluente sul piano normativo, ma doveva essere colmato sul piano del messaggio didattico.

Ciò chiarito, è innegabile che le posizioni di Paolo e Teofilo siano davvero – come dice Lenel nella terza edizione dell'*Edictum perpetuum* – inconciliabili sul piano logico, ma ciò non significa che debba necessariamente dubitarsi dell'una o dell'altra[74]: l'inconciliabilità, semmai, è una conseguenza squisitamente storica, che può apprezzarsi appieno, a mio avviso, solo se si tiene conto che la 'relatività' del rescindente sta al processo formulare come la 'assolutezza' del rescissorio sta alla *cognitio* del VI secolo.

In altre parole, Paolo, che ragionava sul processo formulare, guarda, anche quando il processo è funzionale ad impugnare un'*alie-*

[73] G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano*, in *AUPA*, XLV.1, 1998, 328 ss., 355 ss., 359 ss.; F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest Translation*, Groningen, 1996, 15 ss., esclude invece la possibilità di individuare l'esatta suddivisione del lavoro tra Teofilo e Doroteo.

[74] «Man muß sich zu einem von zweien entschließen»: O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 440.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

natio, alla 'relatività' della *restitutio in integrum*, e quindi al rescindente che connotava la *causae cognitio* davanti al pretore; Teofilo, che ragionava sulla *cognitio*, guarda al risultato sostantivo del rescissorio nel quadro di un processo civile ormai monofasico. Il che, se vogliamo, non è molto distante da quanto sosteneva Lenel nella prima edizione tedesca del suo capolavoro: «Freilich zählen die Institutionen» – scriveva l'insigne Autore nel 1883, per di più collegando senza esitazioni I. 4.6.6 a Paul. D. 22.1.38.4, pur senza poter conoscere lo sch. 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, edito da Ferrini tre anni dopo – «die hier beschriebene rescissorische Klage zu den *actiones in rem*, während Paulus l. c. die *actio Pauliana* als *actio in personam* aufführt. Allein diese anscheinende Divergenz löst sich völlig befriedigend durch die Erwägung, dass unsere *actio* zwar äusserlich in dem Fall des § 6 cit. *actio in rem rescissoria* ist, ihrem innern Wesen nach aber, weil nicht contra *quemcunque possidentem* sondern nur gegen den *fraudis particeps* gerichtet, doch nur *actio in personam*»[75].

Il Maestro di Friburgo, in ultima analisi, aveva secondo me colto nel segno nella prima edizione dell'*Edictum perpetuum*.

Potrebbe allora forse stupire che, dopo la pubblicazione, nel 1886, dello scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 da parte di Ferrini, che lo leggeva dal *Parisinus Graecus 1364*, egli non abbia mai esaminato proprio la fonte che – a mio avviso in termini dirimenti – ne confermava l'intuizione[76]: era, tuttavia, il contesto scientifico a cavaliere tra l'Ottocento e il Novecento ad alimentare la diffidenza, oggi superata[77], per un testo, quale appunto la Parafrasi, di cui lo stesso Ferrini, nel 1884, aveva revocato in dubbio la stessa paternità[78], tanto

---

[75] O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1883, p. 352: l'Autore rivede drasticamente questa posizione già nell'edizione francese del 1903 (O. Lenel, *Essai*, II, cit., p. 180), per confermarla nelle successive edizioni tedesche (Leipzig, 1907[2], p. 424, e Leipzig, 1927[3], p. 440).

[76] «Die Formulirung ergibt sich aus dem Zweck der Klage fast von selbst:dieselbe war ficticisch *rescissa alienatione*. Ohne allen Zweifel ist unsere *actio* identisch mit der *actio Pauliana*, von der Paul. fr. 38 § 4 *de usur.* (22.1) berichtet»: così testualmente nell'edizione del 1883 O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., p. 352.

[77] Cfr. *Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum*. Ediderunt J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte, N. van der Wal, cit., p. xviii ss.

[78] C. Ferrini, *Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo*, in *RIL*, XVII,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

che neppure quest'ultimo – e ci collochiamo nel 1887, cioè appena un anno dopo la sua pubblicazione degli «scolii inediti allo Pseudo-Teofilo» – aveva tratto, tra i rilievi censori (in linea di principio condivisibili) mossi dalle pagine del *Filangieri* al primo volume di un coevo studio, oggi superato dalla dottrina più recente, di Enrico Serafini[79] sulla revoca degli atti in frode ai creditori in diritto romano[80], tutte le possibili implicazioni dalla preziosa citazione, puntualmente esplicitata[81], che l'*antecessor* di Costantinopoli, nel corso della sua lezione su I. 4.6.6, faceva di D. 22.1.38.4.

5.2. Giungiamo così alla messe di problemi che pone da tempo la denominazione stessa della nostra azione, su cui ora dobbiamo necessariamente soffermarci: è, infatti, molto difficile, ed anzi secondo me impossibile, sostenere che la qualificazione deonomastica della revocatoria che si riscontra in PTh. 4.6.6 e nei suoi *scholia* sia correlabile – come è possibile per la *Fabiana* – al *nomen* un pretore.

Una considerazione preliminare: se Teofilo avesse avuto consapevolezza di una siffatta derivazione, non si vede per quale ragione non avrebbe dovuto palesarla ai suoi *dupondii*, come fa per la *Publiciana*: quando nel testo ufficiale del manuale leggiamo, al riguardo,

---

1884, p. 891 ss., ed ora in *Opere di C. Ferrini*, I, *Studi di diritto romano bizantino*, a cura di V. Arangio-Ruiz, prefazione di P. Bonfante, Milano, 1929, p. 26 ss.

[79] E. Serafini, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, I, *L'azione del primo editto*, Pisa, 1887, p. 79 ss., il quale sosteneva che Teofilo avesse frainteso I. 4.6.6 giacché il Manuale imperiale si riferirebbe all'azione per la revoca degli atti di disposizione posti in essere dopo la *missio* (corrispondente all'editto di D. 42.8.1pr.: cfr. a p. 105 ss.), laddove la parafrasi evocherebbe il rimedio per atti ad essa antecedenti, vale a dire l'*actio in factum* offerta dall'editto (considerato sostanzialmente classico) in D. 42.8.10pr. (cfr. anche Id., *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, I, *L'azione del secondo editto (actio Pauliana)*, Pisa, 1889, p. 1 ss.).

[80] C. Ferrini, *Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore*, già in *Filangieri*, XII, 1887.1, p. 27 ss., ed ora in *Opere di C. Ferrini*, III, *Studi vari di diritto romano e moderno*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, p. 315 ss., in particolare p. 332 ss.: egli escludeva che Teofilo avesse frainteso I. 4.6.6, e identificava la *Pauliana*, intesa come terminologia delle scuole orientali non riscontrabile neppure nel testo ufficiale di D. 22.1.38.4 in base allo scolio Ἐντεῦθεν a B. 23.3.38 = D. 22.1.38 che deriva, come vedremo, dall'*index* di Stefano, con l'azione promessa nell'editto di D. 42.1.8pr.

[81] C. Ferrini, *Scolii*, cit., p. 211 e nt. 6.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

'*quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est*' (I. 4.6.4), l'*antecessor* fedelmente parafrasa λέγεται δὲ αὕτη IN REM PUBLICIANH, ἐπειδὴ πρῶτος PUBLICIOS PRAETOR ταύτην ἐπενόησεν (PTh. 4.6.4).

Nulla di tutto ciò per la *Pauliana*: Teofilo ci dice solo che è stata introdotta dal pretore, ma non da un pretore identificato, che come il pretore Publicio 'passi alla storia' per la sua innovazione edittale.

In sostanza, né il testo ufficiale delle Istituzioni né l'*antecessor* che lo illustra riconducono l'azione ad un pretore di nome *Paulus*[82], che per di più, come si osservava in apertura, non è neppure – come normalmente avviene per ascrivere la paternità dei più significativi svolgimenti normativi, nel *ius civile* come nel *ius honorarium* – un *nomen*, vale a dire un gentilizio, ma semmai in linea di principio un *cognomen*, od al limite un *agnomen*; né mi pare, poi, dimostrabile – a tentare un'avventura prosopografica tra i pretori successivi al fondamentale spartiacque costituito per l'azione esecutiva dalla pretura di Publio Rutilio Rufo – che possa trattarsi del pretore del 53 a.C. L. Aemilius (Lepidus) Paullus[83], ricordato da Cicerone nella *pro Milone*[84].

Secondo me, qualsiasi tentativo di polarizzare l'indagine sui pretori tardorepubblicani è destinato all'insuccesso.

Volgendo quindi la nostra attenzione alle principali fonti bizantine a nostra disposizione, il quadro che emerge – come esattamente evidenziava Collinet[85], pur non potendosi condividere integralmente

---

[82] Così ad esempio P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*[6], Paris, 1918, p. 436 s.

[83] Cfr. di recente G. GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischen Recht*, Göttingen, 2003, p. 62 ss., in particolare p. 65.

[84] Cic. *Mil.* 9.24: *P. Clodius cum statuisset omni scelere in praetura vexare rem publicam, videretque ita tracta esse comitia anno superiore, ut non multos mensis praeturam gerere posset, – qui non honoris gradum spectaret, ut ceteri, sed et L. Paulum conlegam effugere vellet, singulari virtute civem, et annum integrum ad dilacerandam rem publicam quaereret, – subito reliquit annum suum, seseque in annum proximum transtulit: non (ut fit) religione aliqua, sed ut haberet, quod ipse dicebat, ad praeturam gerendam, hoc est, ad evertendam rem publicam, plenum annum atque integrum*. Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York, 1952, p. 228 e 431.

[85] P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 190 ss.; i risultati di questa ricerca sono riproposti in ID., *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

le conclusioni cui l'insigne Studioso perveniva – in ordine alle occorrenze della denominazione dell'azione come '*Pauliana*' sono limitate – in disparte ovviamente gli *scholia* sinora esaminati, rimasti estranei alla sua ricerca – alla Parafrasi di Teofilo ed all'*index* di Stefano.

E difatti, in B. 9.8 = D. 42.8, cioè il titolo che, nelle due compilazioni, disciplina la revocazione degli atti – genericamente intesi – in frode ai creditori, tale qualificazione è assente, né al riguardo mi pare utile il testo di B. 9.8.1[86], che reca la parafrasi dell'editto di D. 42.8.1pr., dove la οὐτιλία ἀγωγή non è, a rigore, neppure la *Pauliana*[87], ma il risultato (di qui, secondo me, la terminologia che riscontriamo) della sua estensione (tutta giustinianea) al *fraudator*; essa, poi, non trova alcun riscontro né in B. 23.3.38 = D. 22.1.38[88],

---

Justininien, Paris, 1947, p. 466 ss., dove l'Autore perveniva alla conclusione per cui l'azione *in factum* di D. 22.1.38.4 era personale e revocatoria, da distinguersi però da quella di PTh. 4.6.6, reale e rescissoria (*ivi*, p. 473), il che è peraltro incompatibile con lo sch. 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, non esaminato.

[86] B. 9.8.1 = D. 42.8.1: Λέγει ὁ πραίτωρ· εἰ πρὸς περιγραφὴν πραχθῇ τι πρὸς τὸν οὐκ ἀγνοήσαντα, ὁ κουράτωρ τῆς οὐσάς ἢ ᾧ προσήκει καὶ κατ' αὐτοῦ ἀγωγὴν ἔξει οὐτίλιαν ἐντὸς ἐνιαυτοῦ, ἐν ᾧ ἠδύνατο κινεῖν, καὶ κατὰ τοῦ περιγράψαντος. Ἡ δὲ περιγραφὴ ἐπὶ πάσης ποιεῖται ἐκποιήσεως ἢ συναλλάγματος, εἴτε πρᾶγμα ἐξεποίησεν εἴτε ἀποχῇ ἢ συμφώνῳ τινὰ ἠλευθέρωσεν. Traduco: «Dice il pretore: se per frode sia posto in essere un atto destinato a produrre effetti nella sfera di chi non lo ignori, il curatore del patrimonio o chi vi abbia interesse avrà azione utile sia contro l'avente causa sia contro il *fraudator* entro un anno da quando avrebbe potuto essere instaurata. La frode s'intende in qualsiasi atto ad effetti tanto reali quanto obbligatori, che abbia trasferito beni o che abbia liberato qualcuno per *acceptilatio* o per *pactum*» (Scheltema, A II, 509). Solo occorre evidenziare che il ricordo del *curator bonorum* in D. 42.8.1 (e quindi in B. 9.8.1), in quanto palesemente incompatibile con Iust. C. 7.72.10, che si proietta sul regime dei rimedi revocatori come chiarisce lo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, è dovuto semplicemente all'*antiquitatis reverentia*, né dimostra che nel VI secolo tale figura, travolta dalla *cognitio*, fosse ancora una parte legittimata all'azione come ritiene S. Solazzi, *La revoca*, II, cit., p. 16 ss., e non piuttosto una delle figure professionali operanti nella τάξις del giudice.

[87] Cfr. O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 440, nt. 2.

[88] B. 23.3.38 = D. 22.1.38: Paúlu. Καὶ ἐπὶ τῶν προσωπικῶν ἀγωγῶν ἀπαιτοῦνται καρποί, ὡς ὅταν ἀγρὸς ἐν προικὶ δοθῇ καὶ μὴ γένωνται οἱ γάμοι· κἂν γὰρ ἡ γυνὴ ἐνεπόδισεν, ὅμως ὁ ἀνὴρ οὓς ἔλαβεν ἐλπιζομένων τῶν γάμων ἀποδίδωσι καὶ τοὺς μετὰ ταῦτα, εἰ γέγονεν ἐν τῷ πράγματι ὑπέρθεσις· οὐ δύναται ὁ μνηστὴρ ἀμελεῖν τοῦ ἀγροῦ. Καὶ ὁ μὴ χρεωστῶν καταβαλὼν ἀγρὸν ἢ θανάτου αἰτίᾳ

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

dove le azioni considerate nel § 38.4 sono ἡ Φαβιανὴ καὶ ἡ ἴμφακτος[89], né nel relativo scolio 1 Ἐντεῦθεν[90], che il *Manuale Basi-*

δωρησάμενος ἀπαιτεῖ καρπούς, καὶ ἡ Φαβιανὴ καὶ ἡ ἴμφακτος ἡ τὰ πρὸς περιγραφὴν ἐκποιηθήντα τῶν δανειστῶν ἀνακαλουμένη. Τὸ ῥῆμα τῆς ἀποκαταστάσεως καὶ καρποὺς σημαίνει καὶ ἐπὶ τῆς περὶ βίας παραγγελίας. Καὶ ὁ κατὰ φόβον παραδεδωκὼς πρᾶγμα οὐ δοκεῖ λαμβάνειν αὐτό, εἰ μὴ καὶ τοὺς καρποὺς λάβῃ, καὶ οὐ ζημιοῦται ἐκ τῆς οἰκίας ὑπερθέσεως. Ἡ ἐξτιπουλάτου οὐκ ἀπὸ ὑπερθέσεως, ἀλλὰ μετὰ προκάταρξιν ἀπαιτεῖ. Ἡ ἐξ ἔμπτο ἀπαιτεῖ <καρπούς>· καὶ ἐπὶ τῆς κοινωνίας κοινοποιοῦνται. Ἐὰν τῆς δεσποτείας οὔσης ἐμῆς φυσικὴν ἀπαιτῶ νομήν, ὡς ἐπὶ παραθήκης καὶ τοῦ ἐν χρήσει δοθέντος, λαμβάνω καρπούς. Καὶ ἐπὶ τοῦ βίᾳ ἢ λάθρα καρποὶ καὶ πᾶν πρᾶγμα ἀποκαθίσταται. Εἰ δὲ καὶ ὑπερθεμένου σου διελέσθαι τὸν ἀγρὸν ἐγὼ γεωργήσω, μεριζόμεθα τοὺς καρποὺς ἐξαιρουμένης τῆς δαπάνης. Καὶ ἐπὶ τῶν λοιπῶν καλῇ πίστει ἀγωγῶν πάντες οἱ καρποὶ δίδονται (Scheltema, A III, 1127). Traduco: «Di Paolo. Anche nelle azioni personali si domandano i frutti, come nel caso in cui un fondo sia costituito in dote, e non abbia fatto seguito il matrimonio. Per quanto, infatti, sia stata la donna a rendere impossibili le nozze, nondimeno l'uomo deve restituire i frutti percepiti quando le nozze erano attese, ed anche quelli percepiti dopo, se vi è stata mora: il promesso sposo non può trascurare il fondo. Anche chi trasferisce indebitamente un fondo, o chi lo abbia donato *mortis causa*, pretende i frutti, così come l'azione *Fabiana*, l'azione *in factum* con la quale sono revocate le alienazioni in frode ai creditori. La parola 'restituzione' comprende anche i frutti anche nell'interdetto *unde vi*. Parimenti, chi aliena un bene per estorsione non s'intende recuperarlo se non consegua i frutti, né può nuocergli il suo indugio. L'azione *ex stipulatu* richiede i frutti non dal giorno della mora, ma da quello della *litis contestatio*. L'azione *ex empto* pretende i frutti; e nella *societas* devono essere divisi per quote. Se, avendo io il diritto di proprietà, domando la *possessio naturalis*, come nel deposito e nel comodato, mi spettano i frutti. Anche nell'interdetto *quod vi aut clam* devono restituirsi i frutti ed ogni accessorio. Ma anche se hai trascurato l'azione divisoria per un fondo, ed io lo abbia coltivato, divideremo i frutti dedotte le spese. Anche negli altri giudizi di buona fede devono darsi tutti i frutti».

[89] Scheltema, A III, 1127, *lin*. 9-10.

[90] Sch. 1 Ἐντεῦθεν a B. 23.3.38 = D. 22.1.38: Ἐντεῦθεν γενικῆς ἄρχεται θεωρίας ὁ Παῦλος ζητῶν, πότε διὰ τῆς περσοναλίας ἀπαιτοῦνται καρποί· καὶ ὅρα, τί φησιν. Ἐάν τις ἀγρον ἐπ' ἐλπίδι γάμου παράσχῃ καὶ τοῦ γάμου μὴ παρακολουθήσαντος ῥεπετιτευθῇ ὁ ἀγρός, οὗς μὲν ἔλαβε καρποὺς κατὰ τὸν καιρόν, καθ' ὃν ἠλπίζετο προβαίνειν ὁ γάμος, ἀποδίδωσι πάντως ὁ ἐναγόμενος· οὐ μὴν τοὺς μετὰ διάλυσιν τῆς μνηστείας ληφθέντας, πλὴν εἰ μὴ μόρα παρακολουθήσῃ. Εἰ δὲ καὶ παρ' αἰτίαν τῆς γυναικὸς γέγονε τὸ μὴ προβῆναι τὸν γάμον, καὶ οὕτως συναποκαθίστησι τῷ ἀγρῷ τοὺς καρπούς. Εἶτα καὶ λογισμὸν ὅρα, ὃν ἐπάγει τοῦ ἀπαιτεῖσθαι τοὺς καρπούς. Φησὶ γάρ· εἰ μὴ περὶ τῶν καρπῶν ἐμεθοδεύετο, ἐξῆν αὐτῷ ἀμελῆσαι τοῦ ἀγροῦ καὶ χείρονα τοῦτον ποιῆσαι. Εἰ δὲ καί τις ἀγρὸν ἐνδεβίτως κατέβαλεν ἢ μόρτις καῦσα ἐδωρήσατο καὶ γνοὺς τὴν πλάνην ἢ ἀσφήλας

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

licorum[91] riconduce all'*index* di Stefano, dove l'*antecessor* beritense[92], parafrasando appunto il § 38.4 del terzo libro della *tripertita legum dispositio*, chiariva che la disciplina processuale dell'interesse ai frutti, punto di partenza dell'intero ragionamento del giurista classico, si applica καὶ ἐπὶ τῆς Φαβιανῆς καὶ ἐπὶ τῆς ἰμφάκτου, così da

τῆς νόσου ἐρεπετίτευσε τὸν ἀγρόν, ἀπαιτεῖ καὶ τοὺς καρπούς. Τὸ αὐτό ἐστι καὶ ἐπὶ τῆς Φαβιανῆς καὶ ἐπὶ τῆς ἰμφάκτου. Ἔχει δὲ τὴν μὲν Φαβιανὴν ὁ πάτρων κατὰ τῶν ἀγορασάντων πρᾶγμα πρὸς περιγραφὴν αὐτοῦ παρὰ τοῦ ἀπελευθέρου, τὴν δὲ ἴμφακτον πᾶς δανειστὴς κατὰ τῶν σχόντων πρᾶγμα πρὸς περιγραφὴν αὐτοῦ παρὰ τοῦ δεβίτορος ἐκποιηθέν· καὶ γὰρ ἐπὶ τῆς Φαβιανῆς καὶ ἐπὶ τῆς ἰμφάκτου δίδωσιν ὁ πραίτωρ ἀποκατάστασιν καὶ τοῖς δανειστα῀ς, ὥστε δοκεῖν τὸν ἀπελεύθερον ἢ τὸν δεβίτορα τὴν ἀρχὴν μηδὲ ἐκποιῆσαι τὸ πρᾶγμα. Ῥεπετιτεύοντες γὰρ ὁ πάτρων καὶ ὁ δανειστὴς τὸ πρὸς περιγραφὴν αὐτῶν ἐκποιηθὲν ἀπαιτοῦσι καὶ τοὺς γενομένους καρπούς. Καὶ τοῦτο μάλιστα ἐξ αὐτῶν ἔστι τῶν τοῦ πραίτωρος ῥημάτων μαθεῖν· εἰπὼν γὰρ ὁ πραίτωρ ἀποκατάστασιν καὶ τῷ ῥεστιτόρις χρησάμενος ῥήματι καὶ αὐτοὺς περιεῖλε τοὺς καρποὺς. Καὶ γὰρ καὶ ἐπὶ τοῦ οὐνδεβὶ ἰντερδίκτου διὰ τοῦ ῥεστιτόρις ῥήματος ἀνάγκην ἔχει καὶ τοὺς καρποὺς καὶ τὸ πρᾶγμα ἀποκαταστῆσαι τῷ ἐκβληθέντι βίᾳ τῆς νομῆς ὁ ἐξελάσας αὐτόν (Scheltema, B IV, 1681 s.). Traduco: «Da qui Paolo avvia una trattazione generale domandandosi quando si possano chiedere i frutti in un'azione personale: vediamo cosa dice. Se uno trasferisce un fondo in vista delle nozze, e poi ne domandi la restituzione non essendo seguito il matrimonio, il convenuto deve restituire integralmente i frutti percepiti in attesa delle nozze, non anche quelli percepiti dopo il venir meno degli sponsali, salvo vi sia stata mora. Nondimeno, anche se dipende da colpa della donna che non sia stato celebrato il matrimonio, anche in questo caso deve restituire i frutti del fondo. Considera la logica per cui dice che i frutti non sono dovuti: dice, infatti, che se non fosse possibile citarlo in giudizio per i frutti, gli sarebbe consentito trascurare il fondo e renderlo peggiore. Anche se uno ha trasferito indebitamente un fondo, o lo ha donato *mortis causa*, ed accortosi dell'errore, oppure guarito, ne chieda la restituzione, domanda anche i frutti. È lo stesso anche nell'azione *Fabiana* e nell'azione *in factum*. La *Fabiana* spetta al patrono contro chi abbia acquistato beni dal liberto in sua frode; l'azione *in factum* spetta ad ogni creditore contro chi possiede un bene alienato in frode a costoro. E difatti, nella *Fabiana* e nell'azione *in factum* il pretore accorda la restituzione ai creditori come se nulla fosse stato alienato dal liberto o dal debitore. Invero, il patrono ed il creditore che domandino il bene alienato in frode a costoro chiedono anche i frutti percepiti. Il che si desume dalle stesse parole del pretore: infatti, nel momento in cui il pretore parla di restituzione, ricomprende automaticamente anche i frutti. E difatti, anche nell'interdetto *unde vi*, con la parola restituzione, il *vi deiector* deve restituire al *vi deiectus* tanto il bene quanto i frutti».

[91] Hb. VI, p. 281.

[92] Cfr. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 41 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

riferirsi appunto all'azione revocatoria come ad un'azione '*in factum*' (e non come '*Pauliana*') per ben tre volte[93].

Neppure lo scolio 13 Κυρίλλου[94], non riconducibile all'insegnamento[95], offre alcuno spunto in tal senso, giacché i due rimedi citati nel § 38.4 sono invariabilmente ἡ Φαβιανὴ καὶ ἡ ἴμφακτος.

Viepiù, né B. 2.3.173.1 = D. 50.17.173.1[96] né lo scolio 1 κἂν μὴ τοῦτο ῥητῶς[97] – materiali secondo me tardi, giacché il testo del Digesto, riferibile come abbiamo visto agli interdetti restitutori, viene ricondotto, con un periodare difficoltoso assai lontano dalla chiarezza degli *antecessores*, non più alla *lex*, ma alla manifestazione di volontà negoziale – prospettano alcuna connessione con D. 22.1.38.4, come ci saremmo attesi se davvero D. 50.17.1731.1 fosse stata intesa a Bisanzio come la sua *lex gemina*: in sostanza, le fonti bizantine non correlano mai D. 22.1.38.4 a D. 50.17.173.1 e viceversa.

E dunque, come avevamo anticipato in apertura rinviando al prosieguo della nostra ricerca l'individuazione degli argomenti che dimostrano l'inattendibilità del riferimento alla *Pauliana* in D. 22.1.38.4, la denominazione dell'azione risultante dal testo ufficiale

---

[93] Scheltema, B IV, 1682, *lin*. 6, 8, e 10.

[94] Sch. 13 Κυρίλλου a B. 23.3.38 = D. 22.1.388: Κυρίλλου. Ἡ Φαβιανὴ καὶ ἡ ἴμφακτος, δι᾽ ἧς ἀνασχίζεται τὰ κατὰ περιγραφὴν τῶν δανειστῶν ἐκποιηθέντα, καὶ τὸ οὐνδεβὶ ἰντέρδικτον καὶ ἡ μέτους καῦσα καρποῦς ἀπαιτεῖ, κἂν ὁ ἄκτωρ μόραν ποιήσῃ (Scheltema, B IV, 1683). Traduco: «Di Cirillo. La *Fabiana* e l'azione *in factum* con la quale sono revocate le alienazioni in frode ai creditori nonché l'interdetto *unde vi* e l'azione *metus causa* consentono di domandare i frutti anche qualora l'attore versi in mora».

[95] Cfr. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 47.

[96] B. 2.3.173.1 = D. 50.17.173.1: Τῷ τῆς ἀποκαταστάσεως ῥήματι καὶ καρποὶ περιέχονται, κἂν μὴ τοῦτο ῥητῶς ἐκφωνηθῇ (Scheltema, A I, 64, *lin*. 2-3). Traduco: «Nel termine '*restitutio*' rientrano anche i frutti, anche se ciò non è stato espressamente dichiarato».

[97] Sch. 1 κἂν μὴ τοῦτο ῥητῶς a B. 2.3.173.1 = D. 50.17.173.1: Ἀποκαθιστῶν ἀγρόν, εἰ καὶ περὶ τῶν καρπῶν μὴ εἴπῃ, ὅμως καὶ αὐτοὺς ἀποκαθίστησιν· εἰ μὴ ῥητῶς εἴπῃ, χωρὶς αἱρέσεως καρπῶν (Scheltema, B I, 21, *lin*. 12-13). Traduco: «Il soggetto che deve restituire un fondo deve comunque restituire i frutti quand'anche nulla abbia detto al riguardo: a meno che non l'abbia detto 'espressamente', non ha la possibilità di trattenerli». Lo scolio è adespota per il *Manuale Basilicorum* (Hb. VI, p. 337).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

del Digesto, alla luce dell'*index* di Stefano, doveva essere proprio '*in factum*', così da giustificare perché Paolo sentisse la necessità di esplicitarne la funzione, come del resto si ricava – lo abbiamo visto – anche da Diocl. et Max. C. 7.75.5, vale a dire la costituzione imperiale epiclassica che lo scolio 3 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 pone appunto in connessione con la nostra azione.

In questo quadro, sul piano della critica testuale su D. 22.1.38.4 a mio avviso coglieva nel segno, sia pure solo nei suoi assunti di fondo, la soluzione prospettata da Collinet[98], secondo il quale il tratto dell'*index* di Stefano conservato dallo scolio Ἐντεῦθεν – come indirettamente conferma anche il testo di B. 23.3.38 e la parafrasi di Cirillo – presuppone un testo ufficiale del Digesto cui era estranea la lezione '*Pauliana*', e che conservava verosimilmente il dettato genuino dell'*ad Plautium* paolino; per converso, aggiungerei, la citazione di Teofilo risultante dallo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, trattandosi solo di una connessione esplicitata (secondo me a memoria) durante una lezione, non è idonea a dimostrare quale terminologia leggesse l'*antecessor* di Costantinopoli nelle copie ufficiali del Digesto che certamente poteva consultare, tanto più ove si consideri che, come abbiamo già rilevato, egli verosimilmente doveva avere in mente non tanto il testo confluito nel Digesto, ma quello dell'*ad Plautium* adoperato in sede didattica prima della *Omnem*, dove si doveva leggere non già *restituas*, ma appunto *restituam*.

Da questo punto di vista, in sostanza, non v'è alcun 'conflitto' tra l'informazione che ci proviene dallo scolio Ἐντευθεν a B. 22.1.38 e quella offertaci dallo scolio ἔξεστι a PTh. 4.6.6.

Una volta escluso, peraltro, che il deonomastico della concorde tradizione manoscritta occidentale sia frutto di un'alterazione giustinianea (così come pregiustinianea)[99], mi pare difficile ipotizzare che

[98] P. Collinet, *L'origine*, cit., p. 194 ss., seguito da X. d'Ors, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clasico*, Roma-Madrid, 1974, p. 47 ss., in particolare p. 54; E. Albertario, *A proposito della denominazione dell''actio Pauliana'*, in *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, p. 525 ss., evidenziava l'indipendente coincidenza del risultato di fondo cui perveniva Collinet con quanto sosteneva C.E. Ferrini, *Di una nuova teoria*, cit., p. 315 ss.

[99] Pensavano, per varie vie, ad un glossema pregiustinianeo rientrato nel testo S. Solazzi, *La revoca*, I, cit., p. 85 ss.; G. Impallomeni, *Studi*, cit., p. 1 s. e n t. 1; H. Ankum, *De Geschiedenis*, cit., p. 63.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

la lezione '*Pauliana*' in luogo di '*in factum*' in D. 22.1.38.4 consegua ad un glossema contenuto nell'antigrafo da cui è derivata la *Florentina* – da cui a sua volta deriverebbe, quanto meno sul punto, la *Vulgata*[100] – in ipotesi occasionato dal fatto che il frammento glossato era proprio di Paolo[101]: semmai, è uno dei copisti cui dobbiamo la *Florentina*, difficilmente privo di competenze tecniche trattandosi di copiatura di un testo giuridico, ad aver proceduto ad una vera e propria correzione erronea[102], che ha dato luogo alla sostituzione, secondo me per dettato interiore più che per deliberata scelta, dell'espressione '*in factum*' che si trovava nel suo antigrafo – verosimilmente una delle copie ufficiali del Digesto messe a disposizione dalla cancelleria imperiale per trarne apografi ad uso privato[103] – con l'espressione '*Pauliana*'.

In sostanza, il copista della *Florentina* cui si deve D. 22.1.38.4 legge '*in factum*' nel suo autorevole antigrafo, ma nell'apografo a noi pervenuto scrive '*Pauliana*', cioè la revocatoria 'di Paolo' per antonomasia, fors'anche condizionato dal fatto che leggeva il nome del

---

[100] Che la *Florentina* sia alla base della *Vulgata*, sia pure nell'alveo di una tradizione manoscritta le cui divergenze impongono di escluderne la derivazione diretta, è dato acquisito alla scienza: cfr. per tutti E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'Alto Medio Evo*, Roma, 1995, p. 380 ss., con letteratura.

[101] P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 194.

[102] Quel che G. PASQUALI, *Storia della tradizione e critica del testo*[2], Firenze, 1952 (rist.[2] : 1971), p. 481, a proposito dei cori di Eschilo vale anche per la redazione della *Florentina*: «dovunque il copista intendeva o s'immaginava d'intendere, egli mutava inconsciamente, seminconsciamente, consciamente». Su questi problemi, cfr. anche A. TRAINA, G. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*[6], a cura di C. Marangoni, Bologna, 1998, p. 309 ss.

[103] Che la *Florentina* provenga da Costantinopoli è già idea esposta da Theodor Mommsen nella *praefatio* all'*editio maior* del Digesto (a p. XXXIX s.), oggi ampiamente avvalorata dal noto contributo di E.A.L. LOWE, *Greek Symptons in a sixth Century Manuscripts of St. Augustine and in a Group of Latin Legal Manuscriptis*, in *Paleographical Papers 1907-1965*, II, Oxford, 1972, p. 466 ss. (già in *Didascaliae. Studies in Honor of A.M. Albareda*, New York, 1961). Sul punto, cfr. M.C. VICARIO, *Il manoscritto Laurenziano delle 'Pandette': appunti per una ricognizione codicologica*, in *Iustiniani Augusti Codex Florentinus*, cit., p. 11 ss., in particolare p. 13 e 18 s.; cfr. ancora E. CORTESE, *Il diritto*, I, cit., p. 107 s. e nt. 21; per la sua storia testuale nei percorsi degli Umanisti, cfr. ancora ID., *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il Basso Medio Evo*, Roma, 1995, p. 466 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

giurista severiano nell'*inscriptio*; più ampiamente, però, questa espressione doveva essergli del tutto familiare in quanto comunemente adoperata nell'insegnamento degli *antecessores* tanto a Costantinopoli, come dimostrano la parafrasi teofilina ed i suoi *scholia*, quanto a Berito, come ulteriormente dimostra – ce ne occuperemo adesso – lo scolio οὐ μόνος a B. 60.5.36, anch'esso proveniente, in base al *Manuale Basilicorum*[104], dall'*index* di Stefano[105].

In questa parafrasi – nella quale Stefano non qualifica l'azione né come *in rem* né, come riteneva Collinet, come *in personam*[106],

[104] Hb. VI, p. 245.

[105] Sch. 1 Οὐ μόνος a B. 60.5.36 = D. 9.4.36: Οὐ μόνος ὁ ἀσφαλῶς δεσπόζων τοῦ ἁμαρτήσαντος οἰκέτου ἐνάγεται ὑπὲρ αὐτοῦ τῇ νοξαλίᾳ, ἀλλὰ καὶ ὁ μέλλων ἀπολλύειν τὴν ἐπ᾽ αὐτῷ δεσποτείαν καὶ ὁ σαθρῶς αὐτὸν κτησάμενος. Οἷον ἠνεχύρασέ τις τὸν ἴδιον δοῦλον καὶ ὑπέκλεψεν αὐτὸν παρὰ τοῦ δανειστοῦ καὶ πέπρακεν ἑτέρῳ. Οὗτος ὁ ἠγορακώς, ἐπεὶ ὅλως δεσπότης αὐτοῦ γέγονεν, ἐνάγεται ὑπὲρ αὐτοῦ τῇ νοξαλίᾳ καίτοι μὴ ἀσφαλῶς τὴν ἐπ᾽ αὐτῷ δεσποτείαν κτησάμενος· μέλλει γὰρ ὁ δανειστὴς κινεῖν κατ᾽ αὐτοῦ τὴν Σερβιανὴν καὶ ἀφαιρεῖσθαι τὸν οἰκέτην ὡς ὑποκείμενον. Εἰ δὲ καὶ ἐλάττων τῶν κε΄. ἐνιαυτῶν πωλήσει τὸν ἴδιον οἰκέτην ἡμαρτηκότα, ἐνάγεται ὁ ἀγοράσας αὐτὸν τῇ νοξαλιᾳ, εἰ καὶ μέλλει ὁ νέος ἀποκατάστασιν αἰτεῖν καὶ ἀνατρέπειν τὴν πρᾶσιν ὡς περιγραφείς. Εἰ δὲ καὶ ὁ χρεώστης INFRÁDEM CREDITÓRUM ἐπώλησε τὸν ἴδιον οἰκέτην ἡμαρτηκότα, ἐνάγεται ὁ ἀγοράσας αὐτὸν τῇ νοξαλίᾳ, εἰ καὶ μέλλει ἐνάγεσθαι περὶ αὐτοῦ τοῦ δούλου ὑπὸ τῶν δανειστῶν τῇ Παυλιανῇ ἀγωγῇ. Ἁπλῶς γὰρ οὐκ ἐμποδίζει τῇ νοξαλιᾳ τὸ μέλλειν ἀφαιρεῖσθαι παρά τινος τὴν δεσποτείαν τοῦ οἰκέτου, ἀλλ᾽ ἐὰν ὅλως σήμερον δεσπότης ἐστίν, ἐνάγεται τῇ νοξαλίᾳ, εἰ καὶ μὴ διαμένει δεσπότης αὐτοῦ (Scheltema, B VIII, 3225 s.). Traduco: «Non solo colui che ha la proprietà stabile di un servo colpevole risponde per lui con l'azione nossale, ma anche colui il quale è destinato a perderla, nonché comunque chi ne abbia la disponibilità per un titolo instabile. Ad esempio, uno vincola il suo servo in pegno e poi lo ruba al creditore e lo vende ad un terzo. Il compratore, in quanto proprietario, è responsabile con l'azione nossale, pur non avendone ottenuto compiutamente la proprietà, giacché il creditore può citarlo con la *Serviana*, ed ottenere il servo in quanto vincolato. Ma anche se un minore di venticinque anni ha venduto il proprio servo colpevole il compratore risponde con l'azione nossale, nonostante il minore, una volta richiesta la *restitutio in integrum* come raggirato, possa caducare la vendita. Parimenti se il debitore ha venduto il suo servo colpevole in frode ai creditori il compratore risponde con l'azione nossale, quantunque i creditori possano agire per quel servo con l'azione *Pauliana*. In poche parole, non è ostativa all'azione nossale il fatto che la proprietà del servo possa essere pretesa vittoriosamente da un terzo: chi è oggi proprietario risponde con l'azione nossale, per quanto non possa rimanere tale».

[106] P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 199.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

tanto più ove si consideri che anch'egli esaminava un caso in cui la *Pauliana* era diretta contro un atto ad effetti reali – dell'*antecessor* beritense, inerente a Ulp. D. 9.4.36, un frammento verosimilmente alquanto compresso dai commissari imperiali[107], leggiamo che, se il debitore aliena il proprio servo autore di un *delictum*, l'avente causa può essere citato in giudizio con l'azione nossale, quantunque i creditori del dante causa (i creditori muniti di titolo esecutivo: per diritto classico il *curator bonorum*) possano comunque insorgere τῇ Παυλιανῇ ἀγωγῇ[108] a difesa dell'integrità della propria garanzia patrimoniale: se, dunque, davvero il testo ufficiale di D. 22.1.38.4 avesse contenuto l'espressione '*Pauliana*', al limite perché derivato dal testimone dell'*ad Plautium* adoperato per la compilazione, non si vedrebbe per quale singolare ragione Stefano, che evoca senza difficoltà proprio questa azione a proposito di un testo, D. 9.4.36, la cui compressione aveva sostanzialmente eliminato del tutto una più ampia discussione sulla possibilità di chiedere la *restitutio in integrum ob fraudem* in un caso particolare, non avrebbe dovuto menzionarla come tale anche nel tratto del suo *index* di D. 22.1.38, testimoniato dallo scolio Ἐντεῦθεν.

V'è poi un ulteriore dato che conferma questa lettura.

E difatti il nostro *antecessor*, nell'esaminare D. 22.1.38.4 nei termini conservatici dallo scolio Ἐντεῦθεν, segue fedelmente il *verbum legis* del Digesto e, proprio perché da un lato non vi leggeva l'espressione '*Pauliana*', dall'altro ben sapeva che Paolo discuteva di *actiones in personam*, neppure si sogna di mettere in discussione la voce verbale *restituas*, che noi abbiamo corretto nell'originario *restituam* in ipotesi noto a Teofilo direttamente dall'*ad Plautium*, sicché l'unica lettura possibile della norma imperiale consisteva nel riferire il passo non già alla *Pauliana* delle scuole bizantine, ma all'*interdictum fraudatorium*, cioè in ultima analisi ad un'*actio utilis ex causa in-*

[107] Ulp. 37 *ad ed*. D. 9.4.36: *Si quis servum pigneratum, deinde a debitore subreptum emerit a debitore, nomine eius furti tenebitur dominio servi adquisito, nec oberit, quod Serviana potest ei homo avocari. idemque et si a minore quis viginti quinque annis emerit vel in fraudem creditorum sciens: hi enim, quamvis auferri eis dominium possit, interim tamen conveniendi sunt*.

[108] Scheltema, B VIII, 3226, *lin*. 3.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

terdicti che agevolmente era qualificabile come *actio in personam*[109], tant'è vero che, per meglio chiarire il complessivo ragionamento, egli sente la necessità di prospettare un ben preciso parallelismo – lo stesso considerato da Cirillo, nonché dal *textus* di B. 23.3.38 – con l'*unde vi*, operato in ultima analisi saldando in un unico discorso i §§ 38.4 e 38.5 di D. 22.1, in conseguenza dell'*et ideo* che si legge, a sutura di natura emblematica, nell'*incipit* di quest'ultimo frammento.

Stefano, pertanto, collegava D. 22.1.38.4 non già all'azione rescissoria esperibile come 'incidente di esecuzione' dai creditori *alacriores* muniti di giudicato a fronte di alienazioni in loro danno, come innegabilmente faceva Teofilo[110] alla luce dello sch. 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, ma ad un'*actio in factum* esito di un interdetto classico che, però, sempre a seguire Teofilo, era semmai la tutela spettante ai creditori tardivi (quando, cioè, la procedura esecutiva era già terminata) dopo Iust. C. 7.72.10.2.

Siamo di fronte, in sostanza, ad un'operazione di 'interpretazione letterale' da parte dell'*antecessor* beritense della norma imperiale contenuta in D. 22.1.38.4, nel cui 'dispositivo', però, il (ricordo del) rescindente classico evocato da Paolo pur sempre conviveva forzosamente, secondo me per un normale errore di copiatura, con la terminologia che connota gli interdetti restitutori: quantunque a Stefano di certo non sfuggisse l'anomalia che, in questa prospettiva, fi-

[109] È l'esito giustinianeo – nella *cognitio* gli interdetti sono azioni *utiles*: I. 4.15.8 – della logica classica che comminava all'intimato *in iure* per l'emanazione di un interdetto le stesse sanzioni per l'*indefensio* applicabili alle *actiones in personam*, non senza rilevare altresì come *in personam* fosse l'*actio arbitraria* normalmente adoperata per il controllo di legittimità degli interdetti restitutori ed esibitori (cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 347).

[110] Il confronto tra lo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 e lo scolio 1 Ἐντεῦθεν a B. 23.3.38 mostra come, su D. 22.1.38.4, l'*index* di Stefano non dipenda – come tendenzialmente può riconoscersi: K.E. ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, *Aus und zu den Quellen des römischen Recht*, in *ZSS*, X, 1889, p. 270 ss., in particolare p. 274 – da quello di Teofilo, che in ipotesi avrebbe di certo letto l'*actio in factum* non già come *interdictum fraudatorium*, ma come *actio Pauliana*, non senza evidenziare come Stefano, non ricordato nella *Omnem*, scriva in un momento più avanzato dell'esperienza giustinianea (cfr. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 41), mentre la lezione di Teofilo su I. 4.6.6 è sicuramente del 533/534, sicché l'*antecessor* prospettava uno dei primi 'risvolti sistematici' della riforma dell'azione esecutiva disposta con C. 7.72.10.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

nisce per emergere nel passo, giacché, come abbiamo sottolineato, un *interdictum* '*Fabianum*' parallelo al *fraudatorium* non esiste, è del tutto ovvio che l'*antecessor* leggesse il *restituas* del testo ufficiale del Digesto in connessione con D. 42.8.10pr., dove è riportata la promessa del *fraduatorium*, constatandone l'assenza in D. 42.8.1pr., dove egli però leggeva non già '*in integrum restituam*', ma il relativo risultato nella *cognitio*, e cioè quell'*actionem dabo* che per Teofilo era appunto la *Pauliana*.

In questo quadro, la contraddizione in cui sembra cadere Stefano quando identifica l'*actio in factum* di cui parlava il giurista classico non già con la *Pauliana* di Teofilo, cioè l'azione revocatoria 'principale' spettante ai creditori *alacriores* per ottenere la revocazione delle alienazioni in frode alla loro garanzia patrimoniale (D. 42.8.1pr.), come tale 'gemella' appunto della *Fabiana*, ma con l'*interdictum fraudatorium*, cioè la tutela (D. 42.8.10pr.) spettante ai creditori tardivi contemplati da Iust. C. 7.72.10.2, è solo apparente e si spiega secondo me tenendo conto che la sua lezione si colloca diversi anni dopo[111] quella svolta da Teofilo nel 533/534, quando verosimilmente i tre rimedi analiticamente distinti da quest'ultimo (che, lo ribadisco, secondo me citava a memoria D. 22.1.38.4 avendo in mente non tanto il Digesto, ma il libro VI dell'*ad Plautium* paolino della didattica antecedente alla *Omnem*) dovevano in un certo qual modo essersi tendenzialmente allineati in conseguenza del progressivo impatto di Iust. C. 7.40.3 sulla *cognitio*, che imponeva al giudice giustinianeo di qualificare d'ufficio l'azione in termini sostanziali ed a prescindere dalla formalità dell'*editio*, nonché di considerare dedotti tutti i rimedi astrattamente previsti dalla legge per il raggiungimento della tutela piena ed effettiva invocata dall'attore.

In questo quadro, dunque, a me pare metodologicamente inaccettabile domandarsi se abbia colto nel segno Teofilo oppure Stefano.

Ad un siffatto interrogativo non v'è *a priori* una risposta sensata, dovendosi semmai storicizzare le due prospettive alla luce del fatto che Teofilo, che secondo me nella lezione su I. 4.6.6 citava a memoria D. 22.1.38.4 ricordando però, in base alla sua esperienza didat-

[111] Cfr. ancora N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 41.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

tica, il testo originale dell'*ad Plautium*, era stato uno dei commissari imperiali, sicché nelle sue lezioni egli non è solo l'interprete, nei limiti in cui ciò sia ammissibile per epoca giustinianea, ma anche uno dei redattori del testo ufficiale del Digesto, laddove Stefano, che opera in un momento recenziore, ne è solo un autorevole interprete: ne consegue che, se Teofilo vede in D. 22.1.38.4 un richiamo non già all'*interdictum fraudatorium*, ma appunto alla *Pauliana*, per di più tenendo ben distinti, a livello 'sistematico', i vari rimedi offerti dal Digesto, è evidente che siamo di fronte ad una testimonianza tecnica 'de principe' più affidabile, per la nostra ricostruzione, di quella di un altro *antecessor* che non ha insegnato prima della *Omnem*, dalla quale non è ricordato, e che pur sempre lavora sulle norme imperiali senza essere mai stato coinvolto nella loro complessa stesura, e che dunque si sforza di tradurle in una fedele lettura che non ne contraddica in alcun modo il 'dispositivo'.

In quest'ordine di idee, riterrei pressoché sicuro sia che il ricorso all'espressione '*Pauliana*' per individuare l'azione 'revocatoria fallimentare' dei *prudentes* fosse ampiamente in uso nella didattica orientale ben prima dei fondamentali svolgimenti normativi che hanno condotto alla redazione del Codice, del Digesto e delle Istituzioni, sia che essa fosse estranea al complessivo dettato delle norme imperiali, compreso quello di D. 22.1.38.4, in quanto ignota alla terminologia classica, che la evocava *tout court* come un'azione rescissoria '*in factum*' in quanto da plasmarsi di volta in volta in ragione dell'atteggiarsi del caso concreto sia *sub specie* dell'atto di disposizione integratosi, sia della necessità di domandare la *restitutio in integrum* anche nella sfera di eventuali subacquirenti di mala fede.

Un'alternativa a questa interpretazione ci imporrebbe di congetturare – ma sarebbe davvero un'ipotesi 'ai confini della realtà' – che il testo ufficiale del Digesto di cui disponeva Teofilo a Constantinopoli fosse diverso, su D. 22.1.38.4, da quello a disposizione di Stefano a Berito: esclusa questa davvero remota possibilità, per me l'unica via filologicamente possibile è quella aperta da Collinet, non scalfita in alcun modo dai rilievi di Solazzi[112], non senza sottolineare,

[112] Autorevolmente avallati da V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, cit., p. 146, nt. 1 (della pagina precedente), ma fondati in sostanza sul sospetto della tradizione testuale delle stesse fonti grecoloquenti: S. Solazzi, *La revoca*, I, cit., p. 85 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

conclusivamente, come la lezione di Teofilo, se per così dire 'deroga' al testo di I. 4.6.6, cioè l'oggetto principale della sua azione didattica, dove della *Pauliana* non v'è neppure l'ombra, *a fortiori* 'deroga' anche a quello di D. 22.1.38.4, nonché comunque di C. 7.75.5.

In ultima analisi, nel testo ufficiale dell'intero complesso delle norme imperiali l'espressione '*Pauliana*' non figurava mai.

Nondimeno, la forza della tradizione didattica precedente alla *Omnem* ne ha imposto, per così dire, una 'vita parallela': se, dunque, la lezione di Stefano su D. 22.1.38.4, svolta nella scuola di Berito per i *Papinianistae*, risultava perfettamente coerente con il testo ufficiale del Digesto, quella di Teofilo su I. 4.6.6, svolta diversi anni prima, e segnatamente nel 533/534, nella scuola di Costantinopoli per i suoi *dupondii* faceva uso di una terminologia consolidata più che altro per un'essenziale finalità didattica, che consentiva di accostare efficacemente l'azione *Pauliana*, in quanto azione *ficticia*, alla *Publiciana* ed alla rivendica *rescissa usucapione* dando contestualmente atto della connessione normativa del manuale imperiale, sullo sfondo di Iust. C. 7.72.10, con Paul. D. 22.1.38.4, Diocl. et Max. C. 7.75.5 e Iust. C. 8.21.1 risultanti dagli *scholia*.

Parlare a lezione di *actio Pauliana* non era percepito come andare '*contra legem*' proprio perché l'espressione era inesistente nelle norme imperiali, tanto che Stefano, come abbiamo visto, ne fa uso con riferimento a D. 9.4.36 per tratteggiare in modo esaustivo il significato della chiusa del frammento: più che altro, a me pare che la *Pauliana* sia evocata essenzialmente a proposito di testi che, nella loro potenziale cripticità, la ignorano – I. 4.6.6, D. 9.4.36, C. 7.75.5 ed a questo punto anche D. 22.1.38.4 se coglie nel segno la ricostruzione sinora proposta – proprio per renderne immediatamente percepibile il portato precettivo, nonché per tenerla ben distinta dall'*actio in factum* di D. 42.8.10pr., cioè la trasformazione in *actio utilis* dell'*interdictum fraudatorium* che il pretore poteva dare *causa cognita* anche *si scientia non sit*.

In questa chiave, essa è più che altro una risorsa didattica: uno strumento esplicativo di testi complessi, redatti ufficialmente nel prisma, anche terminologico, dell'*antiquitatis reverentia*.

La sua fortuna nel nostro consolidato linguaggio curiale ispirato alla tradizione culturale e pratica del *Corpus iuris* si deve, dunque, ad un'alterazione introdottasi nei manoscritti – la *littera Florentina*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

come la *littera Bononiensis* – che avevano consegnato all'Italia ed all'Occidente il Digesto in una redazione diversa, per quanto concerne D. 22.1.38.4, da quella ufficiale di Costantinopoli.

6. Sorge a questo punto un ulteriore problema.

Se la denominazione *Pauliana* non evoca il ricordo di un pretore repubblicano chiamato *Paulus*, per quale arcana ragione le scuole orientali se ne avvalevano costantemente, finanche dopo che l'intero progetto normativo giustinianeo si era compiuto senza mai ricorrere a questa espressione?

Con ogni probabilità – ed anche su questo aspetto mi pare ragionevole, sia pure solo nei suoi assunti di fondo, il risultato cui perveniva Collinet[113] – essa va collegata, nel linguaggio tecnico del VI secolo, proprio al nome del giurista severiano, come mostra *Omnem*, 1 e 5, dove si evoca l'importanza formativa dei '*Pauliana responsa*', cioè i *responsa* del *prudentissimus Paulus*, all'interno della riforma dell'insegnamento.

Possiamo, però, muovere dalla linea tracciata da Collinet per suggerire un'ulteriore ipotesi.

Non escluderei affatto, cioè, che la denominazione '*Pauliana*' – intesa come il deonomastico che la *Omnem* riconduceva a Paolo – si fosse affermata nella didattica orientale perché la *formula* dell'azione rescissoria che conseguiva alla *restitutio in integrum* per frode ai creditori doveva essere compiutamente esaminata nel *liber singularis* che il giurista severiano aveva dedicato alle *conceptiones formularum*, vale a dire il *de actionibus liber singularis*, noto con questo titolo[114] solo tramite l'*Index Florentinus* e verosimilmente coincidente con il *de conceptione formularum liber singularis*[115] da cui, però, i commissari imperiali hanno escerpito un solo frammento (a meno che non si

[113] P. Collinet, *L'origine*, cit., p. 195 s.

[114] Che ovviamente nulla ha a che vedere con il *De actionibus* edito da F. Sitzia, *'De actionibus'. Edizione e commento*, Milano, 1973, opera formatasi per aggiunte successive dopo il 476 d.C. (*ivi*, p. 81 ss.) e destinata essenzialmente non già alle scuole, ma alla pratica (*ivi*, 123 ss.), da cui esula del tutto l'azione esecutiva.

[115] Cfr. per tutti G. Cossa, *Iulius Paulus. Libri singulares*, I, in *SiR*, XVII, Roma-Bristol, 2022, p. 41 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

ritenga riconducibile ad essa anche il *fragmentum de formula Fabiana* poc'anzi esaminato), conservato da D. 44.1.20.

Se la sinapsi coglie nel segno, l'azione revocatoria dei *prudentes* può aver assunto la denominazione di '*Pauliana*' non già per epoca classica, ma appunto nella didattica postclassica orientale, e dunque a ricordo non già di un pretore repubblicano, ma di un autorevolissimo interprete dell'*edictum perpetuum*, cioè appunto Paolo, che doveva averne commentato la *conceptio verborum* in modo particolarmente efficace ed esaustivo non solo nei libri *ad edictum*, ma anche, e soprattutto, proprio nel *de conceptione formularum liber singularis*: sarebbe allora in questa logica del tutto peculiare che rileggerei – ma senza riporre eccessiva fiducia in un testo tanto problematico, come di recente si è rilevato[116] – una delle *veteres glossae verborum iuris quae passim in Basilicis reperiuntur* raccolte nel Cinquecento dall'umanista francese Charles Labbé, oggi consultabili nel *Thesaurus juris Romani* curato nel Settecento da Everard Otto[117], e segnatamente quella contenente la spiegazione tecnica del lemma Ἰνρὲμ Παυλιανή[118] – che

[116] M. PEDONE, *Intorno ad alcune voci di lessicografia giuridica romea*, in *TSDP*, XIII, 2020, *passim*.

[117] E. OTTO, *Thesaurus juris Romani continens rariora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur; itemque classicis aliisque auctoribus haud raro lumen accenditur*, III, editio secunda auctior et emendatior, Trajecti ad Rhenum, 1733, col. 1740 (reperibile *on line* alla fonte *https://books.google.it/*).

[118] Ne trascrivo integralmente il testo: Ἰνρὲμ Παυλιανὴ διδομένη τοῖς δανεισταῖς ἐκποιεῖν τὰ ἐνέχυρα. Αὕτη ἐπενοήθη παρὰ Παύλου τοῦ νομικοῦ. δίδοται γὰρ κατὰ τῶν χρεωστῶν ἐκποιεῖν τὰ ἐνέχυρα εἰδότος τοῦ δανειστοῦ. οὐ δοκεῖ γὰρ ὁ δανειστὴς συναινεῖν ἐὰν μὴ εἰδότος αὐτοῦ πωλήσῃ ὁ χρεώστης τὸ ἐνέχυρον εἰ μὴ ὑπέγραψεν τὸ ὠνιακόν. δίδοται δὲ κατὰ τοῦ φραυδάτωρος ἤγουν τοῦ ὑποστερητοῦ. ἐντὸς δὲ ἐνιαυτοῦ ἀποκαθίστησι τὸ πρᾶγμα μετὰ τῶν οἰκείων τόκων καὶ καρπῶν, οὕς ἠδύνατο λαβεῖν ὁ φραυδάτωρ, ὁμολογουμένων τῶν ἀναγκαίων δαπανημάτων. μετὰ δὲ ἐνιαυτὸν εἰς τὸ περιελθὸν καταδικάζεται. καὶ κατὰ κληρονόμου δίδοται εἰς τὸ περιελθὸν ἢ εἰς εἴ τι ἐκέρδησαν. Per P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 201, «la glose est en un tel état d'incorrection qu'elle est intraduisible» (il che è vero, ma mi pare più che altro un indice sintomatico di inaffidabilità della fonte). Ci proviamo: «Azione *Pauliana in rem*: data ai creditori per alienare i pegni. Questa è stata così denominata da Paolo il giureconsulto. È data, infatti, contro i debitori per alienare i pegni con il consenso del creditore. Non s'intende, per l'appunto, prestare consenso il creditore ove il debitore alieni il pegno a sua insaputa,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

per Collinet[119] altro non sarebbe se non uno scolio ai Basilici non considerato dagli Heimbach – dove si legge διδομένη τοῖς δανεισταῖς ἐκποιεῖν τὰ ἐνέχυρα. Αὕτη ἐπενοήθη παρὰ Παύλου τοῦ νομικοῦ.

Qualunque idea si abbia dell'attendibilità delle *veteres glossae Labbaei*, a me non pare irragionevole supporre, anche sulla scorta di questa testimonianza, che dal naufragio pressoché totale del *liber singularis* paolino sulle *conceptiones verborum* processuali, tenuto sì presente nei propositi originari dei commissari imperiali come dimostra l'*Index Florentinus*, ma poi sostanzialmente accantonato – di pari passo con la compressione di tutti i commenti *ad formulam* contenuti nei *libri ad edictum* ed espunti dal Digesto salvo che in Paul. D. 47.2.42pr. come esattamente evidenzia Mantovani[120] – in quanto la tecnica formulare che vi era discussa doveva essere percepita come ormai troppo lontana dalla *cognitio*, si sarebbe salvata, accanto a D. 44.1.20, soltanto un''ombra terminologica' conservata dalle tracce giunte sino a noi delle lezioni di Teofilo e di Stefano.

I commissari imperiali, a questo punto, avrebbero trascritto nel terzo libro della *tripertita legum dispositio* un testo – sicuramente adoperato nella didattica antecedente alla *Omnem* e per questa via

---

se non abbia sottoscritto l'atto che comprova la vendita [B. 25.8.8]. È data poi contro il *fraudator*, cioè chi si sia spogliato del bene [B. 9.8.1]. Entro l'anno, restituisce il bene con i parti ed i frutti che il *fraudator* avrebbe potuto percepire, detratte le spese necessarie; dopo l'anno è condannato nei limiti di quanto pervenuto. Ed è data altresì contro l'erede nei limiti di quanto pervenuto o comunque dell'arricchimento [B. 9.8.10.24-25]». Letta in questi termini, la glossa mi pare una sorta di arrovellato e tecnicamente assai impreciso (la stessa idea per cui la *Pauliana* possa essere solo *in rem* è di per sé inesatta) 'centone giuridico' costruito con materiali tratti in modo scoordinato e difficilmente consapevole da PTh. 4.6.6 e da alcuni testi del titolo B. 9.8 = D. 42.8 (fra l'altro ὑποστερητής, alla lettera il «deprivato», se è corretta la lezione non disponendosi di apparato critico, mi pare lemma ignoto tanto a *LSJ* quanto a J. Signes Codoner, J.D. Rodríguez Martín, F.J. Andrés Santos, *Diccionario jurídico bizantino griego-español*, Granada, 2019, sicché traduco muovendo dalla voce verbale στερέω): se essa fosse affidabile, concorrerebbe a dimostrare la congettura esposta in testo.

[119] P. Collinet, *L'origine*, cit., p. 198 ss., in particolare p. 201 s.; dubitava di questa testimonianza O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 440, nt. 2; con riferimento ad altro lemma, vi ripone un certo affidamento F. Sitzia, *'De actionibus'*, cit., p. 107.

[120] D. Mantovani, *Le formule*, cit., p. 22 e nt. 20.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

ben noto agli *antecessores* coinvolti nel progetto – che conservava il dettato classico, alterato per correzione erronea dal copista cui dobbiamo D. 22.1.38.4 nella *Florentina*: se ciò è vero, Teofilo e Stefano registrerebbero l'eco di un modo di esprimersi per loro in fin dei conti aproblematico sul piano del rispetto del *verbum legis* in quanto da tempo consolidato nella didattica orientale, ma tendenzialmente recessivo – le attestazioni sono innegabilmente pochissime – nella 'Geistesart' bizantina successiva al 533/534 vuoi perché in fin dei conti estraneo al testo ufficiale delle norme imperiali, vuoi perché tale rimedio non poteva più essere, se non per i nostalgici della didattica antecedente alla *Omnem*, la revocatoria 'di Paolo' per antonomasia – come tale distinta dalla *Fabiana*, cioè la revocatoria dell'*edictum Fabianum* – una volta che il suo *liber singularis*, pur programmaticamente tenuto presente dai commissari imperiali in quanto opera sicuramente centrale nell'esperienza orientale pregiustinianea, era stato accantonato finanche per l'appunto ai fini della compilazione del titolo D. 42.8 *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*.

E veniamo così – mi si perdonerà la temeraria iniziativa – alla 'congettura delle congetture'.

In questo quadro, in cui l'alterazione di D. 22.1.38.4 non sembra dovuta neppure ai commissari imperiali, ma alla correzione erronea di un copista della *Florentina*, non escluderei neppure che la testimonianza di PTh. 4.6.6 in ordine alla *conceptio verborum* formulare dell'azione offerta al *curator bonorum*, con specifico riferimento alla costruzione della *fictio* esposta ai *dupondii* per il caso ritenuto utile a fini didattici, cioè una *traditio* traslativa in frode ai creditori, attingesse a piene mani proprio all'ormai perduto *liber singularis* di Paolo che Teofilo, anche per via dell'insegnamento tenuto anni prima delle grandi compilazioni, doveva conoscere alla perfezione.

7. Qualunque idea si abbia in merito alle congetture sinora suggerite, i risultati cui siamo pervenuti ci inducono comunque a dubitare di una soluzione comunemente accolta[121], e cioè l'idea secondo la quale l'*actio Pauliana* sarebbe il risultato di un sincretismo, avve-

[121] Per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

nuto al più tardi nel VI secolo, tra la *restitutio in integrum ob fraudem* del diritto classico – cioè il decreto del pretore funzionale a concedere al *curator bonorum* la conseguente *actio in factum* rescissoria, costruita come *arbitraria* e *ficticia*, che si deve leggere nel sostrato classico di Paul. D. 22.1.38.4 – e l'*interdictum fraudatorium*, vale a dire l'interdetto restitutorio offerto ai singoli creditori ancora insoddisfatti dopo la *venditio*: la prima, nella *cognitio* giustinianea, rappresenterebbe un *iudicium rescindens* da correlarsi al secondo inteso come *iudicium rescissorium*, esattamente, per intenderci, come la *querela inofficiosi testamenti* costituisce, in quel medesimo contesto, un rescindente correlato alla *petitio hereditatis*.

Questa 'fusione' è prospettata da Lenel come una sorta di 'postulato'[122], che tuttavia non appare coerente con i dati che emergono dalle fonti bizantine: ritengo che si possa suggerire una ricostruzione alternativa.

I due editti, conservati con significative alterazioni rispetto al dettato classico rispettivamente in D. 42.8.1pr. = B. 9.8.1 ed in D. 42.8.10pr. = B. 9.8.10pr., disciplinavano semmai, tanto per diritto classico quanto per diritto giustinianeo, due fattispecie differenti: nel contesto classico del processo formulare, il primo regolava la tutela offerta al *curator bonorum* in funzione della ricostituzione dell'asse patrimoniale da mettere all'asta, mentre il secondo consentiva ai singoli creditori rimasti totalmente o parzialmente insoddisfatti dopo la *bonorum venditio*[123] di ottenere la *restitutio* di ulteriori eventuali beni distratti dal debitore; nel contesto bizantino della *cognitio*, che deve tener conto delle riforme giustinianee del 531-532 incidenti sulla procedura esecutiva, il primo riguardava l'incidente di esecuzione esperibile dai creditori muniti di un giudicato favorevole immessi a tale titolo dal giudice nel possesso dei beni del debitore, mentre il secondo assicurava analoga tutela ai creditori che potevano soltanto intervenirvi giacché privi di titolo esecutivo, nonché, dopo la chiusura della procedura esecutiva, a quelli tardivi.

[122] O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 440.

[123] O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 496; ad una posizione estrema perveniva invece X. d'Ors, *El interdicto*, cit., 47 ss., che negava la classicità della *restitutio in integrum ob fraudem* e la conseguente *actio in factum*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Occorre dunque adesso procedere all'esame di quanto ci resta dei *verba edicti*.

Con riferimento all'editto sulla *restitutio in integrum ob fraudem*, concessa al *curator bonorum*, viene in rilievo la testimonianza, già più volte ricordata, di

> Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.1pr.*: Ait praetor: 'quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum* [*vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit,*] *intra annum, quo experiundi potestas fuerit,* [*actionem dabo*] <*in integrum restituam*>. [*idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo'*].

Il *verba edicti* sono fortemente rimaneggiati come esattamente evidenzia Lenel[124]; né la ricostruzione che ho tentato qui di proporre, più che altro per avere un'idea sufficientemente chiara della promessa edittale, supera l'innegabile *inconcinnitas* complessiva delle loro 'rovine testuali'.

La soluzione proposta da Lenel, nondimeno, non è pienamente persuasiva.

Se, infatti, coglie a mio avviso nel segno l'idea secondo la quale l'editto avrebbe contenuto di necessità solo la promessa della *restitutio in integrum*[125], non anche l'(inutile) esplicita promessa di un *iudicium* rescissorio – da plasmarsi di volta in volta in ragione delle peculiarità del caso – qualora la controversia con l'avente causa dal *fraudator* non fosse definita (come doveva spesso accadere) direttamente *in iure*, essa è comunque da rapportarsi, anche alla luce della connessione indicataci dallo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, a quel *restituam* che, intervenendo sul testo, abbiamo intravisto nel dettato classico di Paul. D. 22.1.38.4, il cui complessivo ragionamento non ha nulla a che vedere, per chi valorizzi gli *scholia* alla parafrasi teofilina, con l'editto sull'*interdictum fraudatorium*[126].

---

[124] O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 436.

[125] O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 436; per «*in integrum restituam*», che restituisco aderendo a quanto suggeriva – in armonia, sul punto, con la tesi di Lenel – G. Impallomeni, *Studi*, cit., p. 31 ss., cfr. Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.6.1.1; Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.6.26.9.

[126] O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 499 e nt. 1.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Con questa (non secondaria) precisazione, è invece certamente plausibile che, come riteneva Lenel, il nostro editto contenesse – lo dicevamo poc'anzi – solo la promessa di una *restitutio*, non accompagnata, cioè, da quella di un *iudicium*, da ritenersi semplicemente l'ovvia conseguenza del decreto rescindente[127], prodromico alla concessione, ove necessaria, di una *formula ficticia* rescissoria contenente la clausola connotata come di consueto dal periodo ipotetico dell'irrealtà e testimoniata dalla lezione teofilina, per la quale l'*antecessor*, come abbiamo ipotizzato, avrebbe forse attinto ad una copia di quel *de conceptione formularum liber singularis* di Paolo programmaticamente destinato anch'esso alla compilazione del Digesto e poi sostanzialmente accantonato salvo la testimonianza di D. 44.1.20.

L'indeterminatezza in senso soggettivo della formulazione della promessa edittale, che non esplicita chi sia il dante causa abbracciando in senso ampio *quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit*, consentiva al *curator bonorum*, come già abbiamo ricordato, di esperire le azioni rescissorie conseguenti alla *restitutio in integrum ob fraudem* con qualsiasi soggetto – non solo, dunque, il primo avente causa, ma anche i subacquirenti – cui sia riferibile il *fraudationis causa negotia gerere*, purché versasse nel *consilium fraudis* che, con ogni probabilità, non doveva essere dimostrato – lo abbiamo visto in Diocl. et Max. D. 7.75.5 – qualora l'atto di disposizione fosse a titolo gratuito, secondo me perché in tal caso il difetto funzionale di scambio doveva essere inteso come insormontabile indice sintomatico di frode.

Deve poi ritenersi sicuramente emblematica sia la riconduzione della legittimazione attiva non più al *curator bonorum*, che nel VI secolo era al più un componente della τάξις del giudice e solo per questo rimasto nel testo, ma ai creditori muniti di un giudicato ad essi favorevole, sia l'equiparazione dell'avente causa *qui fraudem non ignoraverit* a '*ipse qui fraudem fecit*', che secondo me è il frutto di un'integrazione voluta dai commissari imperiali – escluderei un'alterazione pregiustinianea, meno che mai se ipotizzata come un glossema rientrato nel testo – che hanno svolto idealmente, operando

[127] «Alle conseguenti azioni rescissorie» – scrive esattamente M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659 – «sono soggetti sia l'acquirente dal *fraudator*, che gli acquirenti successivi, purché di mala fede».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

vice sacra, l'ufficio di pretore inserendo una frase assente nel tenore originale dei *verba edicti*[128], funzionale a chiamare direttamente in causa un soggetto divenuto pur sempre *infamis* in esito *ex lege* alla procedura esecutiva avviata *ab iudiciali sententia* dagli *alacriores*, il quale non solo non ha proceduto alla *cessio bonorum*[129], ma ha per di più occultato beni sottraendoli con la complicità del proprio avente causa alla garanzia patrimoniale di creditori privi di garanzie reali.

L'interpolazione, in sostanza, era funzionale acquisire al quadro processuale anche la 'malvagità intenzionale' del *fraudator* nella più ampia logica soggettivistica che connota l'idea giustinianea del dolo[130].

La trasformazione, poi, della promessa di *restitutio in integrum* in un singolare '*actionem dabo*', di certo ignoto al linguaggio edittale, è semplicemente il frutto sin troppo scontato di un adattamento testuale che si spiega perfettamente tenendo conto del fatto che nella *cognitio* del VI secolo la *restitutio in integrum* è, come sappiamo, di necessità assorbita all'interno di un'*actio* veicolata dalla (reciproca) notificazione dei *libelli*, così da porsi semplicemente come antecedente logico – è appunto il *iudicium rescindens* della tradizione romanistica – della statuizione finale attinente al rescissorio: '*actionem dabo*', dunque, è la *Pauliana* di Teofilo, vale a dire l'incidente di esecuzione nelle forme della *cognitio* davanti al giudice 'dell'esecuzione' giustinianeo, che riassume in sé, come già abbiamo notato, la fun-

[128] Mi discosto qui dalle varie tesi, riassunte da G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., p. 40 ss., e dallo stesso Impallomeni (*ivi*, p. 43 ss.), che tendono per varie vie a riferire gli effetti della *restitutio in integrum* alla sfera del *fraudator*.

[129] Se, infatti, il debitore evita l'*infamia* (Iust. C. 7.71.8pr.: cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 794) solo con la *cessio bonorum*, *a fortiori* deve rispondere direttamente per le alienazioni in frode ai creditori: siamo alle origini dell'idea che condurrà al litisconsorzio necessario tra creditore, debitore ed avente causa *ex* artt. 2901 cod.civ. e 102 cod. proc. civ.

[130] Cfr. G. ROTONDI, *'Dolus ex delicto' e 'dolus ex contractu'*, in *Scritti giuridici*, II, a cura di E. Albertario, Milano, 1922, p. 371 ss.; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle 'obligationes' e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, p. 83 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustinianea e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1977, p. 12 ss.; G. FALCONE, *Il metodo*, cit., p. 342 s. e nt. 302.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

zione del pretore quando 'annulla' l'atto di disposizione, e quella del giudice formulare quando provvede sul rescissorio.

Passiamo così all'editto sull'*interdictum fraudatorium* – restitutorio e di carattere penale[131] – dato entro l'anno dalla *bonorum venditio*[132] al singolo creditore insoddisfatto dopo la chiusura della procedura esecutiva.

Al riguardo, occorre esaminare

> Ulp. 73 *ad ed*. D. 42.8.10pr.: *Ait praetor: 'quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de* [*ea re*] *agitur, fecit: ea illis,* [*si*] <*quos*> *eo nomine, quo de agitur,* [*actio ei*] *ex edicto meo* [*competere*] <*in possessionem ire*> *esseve oportet,* [*ei,*] *si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit,* [*in factum actionem permittam'*] <*interdicam'*>.

Con riferimento a questo frammento, pur concordando in linea di principio con le correzioni suggerite da Lenel[133], nonché da Impallomeni specie per la chiusa[134], dissento parzialmente – lo si è più volte ribadito – dalla ricostruzione del primo per quanto concerne la possibilità di rapportare il *restituas* che connota l'ordine del pretore al testo di Paul. D. 22.1.38.4, come del resto faceva anche Stefano, ma diversi anni dopo il magistero di Teofilo, nello scolio 1 Ἐντεῦθεν a B. 23.3.38 = D. 22.1.38 pur di non 'tradire' il *verbum legis* imperiale, ove si consideri che in D. 42.8.10pr. le due espressioni *restituas* (classica) e *in factum actionem permittam* (interpolata) rappresentano nel VI secolo il 'dispositivo' della norma imperiale che giustifica l'alternativa esposta nella seconda parte dello scolio 2 ἔξε-

[131] M. Talamanca, *Istituzioni*, cit., p. 659.

[132] H. Ankum, *'Interdictum fraudatorium'*, cit., p. 784.

[133] O. Lenel, *EP*[3], cit., p. 495 ss.; lo segue D. Mantovani, *Le formule*, cit., p. 89; sostanzialmente nella medesima prospettiva anche X. d'Ors, *El interdicto*, cit., p. 68 ss. e 105 ss., per il quale l'unico rimedio classico sarebbe stato appunto l'*interdictum fraudatorium*.

[134] G. Impallomeni, *Studi*, cit., p. 63 ss.: per '*interdicam*' come *verbum* edittale, cfr. Ulp. D. 43.14.1; Ulp. D. 43.20.1.29; Ulp. D. 43.20.1.37; Ulp. D. 43.22.1; Ulp. D. 43.23.1.15.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

στι a PTh. 4.6.6, proveniente dalla lezione di uno dei Compilatori all'indomani della pubblicazione del Digesto: ne consegue non solo che la *Pauliana* di Teofilo – cioè l'*actio in factum* revocatoria che i classici davano al *curator bonorum* – non coincide affatto con l'*actio arbitraria* classica offerta per il controllo di legittimità dell'*interdictum*[135], ma altresì che il ragionamento di Venuleio[136] contenuto in D. 42.8.25.4 di sicuro non dimostra che la clausola restitutoria ivi contenuta fosse *concepta* in modo da essere espressamente estesa ai frutti[137], trattandosi semmai dell'esito dell'*interpretatio* alle consuete parole '*nisi ea res arbitrio iudicis restituetur*' che connotano la *conceptio verborum* di qualsiasi *actio arbitraria* intesa come *modestior via* per l'accertamento di conformità all'editto di un qualsiasi interdetto restitutorio.

Il passo di Venuleio, semmai, mostra come l'*interpretatio* classica ai *verba edicti* ed alle conseguenti *formulae* fosse funzionale ad allineare il risultato sostantivo – inteso, ovviamente, *sub specie* della *litis aestimatio* che si riversava nella *condemnatio* pecuniaria – dell'azione offerta al *curator bonorum*, cui si riferiscono Paul. D. 22.1.38.4 e Diocl. et Max. C. 7.75.5 citati da Teofilo, alla tutela interdittale, vista nel suo complessivo svolgimento e dunque anche nella prospettiva dell'*actio arbitraria*, a disposizione dei singoli creditori rimasti insoddisfatti dopo la *bonorum venditio*: la loro tutela, in ultima analisi, passava (solo) per l'*interdictum fraudatorium*, in via diretta come in via utile, la cui *conceptio verborum* risulta polarizzata direttamente al rescissorio, con una sorta di giudizio di 'prognosi postuma' rispetto all'*in possessionem ire esseve oportet*, proprio perché la procedura esecutiva si era già conclusa con la *bonorum venditio*, così da privare di efficacia l'eventuale *restitutio in integrum ob fraudem* già concessa al *curator* stesso.

---

[135] O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 498 s.

[136] Ven. 7 *interd*. D. 42.8.25.4: *Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent, quia in bonis fraudatoris fuerunt, item eos, qui post inchoatum iudicium recepti sint: medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire. item partum ancillae per fraudem alienatae medio tempore editum in restitutionem non venire, quia in bonis non fuerit*.

[137] O. LENEL, *EP*[3], cit., p. 499.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

In altre parole, il pretore emana l'interdetto in favore del creditore tardivo rispetto alla *bonorum venditio*, o comunque rimasto anche parzialmente insoddisfatto, se gli dimostra che, ove avesse tempestivamente coltivato le proprie ragioni nella procedura esecutiva ormai chiusa, sarebbe stato a suo tempo cointeressato alla *missio* insieme con gli altri creditori già pagati in percentuale dal *bonorum emptor*.

E dunque, parafrasando lo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, che – come dicevamo – raccoglie con ogni probabilità un chiarimento reso da Teofilo durante la lezione, nella logica della *cognitio* i creditori diversi dagli *alacriores*, cioè i meno diligenti rispetto al processo esecutivo, legittimati alla sola 'Nebenintervention' di Iust. C. 7.72.10.1, possono richiamare all'attivo le *res corporales* distratte dal *fraudator*, nei termini previsti appunto da D. 42.8.10pr., con l'azione *in factum* (creata da un'alterazione dei commissari imperiali), oppure, ove abbiano trascurato del tutto le proprie azioni, e dunque ove risultino tardivi come previsto da quella stessa costituzione al § 10.2 perché la procedura esecutiva è già chiusa, con l'*interdictum fraudatorium* (cioè il rimedio classico), inteso ovviamente come *actio utilis ex causa interdicti*.

In quest'ordine di idee, per diritto classico la promessa edittale offriva ai creditori insoddisfatti dopo la *bonorum venditio* l'*interdictum fraudatorium*, che poteva essere altresì concesso, *causa cognita*, anche a prescindere dal *consilium fraudis* dell'avente causa[138], e dunque in via *utilis*: i commissari imperiali modificano la chiusa del frammento che conserva i *verba edicti* e trasformano questa particolare applicazione dell'*interdictum fraudatorium* in un'*actio in factum* – come tale presentata in B. 9.8.10pr. = D. 42.8.10pr.[139] – che rappresentava, come risulta appunto bene dallo scolio 2 ἔξεστι a PTh.

[138] D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 89 e nt. 435.

[139] B. 9.8.10pr. = D. 42.8.10pr.: Λέγει ὁ πραίτωρ· ὅσα τις διὰ βλάβην δανειστῶν εἰδότος σου μετὰ σοῦ ἔπραξεν, εἰ μὴ παρῆλθεν ἐνιαυτὸς οὐτίλιος, ἀποκατάστησον. Ἐσθ᾽ ὅτε δέ, κἂν μὴ ἔγνως, ὑπόκεισαι ἰμφάκτουμ ἀγωγῇ (Scheltema, A II, 510, *lin.* 21-23). Traduco: «Dice il pretore: reintegra quanto sia fatto in danno dei creditori con il tuo concorso, salvo il decorso l'anno utile. A seconda del caso, sarai citato con un'azione *in factum* anche se non ne eri a conoscenza».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

4.6.6, una via parimenti 'speciale' della giustizia, cioè quella tracciata da Iust. C. 7.72.10.1, in quanto percorribile, a differenza degli *alacriores* che agivano con la *Pauliana* per aver iniziato l'azione esecutiva *ab iudiciali sententia*, da creditori non muniti di un giudicato, ma pur sempre in pendenza della procedura esecutiva.

In sostanza, anche qui i commissari imperiali hanno svolto idealmente, operando *vice sacra*, l'antico ufficio del pretore, modificando l'editto con l'introduzione di un '*in factum actionem permittam*' che, nella loro visione (certamente ancora processuale) dell'ordinamento, era appunto un'*actio in factum ex causa interdicti*, sostitutiva dell'*interdictum* classico dato in via utile, per il quale il pretore, con ogni probabilità, diceva solamente '*interdicam*': se ciò è vero, in questa *actio in factum*, rimedio dato ai creditori intervenuti *in executivis* che si affianca alla *Pauliana* esperibile *bonis possessis* dagli *alacriores* cui si deve l'iniziativa, il giudice giustinianeo, cui era devoluta in ultima analisi la *causae cognitio* che il diritto classico riservava al pretore, poteva prescindere dal *consilium fraudis* nell'ambito di una parentesi processuale in cui pur sempre doveva accertare l'intero quadro fattuale, a partire dalle ragioni di credito (vantate non *ab iudiciali sententia*) e sino al pregiudizio ad esse (se sussistenti) cagionato da atti di disposizione del debitore.

In questo quadro, l'*interdictum fraudatorium* diretto conserva ancora, con tutta evidenza, una funzione non eccessivamente distante da quella originaria: come, infatti, per diritto classico questo era dato ai creditori insoddisfatti dopo la *bonorum venditio*, ora è dato ai creditori tardivi di Iust. C. 7.72.10.2, quelli che, a seguire la lezione di Teofilo, hanno trascurato le proprie azioni, tra le quali finanche per l'appunto l'*actio in factum*, cioè il rimedio revocatorio dato ai creditori intervenuti nel processo esecutivo perché non muniti di giudicato, esito alterato dell'antico interdetto concesso *causa cognita* dal pretore.

Come già abbiamo evidenziato, è verosimile che il progressivo impatto di Iust. C. 7.40.3 sul processo giustinianeo abbia in prosieguo di tempo tendenzialmente allineato le tre vie della giustizia revocatoria, anche se non certo nel senso che l'azione *Pauliana* possa considerarsi la fusione tra la *restitutio in integrum ob fraudem* e l'*interdictum fraudatorium*: si tratta di un esito assolutamente incompatibile con le fonti bizantine.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

8. È ragionevolmente sicuro che la *Pauliana* – così qualificata, in base alle fonti a nostra disposizione, solo dalle lezioni di Stefano e Teofilo una volta corretto D. 22.1.38.4 – è, all'indomani delle grandi compilazioni giustinianee, l'azione *ficticia* che per diritto classico il pretore offriva, previa *restitutio in integrum*, al *curator bonorum* con la promessa edittale che affiora in D. 42.8.1pr., e che ad essa soltanto si riferisce, come si ricava agevolmente dallo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, la testimonianza di Paul. D. 22.1.38.4 inerente all'azione *per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*, cioè l'azione rescissoria *in factum* che consegue alla *restitutio in integrum ob fraudem* con la quale il pretore esercita la giurisdizione *ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*.

Per converso, l'*interdictum fraudatorium*, che il pretore accordava dopo la *bonorum venditio*, e che dava *causa cognita* in via utile '*et si scientia non sit*' come si coglie tutto sommato agevolmente dal sostrato classico che si legge in D. 42.8.10pr., determina la genesi di una duplice via della giustizia, da intendersi nella forma dell'*actio utilis ex causa interdicti*: e difatti, un primo esito, che muove dall'interdetto utile e che Teofilo chiama '*actio in factum*' in ossequio al *verbum legis*, connota la posizione dei creditori intervenuti senza titolo esecutivo nella procedura esecutiva come consentito da Iust. C. 7.72.10.1 dopo che i più diligenti – cioè quelli muniti del titolo giudiziale, gli *alacriores* – abbiano chiesto ed ottenuto l'immissione nel possesso equivalente all'antica *missio* pretoria; un secondo esito, che muove dall'interdetto diretto, è offerto ai creditori tardivi.

In sostanza, l'azione *Pauliana* – per chiamarla con il nome che le davano gli *antecessores* nelle loro lezioni – risulta nel 533/534 un incidente di esecuzione, sia concorsuale su tutti i beni del debitore, sia particolare per *pignus praetorium*, mentre l'*interdictum fraudatorium* esito del rimedio diretto classico risulta offerto dopo la chiusura della procedura esecutiva: da questo punto di vista, la distanza delle soluzioni giustinianee dal diritto classico non è enorme, in disparte la constatazione che i rimedi, dai due originari, divengono formalmente tre nel 533/534 per via del nuovo ruolo assunto dall'*actio in factum*, risultante da una manipolazione di D. 42.8.10pr. funzionale a creare una via della giustizia 'intermedia', che poteva essere percorsa dai creditori solamente intervenuti nella procedura esecutiva non disponendo di una sentenza per mobilitarla autonomamente.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Se ciò è vero, è evidente che i due poli classici della tutela avverso gli atti in frode ai creditori non si sono mai 'fusi' nell'*actio Pauliana*: altro, infatti, è il tendenziale allineamento conseguente a C. 7.40.3, incidente sulla qualificazione ad iniziativa del giudice dei rimedi dedotti; altro è la loro fusione, che le fonti smentiscono.

Essi, dunque, erano e sono rimasti rimedi funzionalmente distinti, ed anzi si può dire che le funzioni della *restitutio in integrum ob fraudem* (e delle conseguenti azioni rescissorie) da un lato, e dell'*interdictum fraudatorium* dall'altro, si presentano come 'storicamente parallele' nella *cognitio* del VI secolo: in altre parole, nell'esperienza più avanzata del VI secolo l'*actio Pauliana* della tradizione didattica orientale, ancorché mai così denominata nelle norme imperiali, deriva dall'azione rescissoria classica conseguente a *restitutio in integrum*, data ai creditori *alacriores* che agiscono *bonis possessis* sulla base di un titolo giudiziale, tanto contro l'avente causa, quanto – per innovazione giustinianea che spiega la terminologia di B. 9.8.1 – contro il *fraudator*; ad essa è complementare l'*actio utilis ex causa interdicti*, distinta da Teofilo tra l'*actio in factum* data ai creditori intervenuti nella procedura esecutiva ancora pendente, e l'*interdictum fraudatorium* dato, dopo la chiusura di essa, ai creditori tardivi.

Il presupposto della *Pauliana* era la *missio in possessionem*, disposta *ab iudiciali sententia* nell'ambito tanto di una procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, quanto di una procedura particolare su specifici beni vincolati dal giudice per *pignus praetorium*.

È evidente come questo articolato meccanismo di reazione agli atti di disposizione del *fraudator*, calibrato in ragione del grado di certezza del credito e della necessità di valutare ogni circostanza utile a decifrare l'elemento soggettivo, anche alla luce della partecipazione necessaria al processo del dante causa, non sia in alcun modo rapportabile ad una sorta di 'fusione' fra un *iudicium rescindens* ed un *iudicium rescissorium*.

Qualche notazione, per concludere, sugli svolgimenti storici dell'editto.

Mi pare ragionevole ipotizzare che il pretore abbia creato la 'revocatoria fallimentare' ad immediato corollario – anche sul piano cronologico, sicché dobbiamo pensare ad un pretore repubblicano

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

in carica dopo il 118 – del sistema approntato da Publio Rutilio Rufo, e poi l'abbia estesa in via utile, ad un dipresso, agli atti di disposizione del liberto in frode al patrono: la peculiarità di questa tutela, vale a dire l'*actio Fabiana*, che va forse ricercata nel suo 'dialogo' con delicati interessi configurati essenzialmente dal *ius personarum*, aveva consentito di ricondurla, a differenza dell'editto preso a modello, cioè quello che prometteva la *restitutio in integrum ob fraudem*, ad uno specifico pretore.

In questi editti (quello della *restitutio in integrum ob fraudem* e quello della *Fabiana*), alla promessa di *restitutio in integrum* doveva conseguire, qualora la controversia non fosse definita direttamente *in iure*, la concessione di una *formula* rescissoria da ritenersi *arbitraria* e *ficticia*, e da plasmarsi sul caso concreto: a questo punto il *restituas* che in Paul. D. 22.1.38.4 abbiamo corretto in *restituam* si spiega, sul piano della genesi dell'alterazione testuale, per interferenza 'linguistica' con l'editto che prometteva l'*interdictum fraudatorium*, alla cui emanazione normalmente seguiva, a domanda dell'intimato, la predisposizione della *formula* arbitraria funzionale alla verifica di conformità alla promessa edittale, configurata in termini sovrapponibili, ovviamente, alla clausola arbitraria che figurava nella prima.

Nell'editto giulianeo questo interdetto, forse nato subito dopo la 'revocatoria fallimentare', è senz'altro collocato nel titolo XLIII inerente appunto agli interdetti, laddove la *restitutio in integrum ob fraudem* era pubblicata nel precedente titolo XLI sulle funzioni del *curator bonorum*: la rilevata sinapsi linguistica deve aver sollecitato l'*interpretatio prudentium* a leggere i due rimedi in termini omologanti – ne sarebbe prova proprio il rapporto tra Paul. D. 22.1.38.4-5 per l'*actio in factum* rescissoria e Ven. D. 42.8.25.4 per l'*interdictum fraudatorium* – per quanto concerne la valutazione dell'interesse ai frutti.

Se poi Ulpiano – ci riferiamo alla testimonianza di D. 38.5.1.26, i cui contenuti si possono proiettare su quanto si può leggere del frammento, forse paolino, sulla *formula Fabiana* – insiste per sottolineare che l'*actio Fabiana* è (sempre) *in personam* e non *in rem*, finanche se diretta contro atti di disposizione ad effetti reali, è plausibile che il giurista prendesse posizione su una questione ancora scientificamente calda per epoca severiana: ma se la *Fabiana* 'deriva'

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

in un certo qual modo dall'editto che prometteva la *restitutio in integrum* al *curator bonorum*, ed è dunque un'azione 'gemella', è altresì del tutto ragionevole ritenere che lo stesso ordine di problemi si ponesse anche per la 'revocatoria fallimentare'.

In favore dell'approccio di Paul. D. 22.1.38.4, secondo cui la nostra azione era *in personam*, deponeva per i severiani una ragione che può considerarsi alla radice della nostra idea di diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale: i creditori danneggiati, e per essi il *curator bonorum*, hanno un rapporto solo con l'avente causa dal *fraudator*, nonché con gli eventuali subacquirenti, di cui sia dimostrabile il *consilium fraudis*, per modo che il convenuto non è un mero 'possessore', ma più precisamente un contraente che rende consapevolmente possibile un fatto illecito, e cioè l'atto di disposizione in frode ai creditori.

Abstract

La ricerca propone un riesame dei problemi posti dalla ricostruzione della tutela avverso gli atti in frode ai creditori nel diritto romano con l'esame degli *scholia* a PTh. 4.6.6, su cui sinora la dottrina non si è adeguatamente soffermata, onde ricostruire la lezione di Teofilo nel primo corso sulle Istituzioni imperiali, e segnatamente su I. 4.6.6, dopo la *Omnem*: le fonti bizantine – che mostrano come in D. 22.1.38.4 il riferimento alla *Pauliana* non trovasse riscontro nel testo ufficiale del Digesto – non sono compatibili con l'idea, comunemente accolta, secondo cui l'*actio Pauliana* sarebbe nel VI secolo il risultato della fusione tra la *restitutio in integrum ob fraudem* e l'*interdictum fraudatorium*, che anzi continuano ad essere, anche quando la *cognitio* impone la concentrazione in capo al giudice imperiale delle antiche funzioni del *praetor* e del *iudex privatus*, due rimedi funzionalmente distinti in tendenziale coerenza con la loro storia.

The research focuses on a re-examination of the problems posed by the reconstruction of protection against acts fraudulent to creditors in Roman law, with an examination of the *scholia ad* PTh. 4.6.6, which has not been adequately addressed by Romanist doctrine to date, in order to reconstruct Theophilus's lesson in the first course on Imperial Institutions, and in particular on I. 4.6.6, after *Omnem*: the Byzantine sources – which show that in D. 22.1.38.4 the reference to the *Pauliana* was not reflected in the official text of the Digest – are not compatible with the commonly ac-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

cepted idea that the *actio Pauliana* was, in the 6th century, the result of the merger between the *restitutio in integrum ob fraudem* and the *interdictum fraudatorium*, which in fact continue to be, even when the *cognitio* requires the concentration of the ancient functions of the *praetor* and the *iudex privatus* in the hands of the imperial judge, two functionally distinct remedies in line with their history.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-4-Fercia

Rosario Franco

IL TESTAMENTO E IL CONTRATTO DI NUOVO AL CONFRONTO

Sommario: 1. La struttura dell'opera: il suo tracciato assiologico ed epistemologico. – 2. La volontà testamentaria per dare attuazione all'accordo: la proposta quale atto non attributivo. – 3. L'assicurazione con designazione successiva alla stipula. – 4. La stipulazione a favore di terzo e testamento. – 5. Alcune ipotesi specifiche: mandato, donazione, comodato. – 6. Testamento, posizione contrattale e diritti che originano da un contratto. – 7. Possibili conclusioni.

1. L'ultima fatica di Roberto Calvo – ma, nel 2024, il Nostro ha già pubblicato un altro imponente volume sulla 'Responsabilità civile. Princìpi ordinatori e regole applicative' e alcuni Saggi in riviste scientifiche – è costituita dal libro intitolato 'Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti *post mortem*' (nella Collana dei Quaderni della rivista Diritto delle successioni e della famiglia, n. 56, Napoli, ESI, 2024, pp. 1-158). Si tratta di un puntuale e rigoroso – ma non voluminoso – compendio che si prefigge lo scopo, ambizioso, ma perfettamente raggiunto, di indicare al lettore, neofita o già 'navigato', i criteri interpretativi più sicuri per compiere il periglioso percorso che dal(le logiche del) testamento può condurre al(le logiche del) contratto, segnalando opportunamente i *caveat* relativi alle reciproche intersezioni che tra i due opposti temi possono individuarsi nella comune prospettiva della disposizione delle sostanze terrene per il tempo successivo alla morte. Il testamento è l'atto supremo della vita con il quale si prova a raggiungere, programmandola, l'eternità dell'essere e, dunque, dell'essente (in questa prospettiva) – superando, dunque, già logicamente, il nulla – alla cui dimostrazione, nella sua intera *apparizione* terrena, Emanuele Severino, con il suo c.d. 'discorso filosofico', ha dedicato il proprio complesso

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

e fecondo percorso epistemico. Il testamento, dunque, scolpirà nell'eternità, insieme alle altre infinite azioni umane, l'apparire fugace dell'essente nel mondo. Qualsiasi soggetto, allorché decida di procedere alla scritturazione del suo testamento, si ritrova astretto tra il *momento* in cui lo stesso verrà confezionato, al fine di proiettarlo di là dalla sua esistenza terrena, e la *continuità* della vita (precedente e futura) che si proporrà con tutto il suo complesso carico di significati e di sopravvenienze, tendenzialmente idonei ad incidere – in termini conformativi – su quel momento. L'interprete posto al cospetto di un testamento – espressione icastica dell'autonomia privata – deve essere, infatti, consapevole della delicatezza, ed all'un tempo della decisività, del suo intervento verso una manifestazione di volontà ormai irripetibile, se è vero che l'evento morte è «condizione di perfezione e rilevanza giuridica dell'atto *di fronte ai terzi*» (G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 68).

Ma ciò – come con vigore si rivendica – non deve fare della disciplina delle successioni «una sorta di cittadella inespugnabile, che non può né deve aprire le proprie porte alla disciplina in tema di obbligazioni e contratti» (R. CALVO, p. 9); al contrario, dovranno mettersi a regime «la ricchezza e la fecondità pratico-applicativa dell'elaborazione di canoni ermeneutici sensibili alle interazioni e ai collegamenti logico-sistematici fra testamento (secondo Libro) e contratto (quarto Libro)» (R. CALVO, p. 9), a partire da una più idonea lettura dell'art. 1324, al fine di garantire «l'unità dell'ordinamento e l'ordine sistematico dei precetti che lo compongono, [con l'applicazione] di talune norme dedicate al contratto in quanto compatibili con la […] natura di atto di ultima volontà» del testamento (R. CALVO, pp. 11, 13 ss., 27 s., 63 ss.). Senza, tuttavia, tralasciare di richiamare *necessariamente* la «massima tutela della volizione» del disponente (R. CALVO, p. 66), allorché si appresti a consegnare le sue volontà alle pagine che formeranno la scheda testamentaria, non venendo (*melius*: non potendo qui venire) in rilievo, in alcun modo, ogni possibile ulteriore interesse che non sia riconducibile alla sfera personale-patrimoniale dell'ereditando; si dovrà, pertanto, escludere ogni possibile incidenza – anche a soli fini interpretativi – di un eventuale affidamento serbato da terzi al riguardo. Ciò consente all'A. di ribadire che «l'ordinamento preserva [improrogabilmente] il valore della libertà testamentaria, che non può essere compromesso né *ex ante* at-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

traverso contratti testamentari (definitivi o preliminari), né *ex post* mediante clausole derogatorie o di rinunzia alla facoltà di revocare» (R. CALVO, p. 66 s.). Sia pure mantenendo la massima lucidità nel richiamare l'interprete al *caveat* di doversi sottrarre ad ogni applicazione automatica e pervasiva della nullità prevista per i patti successori *anche* obbligatori, allorché l'esito di un'analisi specifica condotta nel caso concreto rivelasse che, nonostante la registrazione della conclusione di un «patto o promessa testamentaria» (R. CALVO, p. 69), il testatore si fosse risolto a redigere le sue ultime volontà al netto di ogni condizionamento, suggestione di vincolatività o prefigurazione di pretesa obbligatorietà del precedente impegno (e sempreché tali *indicatori* emergano dall'interpretazione del documento testamentario, poiché soltanto così potrebbero assurgere a rilevanza giuridica: R. CALVO, p. 70). L'effetto è quello di consentire di salvarne la validità, anche qualora si dimostrasse che fossero esattamente coincidenti con il contenuto del patto o della promessa (questi, sì) fulminati *sempre* con la nullità (R. CALVO, p. 70). Sì che «pecca di formalismo (o di rigidità eccessiva) l'idea di applicare – per così dire – alla cieca la massima *simul stabunt aut simul cadent* nella relazione tra promessa di testamento e scheda testamentaria (R. CALVO, p. 68).

Il tutto inquadrato in uno sfondo – evidente – di una rivitalizzante impostazione assiologica dell'approccio alla categoria (di pensiero, oltre che giuridica) del negozio giuridico (per il quale sia consentito rinviare a R. FRANCO, *Il negozio giuridico: categoria ordinante e schema di pensiero. A proposito di un libro recente*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, p. 417 ss., a *Recensione* del volume di Roberto CALVO, *Il negozio giuridico. Saggi*, Bari, 2022, pp. 1-168); là dove il «testamento è espressione dell'autonomia in materia di negozi permeati dalla […] finalità di assicurare, per mezzo di un procedimento *ad hoc*, il trasferimento (secondo la volontà del disponente) del patrimonio ereditario» (R. CALVO, p. 14), sotto l'egida della «triade delle libertà di contrarre, di proprietà e testamentaria» (R. CALVO, p. 18), in adesione all'impostazione di Rosario Nicolò (*Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 147 ss., spec., p. 149).

Da più parti e da più anni si invoca una modernizzazione del diritto successorio, con il connesso abbandono dell'«idea preconcetta [storicamente fondata sul] retaggio dell'autonomia e autosufficienza dello statuto sulle successioni a causa di morte» (R. CALVO, p. 9) ed

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

il superamento di quella suggestionante «"forza di inerzia"» (F. MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 139) propria dei dogmi giuridici. Si va dall'abolizione o modifica dell'intero sistema della legittima, con particolare riferimento alla ultra-efficacia dell'azione di restituzione, sostanzialmente riconvertendola da reale in obbligatoria, alla formulazione della disciplina del patto di famiglia, esito di una puntuale ed inequivoca selezione assiologica che, nel sotteso conflitto di interessi, mette davanti le ragioni dell'impresa a quelle della successione intesa in senso stretto, passando attraverso la riforma (che in qualche modo l'aveva anticipata) delle clausole di predisposizione successoria (artt. 2355-*bis*, comma 3, e 2469, comma 2) e la conferma delle clausole di consolidazione nelle società di persone, fino alla nota invocazione dell'introduzione, anche nel nostro ordinamento, di una disciplina normativa del contratto ereditario, dovendosi allora passare inevitabilmente attraverso un serio ripensamento legislativo del 'giogo' invalidante del divieto dei patti successori (art. 458). L'interprete – da decenni, ma senza che il tema perda di attualità – si confronta con tale divieto basculando sul crinale dei confini (e, quindi dei limiti) che l'autonomia privata incontra allorché s'intenda disporre delle proprie sostanze, non soltanto patrimoniali, per il tempo successivo alla vita terrena. E se la conquista della piena ammissibilità della previsione (anche esclusiva di un) *contenuto atipico* del testamento resta ormai acquisita in esito alle magistrali riflessioni svolte già all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile, al punto da doversi smettere la stessa predicazione di atipicità e certificare, per un verso, la distanza che corre tra la *tipicità* del testamento (quale strumento) e la *tipicità/atipicità* del suo contenuto e, per l'altro, il passaggio da un testamento (meramente) *attributivo-patrimoniale*, ad un testamento (assai più funzionale e, quindi,) *dispositivo-regolamentare*, il dibattito continua a imperversare – sia pure prendendo una piega nel senso di un suo allentamento operativo – con riguardo al profilo dell'ambito di applicazione del divieto appena evocato. Le fasi ermeneutiche – che dell'allargamento dei confini dell'autonomia privata successoria costituiscono il diretto antecedente fondativo – della distinzione tra atti *mortis causa* e atti *inter vivos* (sulla quale resta insuperata la nota voce enciclopedica di G. GIAMPICCOLO, voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 ss.) e dell'indi-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

viduazione degli atti *post mortem* e *trans mortem* oltre che della rigorosa individuazione dei meccanismi operativi di singole fattispecie tipiche, con le connesse ipotesi modulative della condizione e del termine e la talvolta sottile (seppur doverosamente da rivendicare) distinzione di questi dal profilo causale dell'attribuzione (per tutti, R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, cit., p. 147 ss.; R. CALVO, p. 20 ss.) costituiscono le successive tappe di un percorso che da decenni è chiaramente strumentale a rivendicare la piena salvaguardia della libertà e del principio di autodeterminazione (R. CALVO, pp. 13 ss., 20 ss., 63 ss.), sia pure non illimitati (R. CALVO, p. 16, il quale poi rimanda al vaglio di meritevolezza delle singole clausole del negozio testamentario, p. 19) di chi intende procedere con disposizioni patrimoniali in funzione del momento successivo alla morte. Curiosamente invocandosi, dagli opposti poli individuativi della *ratio* del divieto dei patti successori e della tendenziale apertura alla contrattazione ereditaria, la costante esaltazione e tutela proprio dell'autonomia privata del soggetto che intende programmare la sistemazione per il tempo successivo alla sua dipartita: ora esaltando l'incondizionata revocabilità del testamento (art. 679), sì come di ogni altra vicenda dispositiva, dovendosi consentire al disponente di intervenire, in ogni istante e fino allo spirare dell'ultimo respiro, sul progetto di regolazione degli interessi *post mortem*, in una alla (più condivisibile) rivendicazione del sommo principio della centralità del suo volere negli atti a causa di morte e della *necessaria* unilateralità dell'atto di ultima volontà (G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 104); ora, al contrario, ma al medesimo fine, promuovendo una più duttile manifestazione dell'autonomia dispositiva, fino all'esito ultimo, ma consapevole, dell'abdicazione a quell'*ambulatorietà* della volontà mercé la previsione del possibile ricorso a modulazioni patrimoniali definitive. In quest'ultima direzione avvertendosi che coperture costituzionali al primo segmento dell'alternativa non potranno rinvenirsi nell'attuale formulazione dell'art. 42, comma 4, Cost., ove il rinvio alla legge, per le *norme* di regolamentazione delle successioni legittime e testamentarie, in una ai *limiti*, lasciano del tutto aperta la porta ad un possibile sviluppo del nostro sistema ordinamentale verso una novella legislativa sulla falsariga del c.d. *Erbvertrag* del diritto tedesco (§§ 2274 ss. BGB) ovvero, in deroga al disposto dell'art. 1389 *code civil* (ov'è pre-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

visto un sostanziale divieto di patti successori), del *contract de mariage* tra coniugi previsto dall'art. 1390, con il quale potrà procedersi ad una parziale sistemazione delle vicende patrimoniali *post-mortem* (puntualmente R. CALVO, p. 65 ed *ivi* nota 162).

Nel delineato scenario si inserisce la ricostruzione di R. Calvo che, nel pervadere come un sottile *file rouge* tutto il volume, propone di avvicinarsi allo studio del negozio testamentario come vicenda che si colloca oltre il mero «progetto di riparto del *quod superest*» (p. 10) e, dunque, oltre l'assai nota funzione *attributiva* per una sistemazione già in sé conchiusa, per costituirsi – per il tramite della volontà dispositiva che veicola – quale «germoglio dei rapporti contrattuali destinati a sbocciare dopo la morte dell'ereditando» (p. 10), ora manifestando una proposta di contratto (in quanto tale, tratto *costitutivo* del successivo rapporto), ora una designazione soggettiva che compie il ciclo produttivo dell'efficacia (non già della validità, né della formazione), ora, ancora, procedendo alla regolazione e/o estinzione di rapporti giuridici, compreso quello che si esprime nella destinazione. In questa prospettiva è parso allora agevole ribadire la distinzione che corre tra le disposizioni testamentarie c.dd. *mortis causa* (e, quindi, istituzione di erede e attribuzioni a titolo particolare) e tutto quel 'territorio' occupato dalle c.dd. clausole *post mortem*, «riguardo alle quali l'evento morte […] non informa di sé la causa della determinazione volitiva del *de cuius*, ma ne delimita cronologicamente il termine iniziale di efficacia. Si tratta, in altre parole, di disposizioni che potrebbero pure essere contenute – lungi dall'intaccare il divieto di cui all'art. 458 c.c. – in un negozio tra vivi, senza che una tale variante, rilevante sotto il profilo della fattispecie costitutiva, finisca con lo snaturarne *ab imis* causa o funzione empirica» (R. CALVO, p. 21). E conferme sovvengono dalla più recente giurisprudenza di legittimità, Cass., 9 gennaio 2024, n. 722: «In tema di patti successori, l'atto *mortis causa*, rilevante gli effetti di cui all'art. 458 c.c., è esclusivamente quello nel quale la morte incide non già sul profilo effettuale (ben potendo il decesso di uno dei contraenti fungere da termine o da condizione), ma sul piano causale, essendo diretto a disciplinare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, sicché la morte deve incidere sia sull'oggetto della disposizione sia sul soggetto che ne beneficia: in re-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

lazione al primo profilo l'attribuzione deve concernere l'*id quod superest*, ed in relazione al secondo deve beneficiare un soggetto solo in quanto reputato ancora esistente al momento dell'apertura della successione». Tali clausole, dunque, anche ove inserite nella pagina testamentaria, risultano di per sé sfornite di una diretta causa distributiva «che innerva il procedimento traslativo involgente l'asse, essendo destinate a creare o modificare soggettivamente rapporti giuridici, rispettivamente nuovi o pendenti, i quali perlopiù vincoleranno (nel rispetto di determinati presupposti) gli eredi o i legatari da un lato e i terzi dall'altro lato, fuori dalla disciplina successoria» (R. CALVO, p. 21). Il terreno si prospetta all'A. come propizio per fissare le linee di analisi della figura del *trust* testamentario di diritto interno, nel quale riesce ad esaltarsi la distinzione tra investitura formale nel diritto di proprietà – con la connessa proposta di mandato al *trustee* per la gestione, amministrazione e disposizione dei beni al medesimo attribuiti (*melius*: trasferiti in proprietà) – e l'effetto traslativo da imputarsi al successivo (ed ulteriore) negozio dispositivo, che il *trustee* dovrà compiere alla scadenza o all'esaurirsi dello scopo del *trust* al fine di dare definitiva sistemazione al patrimonio del testatore. Al fine di rendere, cioè, quella *precaria* attribuzione patrimoniale (senza l'istituzione di eredi o legatari) una stabile attribuzione a favore dei beneficiari finali del programma del *trust*, sì come delineato dal testatore (e, dunque, a favore di eredi e legatari, trovando l'acquisto di questi ultimi il relativo titolo nella programmazione testamentaria), senza tralasciare di esaminare attentamente i profili di opponibilità dei diritti dei beneficiari. Al riguardo l'A., nel precisare che «tanto l'investitura del titolo di proprietà quanto l'inscindibile proposta di mandato a gestire […] producono i propri effetti [soltanto] dopo la morte del testatore», ha modo di confermare che così ricostruita l'intera vicenda, nella ribadita assenza della «doppia istituzione con ordine successivo» (R. CALVO, p. 25), potrà concludersi nel senso che «svanisca *in apicibus* ogni ipotetico conflitto fra *trust* testamentario e divieto dei patti successori» (R. CALVO, p. 23), stante, per un verso, l'insuperabile vigenza del principio di revocabilità delle disposizioni testamentarie e, per l'altro, la funzione di termine (e non di causa) che l'evento morte svolge per la disposizione in parola, consentendole di assume «i lineamenti – per quel che concerne i rap-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

porti fra testatore-fiduciante e gestore-fiduciario – di negozio *post mortem* anziché *mortis causa*» (R. CALVO, p. 25).

2. L'A., con penna agile e puntuale, si inoltra nell'analisi specifica del tema sotteso all'intitolazione del volume immediatamente passando in rassegna i principi fondamentali che sovrintendono al perfezionamento dell'accordo tra proposta e accettazione in una alle questioni sollevate dalla comunicazione e conoscibilità della proposta, dall'invio dell'accettazione, dalla conformità tra esse, dai rispettivi oneri di prova in merito all'intervenuta conclusione del contratto, dalla caratteristica della tempestività dell'accettazione, nella precostituita prospettiva che pone al centro l'autodeterminazione del testatore (R. CALVO, p. 29 ss.). Si chiarisce che la proposta, ove contenuta in una scheda testamentaria, non potrà ricondursi alle note disposizioni attributive patrimoniali con le relative istituzione di erede e disposizione di legati, bensì ad un atto *prenegoziale*, «in quanto atto unilaterale con effetti *post mortem*» (R. CALVO, p. 38), cogliendosi l'occasione di intrattenersi sulla complessità – non sdoppiabile – del negozio istitutivo della fondazione, formato da un atto unilaterale costitutivo e da un concorrente negozio di dotazione patrimoniale. Si precisa, quale conseguenza, che se la proposta non è riconducibile alle comuni disposizioni attributive testamentarie (e così, daccapo, fuoriesce dall'alternativa erede/legato) l'accettazione da parte dell'oblato (pure indicato nel programma testamentario) non comporterà per questo l'acquisizione del titolo di erede o legatario (R. CALVO, p. 40 ss.). In altri termini, il testamento contenente una proposta contrattuale non muta la propria natura di atto di ultima volontà, ma neppure muta la natura della divisata proposta, rispetto alla quale l'evento morte si propone soltanto quale termine per la sua efficacia iniziale, giammai quale suo elemento fondativo causale (sul punto l'A. giustamente insiste a p. 41). Con la conseguenza che l'accettazione sarà idonea *soltanto* a perfezionare il contatto, non svolgendo alcun effetto sulla distinta qualificazione di erede o legatario: il testamento si rende un comune veicolo manifestativo della proposta, non incidendo sulla sua natura di atto, senz'altro non *mortis causa*. L'oblato, con l'accettazione, diviene parte del contratto, non erede o le-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

gatario. Anzi, questi ultimi, in seguito alla ripetuta accettazione, diverranno anch'essi parte del concluso accordo negoziale, con la titolarità di ogni posizione attiva e l'assunzione di ogni obbligazione originante dal concluso accordo negoziale. Né tale conclusione potrebbe essere revocata in dubbio allorché gli eredi avessero deciso di accettare l'eredità con beneficio d'inventario, così conseguendo la formale (ed opponibile) separazione patrimoniale tra il *de cuius* e il loro rispettivo patrimonio. Invero, la ribadita conclusione «secondo cui la proposta testamentaria è atto *post mortem* ma non già permeato della causa di morte» (R. CALVO, p. 41) riesce a convincere dell'avanzata soluzione alla cui stregua l'erede, ancorché con beneficio di inventario, risponderà *ultra vires* «degl'impegni gemmanti dall'accordo, ancorché protett[o] dal beneficio d'inventario» (R. CALVO, p. 41, anche per il successivo virgolettato) rivelandosi «quest'istituto inidoneo ad assicurare l'effetto di cui all'art. 490, comma 2, n. 2, c.c. per quel che concerne le obbligazioni contrattuali». Queste non potranno essere – anche soltanto *quoad effectum* – avvicinate ai debiti ereditari, alla cui protezione soltanto (rispetto al patrimonio personale dell'erede) riesce ad offrire tutela l'accettazione beneficiata. Ed allora, al fine «di sfuggire alla detta responsabilità agli eredi del proponente non resta che la rinunzia alla successione» (R. CALVO, p. 42). D'altra parte, la profilata netta distinzione tra proposta contrattuale e istituzione di erede risulta efficace anche per la soluzione della possibile questione ingenerata dall'ipotesi di una proposta gravante sugli eredi che abbia per oblato un altro erede. Quest'ultimo, infatti, avrà al suo cospetto due distinti atti di accettazione: il primo relativo alla proposta contrattuale; il secondo relativo alla chiamata all'eredità. La distinzione che corre tra essi importerà la netta distinzione anche delle conseguenze che ne discenderanno. Così, per un verso, la prima accettazione implicherà *soltanto* la conclusione del contratto (essendo accettazione di un atto *post mortem* e, dunque, «non qualificata da una finalità successoria», R. CALVO, p. 44); la seconda, *soltanto* l'accettazione dell'eredità (costituendo la definizione dell'atto istitutivo *mortis causa*); per l'altro, l'una non implicherà l'altra. L'A., infine, precisa sia che «dal principio della modificabilità e revocabilità delle disposizioni di ultima volontà (art. 679 c.c.) deriverebbe la nullità dell'eventuale clausola che assegnasse il connotato della irrevocabilità alla proposta testamentaria» (R. CALVO, p. 45), sia che qua-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

lora la proposta non fosse formulata direttamente dal testatore, bensì richiesta (*melius*: imposta in termini di obbligatorietà) all'erede e da indirizzarsi al destinatario, la medesima dovrebbe ricondursi – in contrasto con la dottrina prevalente che ne accerta la natura di legato obbligatorio – alla figura dell'onere, in termini di «peso limitante la liberalità testamentaria» (R. CALVO, p. 53): questa resta *mortis causa*; l'obbligazione modale, al contrario, continuerà a soddisfare propositi extrasuccessori del testatore, non essendo funzionale alla ripartizione del *quod superest* e non traendo dalla morte la sua «autonoma ed esclusiva qualificazione» (R. CALVO, p. 50 s.). Quale conseguenza di tale specifica disposizione testamentaria, il destinatario della proposta diventa titolare di un diritto alla stipula del contratto (entrato a far parte del suo patrimonio), eseguibile – in caso di inadempimento – anche nelle modalità forzose della forma specifica (art. 2932 c.c.) e, in caso di conclusione del contratto, avente causa *inter vivos* direttamente dall'onerato testamentario, non instaurandosi alcun rapporto con il testatore e, quindi, con natura *mortis causa*.

3. Il rigoroso metodo prescelto – che non subisce mai appannamenti – si rivela fecondo nell'analisi del contratto di assicurazione a favore di terzo, al fine di verificare (senza sovrapposizioni concettuali) le possibili intersezioni che potrebbero generarsi, in ragione della clausola di deviazione degli effetti, con il divieto dei patti successori, rispetto ai quali il contratto in esame, secondo una certa impostazione, si porrebbe quale deroga espressamente prevista. Ebbene, enucleati i principi generali in tema di contratto assicurativo, individuati gli elementi essenziali della figura e distinto quello sulla vita da quello contro i danni in ragione dell'operatività della regola indennitaria (che pervade il secondo a dispetto del primo: R. CALVO, p. 54 ss.), l'A., immediatamente, puntualizza che il contratto di assicurazione, ove stipulato a vantaggio di un soggetto estraneo alla struttura negoziale, è riconducibile allo schema generale (e funzionalmente neutrale) della stipulazione a favore di terzo (l'art. 1920 è, infatti, applicazione specifica degli artt. 1411-1412), con la conseguenza che in forza della conclusione del contratto egli «deve essere considerato titolare di un diritto proprio alla prestazione assicurativa» (R. CALVO, p. 58). Dopo aver ribadito che nel nostro ordina-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

mento deve escludersi l'ammissibilità di una «vocazione contrattuale» (R. CALVO, p. 68, anche per il successivo virgolettato) là dove in esso assume valore assolutamente preminente quello di «custodire la libera autodeterminazione elettivamente proiettata a un volere che produrrà effetti giuridici *post mortem*, al riparo tanto da condizionamenti esterni giuridicamente rilevanti, quanto da qualsivoglia nesso stimolato dal vincolo di scambio o dall'attuazione di obbligazioni unilaterali assunte *inter vivos*», l'A. conferma che la designazione del terzo beneficiario dell'assicurazione potrà essere contenuta anche in un testamento: quest'ultimo – si afferma – si avvantaggerà non già dei «premi pagati dal contraente, ma [della] somma assicurata» (R. CALVO, p. 74), precisandosi che il testamento fungerà, in questa vicenda, da normale strumento documentale funzionale alla designazione del soggetto, con la conseguenza che questa rimarrà valida anche qualora il testamento fosse nullo (R. CALVO, p. 78). Ma il punto essenziale dell'indagine si coglie là dove l'A. afferma, mercé il consueto rigore metodologico, che il terzo designato (contestualmente alla conclusione del contratto, ma anche successivamente, ammettendo – come detto – una nomina testamentaria) acquista il diritto alla percezione del *quantum* oggetto dell'assicurazione *già (ma anche soltanto)* in forza della stipula del contratto tra assicuratore e assicurante, non costituendo la designazione successiva nulla che sia riconducibile al fenomeno delle attribuzioni a causa di morte (e senza che allora venga in rilievo il divieto di cui all'art. 458 c.c.). L'acquisto avviene per mezzo del contratto e della designazione; non già per mezzo della morte dell'assicurato (R. CALVO, p. 84). La disposizione della somma a suo favore, infatti, trova esclusivo fondamento funzionale nel contratto di assicurazione, sia pure negozialmente arricchito dalla previsione della clausola di deviazione degli effetti, sì che bene si dice allorché si ribadisce che l'acquisto avviene *iure proprio* e *non iure successionis*, ribadendosi che «la prestazione dell'assicuratore non [trae] la propria giustificazione causale dalla morte dello stipulante» (R. CALVO, pp. 77, 84). In altri termini, per un verso, «il diritto all'indennità assicurativa non entr[a] nel patrimonio del defunto, essendo, al contrario, acquistato *iure proprio* dal designato per testamento» (R. CALVO, p. 75), il quale, per l'appunto, acquista nei confronti della compagnia di assicurazione, non già contro la massa ereditaria, e, per l'altro, si ha la conferma che «la designazione mediante

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

negozio di ultima volontà non costituisce attribuzione del *quod superest*, bensì integra un frammento del contratto rimasto provvisoriamente in bianco» (R. CALVO, pp. 74, 77). Là dove nominato contestualmente alla conclusione del contratto di assicurazione sulla vita, il beneficiario, dunque, acquista immediatamente la *titolarità* del diritto di credito alla percezione della somma assicurata, sia pure con termine iniziale (e, dunque, ancora *inesigibile* in tale momento) coincidente con il verificarsi di tutte le condizioni negozialmente previste ovvero con la morte dell'assicurato; questo diritto, in altri termini, «entra immediatamente nel patrimonio del beneficiario specificamente individuato, ed è quindi trasmissibile ai suoi successori ove egli premuoia allo stipulante-assicurato» (R. CALVO, p. 81 s.). Come, invero, tiene lucidamente a precisare l'A. – anche in replica ad una non sempre chiara percezione giurisprudenziale della relativa e doverosa distinzione – altro è la *titolarità* del diritto, altro l'*esigibilità*: al momento della designazione il beneficiario acquista la prima, e l'acquista in ragione di questa; non anche la seconda (R. CALVO, p. 83). Nel caso in cui, infine, mancasse l'individuazione specifica del/dei beneficiario/i ed il contratto prevedesse la generica (ma assai diffusa) clausola di designazione degli eredi testamentari o legittimi, si precisa, in conformità alla soluzione di recente fatta propria anche dalle sezioni unite della Cassazione (30 aprile 2021, n. 11421) ed a valle di una nota questione interpretativa, che la menzionata formula dovrà intendersi nel senso che la qualità di eredi testamentari o legittimi sarà idonea per l'individuazione soggettiva dei concreti beneficiari di quanto oggetto dell'assicurazione, non anche allo scopo di determinare le quote di spettanza di ciascuno di essi; la somma assicurata, infatti, sarà ripartita in parti uguali (sulla base di un rapporto che rimane *inter vivos*), non già in ragione delle specifica quota a ciascuno di essi spettante per come prevista nel testamento o dalla legge, non divenendo, cioè, un rapporto che si *assoggetta* alla disciplina della successione universale (R. CALVO, p. 78 ss. ed *ivi* nota 212). Si conclude la trattazione del capitolo dedicato all'assicurazione, con una riflessione svolta con riguardo alla presenza di una clausola, assai comune nei contratti di assicurazione contro gli infortuni, che prevede l'intrasmissibilità agli eredi del diritto all'indennità per invalidità permanente nel caso di morte dell'assicurato, sul fondamento di un suo preteso carattere personale. Sul punto l'A., con lucidità di analisi, an-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

che contro l'orientamento dominante, conclude per la piena assoggettabilità di tale clausola all'art. 458 e la sua inevitabile nullità (R. CALVO, p. 87 s.).

4. Il quarto capitolo è dedicato alla stipulazione a favore di terzo, con specifico riferimento alle dinamiche dell'acquisto del beneficiario, del suo consolidamento, dell'opponibilità ai terzi e della nomina/revoca testamentaria terzo in ossequio alla speciale disciplina *ex* art. 1412 c.c. (R. CALVO, p. 91 ss.). Dopo aver sottolineato la distinzione tra rapporto di valuta (tra stipulante e promittente) e di provvista (tra stipulante e terzo) e che l'effetto per il beneficiario (che non diviene parte del contratto dal quale pure genera la prestazione della quale sarà destinatario) deve essere esclusivamente vantaggioso e diretto (R. CALVO, p. 92; sul punto sia consentito anche rinviare a R. FRANCO, *L'abdicazione alla proprietà immobiliare: il potere di rinunzia e il potere di disposizione a confronto*, in corso di pubblicazione, p. 6 del dattiloscritto ed *ivi* la lunga nota 27, spec., p. 10) nonché che la stipulazione, per l'appunto, non integra un autonomo tipo contrattuale, ma si presenta sostanzialmente neutrale e strumentale al conseguimento di qualsiasi assetto di interessi tra i soggetti coinvolti nella vicenda (R. CALVO, p. 93), si ribadisce, per un verso, che la «dichiarazione di voler profittare della prestazione (accettazione) rende definitivi contenuto ed effetti della convenzione a favore del beneficiario» e, per l'altro, che prima «di tale momento lo stipulante ha la facoltà di modificare o revocare la sottostante vicenda obbligatoria che lo vincola al promittente» (R. CALVO, p. 95). L'analisi prosegue affermando che l'acquisto del terzo avvantaggiato è automatico, con le relative possibili conseguenze in tema di terzo beneficiario minore (R. CALVO, p. 95 ed *ivi* nota 253) e che la trascrivibilità della stipulazione è immediata se ha per oggetto diritti reali immobiliari, nelle modalità «a favore tanto del terzo quanto dello stipulante e contro il promittente, salvo che il terzo esprima, contestualmente alla conclusione del negozio a suo favore, l'adesione (o il rifiuto), risolvendo così immediatamente quell'incertezza soggettiva d'individuazione del patrimonio in cui l'effetto attributivo andrà a stabilizzarsi definitivamente» (R. CALVO, p. 96). Si puntualizza poi che il terzo potrà – in aggiunta allo stipulante – chiedere sia l'a-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

zione di condanna all'adempimento, sia la risoluzione del contratto in quanto divenuto parte sostanziale del rapporto (ma, su quest'ultimo punto, sia consentito dissentire come in R. FRANCO, *La successione (a titolo particolare) nel debitore l'accollo atipico. In dialogo con Rosario Nicolò*, in corso di pubblicazione su *Rileggere i 'classici' del diritto civile italiano (1935-1940)*, a cura di G. Perlingieri, p. 10 ss. del dattiloscritto) e potrà esercitare tutte le eccezioni fondate sia sul rapporto di provvista (stipulante-terzo) sia su quello di valuta (stipulante-promittente), ma non quelle fondate su altri rapporti (art. 1413). La stipulazione a favore del terzo si erge essa stessa a titolo costitutivo del trasferimento, sì che anche se la prestazione al beneficiario (che potrà avvenire anche con il testamento: R. CALVO, p. 102 ed *ivi* nota 283) dovrà essere effettuata dopo la morte dello stipulante (come peraltro disciplina l'art. 1412) non si potrà mai discutere di una deroga al divieto dei patti successori (R. CALVO, p. 101: va escluso ogni «nesso con la categoria dei patti successori»), trattandosi senz'altro di un atto *post mortem* e con il quale non si dispone del *quod superest*. Il terzo acquista fin da subito il diritto alla prestazione deviata nella sua sfera giuridica sebbene la sua esigibilità viene rinviata alla morte dello stipulante (R. CALVO, p. 101). Qualora il terzo designato dovesse premorire all'efficacia della stipulazione a suo favore, il diritto alla prestazione – già entrato a far parte del suo patrimonio – si trasmette ai suoi eredi, anche se la sopraggiunta revoca da parte dello stipulante – se avviene nei termini ampi in cui è prevista dall'art. 1412 – estingue il diritto di credito alla prestazione (R. CALVO, p. 103). Si conclude il capitolo dedicato agli effetti a favore di terzo passando in rassegna le specificità sollevate dalla rendita vitalizia a favore di terzo e dal deposito nell'interesse del terzo, confermandosi – alla stregua del metodo di analisi adottato – che entrambe non integrano ipotesi eccezionalmente ammesse di patti successori, bensì figure con una propria autonomia negoziale, rispetto alle quali la morte funge soltanto da elemento di completamento dell'efficacia; dalla quale, in altri termini, dipende l'esigibilità della prestazione, non la causa del trasferimento.

5. La ricerca, puntuale e dettagliata, prosegue spedita con la verifica di alcune specifiche fattispecie negoziali: il mandato, le dona-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

zioni con riserva di usufrutto e sottoposte a condizioni, il comodato cui viene apposta la condizione. Ancora una volta il *file rouge* sotteso alla conduzione dell'analisi è costituito dalla chiara distinzione tra fondamento causale dell'attribuzione e momento di produzione degli effetti del negozio. È più agevole così comprendere che la differenza tra mandato *mortis causa* e mandato *post mortem*: il primo si caratterizza nell'incarico attribuito al mandatario «di disporre, dopo l'apertura della successione […], di uno o più beni facenti parte dell'asse ereditario (e, dunque, trasmessi, a titolo di morte)» e, in quanto tale, destinato alla nullità (R. CALVO, p. 116); il secondo, al contrario, si esprime nell'incidere sull'efficacia di un incarico, nel senso cioè che trattasi di un incarico relativo al «perfezionamento di atti disposizione su beni o diritti [già] acquistati *inter vivos* dal mandatario, i quali dovranno essere eseguiti dopo il decesso del mandante» (R. CALVO, p. 117). Del pari si riesce a percepire, senza incertezze, la distanza che corre tra donazioni *mortis causa* e donazioni condizionate all'evento della morte: «l'atto acquista forza vincolante indipendentemente dalla morte» (R. CALVO, p. 119) e, in ogni caso, non importa la disposizione del *quod superest*. Invero, se l'attribuzione patrimoniale liberale trova titolo giustificativo e fondativo nel contratto *inter vivos* diventa poi irrilevante, ai fini dell'individuazione di una possibile violazione del divieto dei patti successori, la verifica del tempo in cui l'efficacia della donazione si produrrà. Non sono, cioè, «ravvisabili i lineamenti tipici del patto successorio, perché ci troviamo al cospetto di fattispecie contrattuali ove l'effetto traslativo è immediato» (R. CALVO, p. 119, anche per il successivo virgolettato), con l'evidenza che «[l]e vicende dispositive coinvolte dall'accordo in esame sono estranee alla sistemazione del patrimonio ereditario del donante». L'unica ipotesi che si accerta essere in violazione dell'art. 458 c.c. è quella della donazione con condizione sospensiva *si premoriar* del donatario al donante (non anche con condizione risolutiva della cui validità, invece, non si discute), dappoiché con questa costruzione negoziale il donante andrà a beneficiare direttamente gli eredi del donatario proprio con la sua morte, il cui verificarsi costituisce proprio l'evento importante il trasferimento dei diritti (R. CALVO, p. 121). Si conclude, infine, nonostante il persistente dibattito al riguardo, per la validità della donazione *si moriar* relativa al donante. Il capitolo si chiude con l'analisi del comodato.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

Dopo averne ribadito la natura *essenzialmente* gratuita (R. CALVO, p. 123), si afferma la piena validità anche di questa figura negoziale qualora le parti avessero apposto ad essa la condizione sospensiva di premorienza del comodante. Invero, l'evento morte – a dispetto di quanto conclude la giurisprudenza di legittimità – «non pare in grado di stravolgere la circostanza secondo cui il titolo dell'acquisto è radicato nel contratto fra vivi. La premorienza del comodante innerva gli effetti di un rapporto obbligatorio traente la propria base di legittimazione dal contratto e non già dalla successione *mortis causa.* Il contratto, insomma, non ha causa di morte, essendo a esso estranea la funzione di ripartizione del *quod superest*» (R. CALVO, p. 125).

6. L'ultimo capitolo è costituito una dettagliata rassegna di alcune posizioni contrattuali ovvero diritti convenzionali riconducibili funzionalmente ad un contratto che non ha ancora esaurito tutti i suoi effetti (R. CALVO, p. 127 ss.). L'applicazione del metodo di analisi sotteso all'intero volume, anche questa volta, in relazione a diverse vicende circolatorie, produce risultati pienamente condivisibili, in esito a specifici percorsi argomentativi che si caratterizzano per spirito sistematico e sviluppo assiologico del concreto conflitto di interessi. Si distingue lucidamente, in questa prospettiva, la posizione dell'erede da quella del beneficiario della proposta relativa alle singole vicende analizzate e si consegue il risultato di non cadere in alcuna sovrapposizione tra (la posizione dell')erede (o anche legatario) e (quella del) successore nella specifica posizione contrattuale. Se l'accettazione di quella non importa anche l'accettazione della proposta, del pari l'adesione a quest'ultima non imposta l'automatismo dell'acquisto dell'eredità. Con ciò che ne consegue, peraltro, con riguardo alla responsabilità che il contraente assume una volta divenuto parte del contratto: la responsabilità limitata del legatario, infatti, deve rimanere nettamente distinta dalla responsabilità piena e completa del pacisciente. Si passano, dunque, in rassegna: 1) la cessione *post mortem* del contratto, che si esplicita in una proposta di cessione indirizzata alla parte individuata dal testatore come cessionaria (R. CALVO, p. 129), assai opportunamente precisandosi – come or ora anticipato – che qualora l'oblato cessionario fosse anche istituito come erede ciò non comporterebbe una (peraltro vietata, ma

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

eccezionale) doppia delazione, dovendosi condividere che la proposta di cessione rimane fuori dalla chiamata all'eredità (R. CALVO, p. 129): l'accettazione di questa non importa anche quella e viceversa; 2) il c.d. legato di contratto (R. CALVO, p. 130 ss.) che l'A. condivisibilmente ritraccia nel qualificarlo come subingresso nel rapporto originante dal contratto che, invece, come fatto storico si è già esaurito, precisando che tale ipotesi impropria di legato risulterà, in ogni caso, sottratta alla disciplina racchiusa negli artt. 671 e 756 c.c., con la conseguenza che colui che subentra nel contratto diventa illimitatamente responsabile delle obbligazioni che da questo originano (altresì distinguendo la disposizione relativa all'intera posizione contrattuale da quella che avesse per oggetto soltanto il credito originante da un contratto già esauritosi) (R. CALVO, p. 132); 3) il legato di locazione che in altro non si risolve se non in «una proposta di cessione della posizione contrattuale, con cui la parte conduttrice – [fatti salve alcune ipotesi di legge] – offre al cessionario prescelto di subentrare nel vincolo pendente una volta apertasi la successione» (R. CALVO, p. 96). In questa vicenda, nondimeno, la responsabilità *intra vires* (tipica del legatario) mal si accorda con la posizione contrattuale in cui si subentra: in applicazione delle regole generali della cessione si afferma, per un verso, che rimane pur sempre necessario l'espressione del consenso da parte del locatore (contraente ceduto) e, per l'altro, che il legatario non potrà avvalersi della responsabilità 'limitata'. Il primo, inoltre, in caso di inadempimento del cessionario, potrà agire contro gli eredi del testatore (R. CALVO, p. 134); 4) il legato di cosa locata con le distinzioni che corrono con la vicenda del trasferimento della cosa locata inclusa nell'istituzione a titolo di erede. Il legatario subentrerà nell'intera posizione contrattuale e, pertanto, anche stavolta, non potrà invocare la limitazione di responsabilità all'*intra vires* propria della disciplina dei legati, stante la specialità dell'oggetto (R. CALVO, p. 137), con la conseguente necessità di giungere ad affermare che in questo caso la disciplina automatica di acquisto del legato deve subire una deroga (R. CALVO, p. 141 s.): anche qui si ribadisce che trattasi di «trasferimento *post mortem* [e] che l'atto di autonomia successoria non informa di sé la causa dell'attribuzione (*recte:* cessione), assodato che la morte del disponente si riverbera unicamente sulla sua efficacia» (R. CALVO, p. 138); 5) anche la nomina del terzo in un contratto per persona da no-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

minare conferma che l'attribuzione della posizione contrattuale resta affidata ad un titolo *inter vivos* e che la mera indicazione successiva del soggetto, anche in forza di testamento, non è idonea ad alterare tale situazione (R. CALVO, p. 143 ss.); 6) la disposizione di una prelazione testamentaria – ribadito che essa non incide sulla libertà del soggetto onerato – resta un'ipotesi riconducibile agli atti *post mortem*, ancora una volta dimostrandosi che l'evento morte incide non sulla struttura del titolo, bensì soltanto sul suo profilo effettuale (R. CALVO, p. 145 ss.). Il favorito, peraltro, accettato la proposta, diverrà parte contrattuale con tutta l'illimitata responsabilità per le obbligazioni che da questo originano; 7) la cessione testamentaria del diritto di opzione si risolve in una proposta contenuta nel testamento di cessione del «diritto potestativo (e non già di un legato), la cui accettazione *post mortem* dell'oblato perfezionerà il rapporto obbligatorio (oggetto di opzione) con il promittente (c.d. opzionante) (R. CALVO, p. 149); 8) il legato del diritto potestativo di riscatto originante da un contratto nel quale si era convenuto il patto di riscatto può anch'esso essere oggetto di disposizione in forza di testamento mediante il legato, aderendosi alla ricostruzione che sottolinea come tra «vendita e clausola di riscatto convenzionale intercede un collegamento governato dall'autonomia negoziale dei privati» (R. CALVO, p. 151); 9) il legato di cosa acquistata dal testatore con riserva della proprietà, ipotesi alla quale «sono applicabili le regole sul *legatum rei alienae*» (R. CALVO, p. 154).

7. È giunto il tempo di chiudere queste brevi riflessioni svolte in un ideale (ma, per vero, per chi scrive, anche reale) dialogo che Roberto Calvo prova a instaurare con il lettore, sul problema che innerva l'intero volume e rappresentato criticamente con sicuro piglio sistematico e non comune chiarezza espositiva. La lettura esce agevolata e arricchente, foriera di stimoli per approfondimenti e successive meditazioni su un tema che dal 1971 – anno in cui Rosario Nicolò ne rivendicava l'attualità – non ha smesso di abbandonare le attenzioni dei civilisti contemporanei. Si può affermare che la morte interviene come evento che chiude la vita 'carnale' del soggetto – fatta di azioni, atti, pensieri e condotte – ma, all'un tempo, realizza e, dunque, schiude al presupposto esclusivo per la realizzazione attua-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

tiva e concreta del programma di vita 'giuridica' disegnato, talvolta al lordo di lacerazioni interiori, dalla volontà del testatore che deve rimanere a tutti i costi salva (artt. 624-626) al fine supremo di proteggere la piena realizzazione dei progetti di una persona che non c'è più. La morte allora – si potrebbe dire con Emanuele Severino – non è la paura di perdere ciò che si ha o si è accumulato in vita (anche in una prospettiva sentimentale ed affettiva); non è il dolore del dissolvimento di ogni relazione. La paura al pari del dolore, infatti, non potrebbero che riguardare i vivi. È solo quando si vive che si ha paura della morte e/o si teme il dolore del suo sopraggiungere. E tuttavia, la morte, a continuare con il filosofo dell'essere, non è il sopravvenire del nulla, bensì lo scomparire dell'apparire terreno dell'essente. La morte, allora, non è il destinarsi al nulla, come vorrebbe l'ormai diffuso ed omologante pensiero nichilista; bensì il riconsegnarsi all'eternità dopo il consumarsi dell'apparire; in quell'eternità nella quale l'uomo è da sempre *de-stinato* a stare. E a questa eternità, come vogliamo illuderci, contribuisce anche il testamento nell'evocazione della magistrale lezione spinoziana secondo la quale *sentimus experimurque nos aeternos esse*.

Abstract

Il saggio si occupa di approfondire la questione inerente ai criteri interpretativi più sicuri per compiere il periglioso percorso che dal(le logiche del) testamento può condurre al(le logiche del) contratto, segnalando opportunamente i *caveat* relativi alle reciproche intersezioni che tra gli opposti temi possono individuarsi nella comune prospettiva della disposizione delle sostanze terrene per il tempo successivo alla morte. Il testamento è l'atto supremo della vita. Qualsiasi soggetto, allorché decida di procedere alla scritturazione del suo testamento, si ritrova astretto tra il *momento* in cui lo stesso verrà confezionato, al fine di proiettarlo di là dalla sua esistenza terrena, e la *continuità* della vita (precedente e futura) che si proporrà con tutto il suo complesso carico di significati e di sopravvenienze, tendenzialmente idonei ad incidere – in termini conformativi – su quel momento. L'interprete dovrà acquisire l'assiologica consapevolezza della delicatezza, ed all'un tempo della decisività, del suo intervento verso una manifestazione di volontà ormai irripetibile, se è vero che l'evento morte è condizione di perfezione e rilevanza giuridica dell'atto di fronte ai terzi.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

This essay explores the question of the most reliable interpretative criteria for navigating the perilous path from the logic of the will to the logic of the contract, appropriately highlighting the caveats relating to the mutual intersections that these opposing themes can identify within the shared perspective of the disposition of earthly assets for the time after death. The will is the supreme act of life. Anyone who decides to draft their will finds themselves caught between the moment in which it is crafted, with the aim of projecting it beyond their earthly existence, and the continuity of life (previous and future) that will unfold with all its complex burden of meanings and contingencies, potentially capable of influencing – in formative terms – that moment. The interpreter must acquire the axiological awareness of the delicacy, and at the same time the decisiveness, of his intervention towards a now unrepeatable manifestation of will, if it is true that the event of death is a condition of perfection and legal relevance of the act before third parties.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-5-Franco

Alessandra Leuzzi

LA RINUNCIA ABDICATIVA AL DIRITTO DI PROPRIETÀ IMMOBILIARE, A MARGINE DELLE SEZIONI UNITE

Sommario: 1. Profili introduttivi e ricognizione del problema. – 2. La rinuncia alla proprietà immobiliare nella recente evoluzione giurisprudenziale e dottrinale. – 3. L'approdo ermeneutico delle Sezioni Unite in senso favorevole all'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà sul bene immobile. – 4. La soluzione preferibile, favorevole all'ammissibilità della rinuncia. – 4.1. Perplessità sulla preclusione di un sindacato sulla meritevolezza dell'atto di rinuncia. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Fino a qualche tempo fa la rinuncia ai diritti reali immobiliari riguardava nella pratica soprattutto i diritti reali minori, come usufrutto, servitù e abitazione, essendo, invece, la rinuncia alla proprietà immobiliare tanto rara da poter essere considerata un "caso di scuola". E per lungo tempo la dottrina civilistica si era mostrata concorde nel ritenere pacificamente ammissibile la rinuncia ai diritti reali, sulla base dell'idea tradizionale secondo cui la rinunciabilità rappresenta un predicato del diritto reale, costituendo una delle residue facoltà dello *ius utendi et abutendi*. In altre parole, era ricorrente l'affermazione alla cui stregua il potere di rinunciare al diritto, così come il potere di alienarlo, rappresenta una caratteristica propria dei diritti disponibili, espressione del potere di disposizione insito in genere in ogni diritto soggettivo di carattere patrimoniale, categoria nella quale vanno ricompresi senz'altro anche i diritti reali[1]. Per conseguenza la rinuncia veniva sempre considerata ammessa.

[1] In questo senso B. Biondi, *Le donazioni*, nel *Trattato Vassalli*, XII, Torino, 1961, 404; F. Macioce, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Eppure, tale tradizionale assetto ben presto ha iniziato ad essere messo in discussione. In particolare, la fase dell'inflazione e l'aumento della pressione fiscale sugli immobili hanno determinato il diffondersi nella prassi negoziale della rinuncia alla proprietà immobiliare, che viene vista dai proprietari come una sorta di rimedio per liberarsi definitivamente di un bene che, a causa degli alti costi di gestione e di manutenzione, finisce per diventare un peso insostenibile.

In questo quadro la questione ha così conosciuto una potente rinascita di interesse, documentata dal succedersi di numerose monografie, scritti e sentenze in merito alla delicata problematica dell'ammissibilità della rinuncia alla proprietà immobiliare[2], al punto che recenti ricostruzioni della materia hanno inteso sottoporre a revisione critica la tradizionale impostazione che ne predicava l'ammissibilità, concludendo in senso ostativo alla medesima. Anche i notai, di fronte alle numerose richieste dei propri clienti, si sono rivolti al Consiglio nazionale del notariato, domandando la validità o meno dei predetti atti di rinuncia abdicativa e la conseguente possibilità per il notaio di ricevere tali atti. Il Consiglio nazionale del notariato con un dettagliato studio[3] ne ha affermato la generale validità, spingendo numerosi proprietari a rinunciare al proprio bene – ormai divenuto diseconomico –, il quale, in forza del disposto dell'art. 827 c.c., è stato acquisito automaticamente al patrimonio dello Stato, con la conseguente assunzione in capo al soggetto pubblico altresì dei costi e delle responsabilità connesse alla titolarità del diritto. È facile comprendere come la rinunciabilità del diritto di proprietà ha così

928, nonché G. Sicchiero, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 664. Più di recente cfr. F. G. Viterbo, *La rinuncia del comproprietario al suo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 387 e G. Iaccarino, *La rinuncia al diritto di (com)proprietà nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2016, 579. Sembra invece escludere che l'atto di rinuncia costituisca un vero e proprio atto di disposizione, A. De Mauro, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018, 86, nonché R. Franco, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): tra dogmatica ed ermeneutica degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 2024, 2, 296 ss.

[2] Sul tema, G. Guizzi, *In tema di rinuncia alla multiproprietà immobiliare*, in *Riv. not.*, 2014, 5, 875 ss.

[3] Studio n. 216-2014/C del Consiglio Nazionale del Notariato, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, di M. Bellinvia, Approvato dall'Area Scientifica - Studi Civilistici il 21 marzo 2014.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

cominciato ad essere oggetto di discussione e di opinioni discordanti tra gli interpreti, con esiti interpretativi riconducibili a diversi indirizzi. Un orientamento, prevalente, è favorevole ad un'aprioristica ammissibilità dello strumento giuridico della rinuncia alla proprietà; un altro indirizzo minoritario, invece, ne afferma la generalizzata inammissibilità; infine, secondo un'impostazione intermedia, la rinuncia abdicativa è ammissibile, ma occorre valutarne, volta per volta, sulla scorta dell'analisi della fattispecie concreta, la sua validità.

A riprova della rilevanza del tema, esso è stato altresì affrontato nel 2018 dall'Avvocatura Generale dello Stato[4], la quale ha espresso un parere di massima in ordine alla possibilità, per il privato, di rinunciare con atto unilaterale redatto da notaio al diritto di proprietà su un bene immobile a rischio di dissesto idrogeologico, dichiarando la nullità della rinuncia ogniqualvolta l'atto venga posto in essere dal privato al solo fine egoistico di traslare in capo all'Erario i costi necessari per le opere di consolidamento, di manutenzione o di demolizione dell'immobile, nonché le responsabilità per i danni che dovessero derivare dall'eventuale crollo/rovina dell'immobile. In particolare l'invalidità deriverebbe dalla non meritevolezza e/o illiceità della causa in concreto dell'atto *ex* artt. 1322 e 1343 c.c.; o, ancora, ad analogo esito si potrebbe pervenire applicando l'art. 1345 c.c., là dove l'atto di rinuncia al diritto di proprietà sia unicamente diretto al perseguimento di finalità non consentite dall'ordinamento, come quella di voler far ricadere sullo Stato la responsabilità per i danni derivanti dall'immobile. Sotto altro profilo l'atto di rinuncia potrebbe essere considerato in frode alla legge e quindi nullo in virtù dell'art. 1344 c.c., poiché obiettivamente volto al conseguimento di un risultato in contrasto con i limiti costituzionali delle facoltà e prerogative dominicali, nonché eventualmente nullo perché in contrasto con il generale divieto di abuso del diritto, ove la rinuncia venga posta in essere al solo fine di traslare in capo alla collettività gli oneri connessi alla titolarità del bene e le relative responsabilità, e, dunque, per una finalità disapprovata dall'ordinamento.

[4] Parere di massima dell'Avvocatura Generale dello Stato del 14 marzo 2018 n. 137950, *Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare. L'eventuale esperimento dell'actio nullitatis*, di G. PALATIELLO, in *Rass. avv. Stato*, 2019, 3, 217-226.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

È comprensibile come dopo tale parere il notaio fosse disincentivato a formalizzare atti di rinuncia alla proprietà immobiliare, atteso che l'art. 27 della legge notarile (che lo obbliga a ricevere gli atti) e l'art. 28 (che gli fa divieto di ricevere atti che siano «espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico») avrebbero potuto comportare, quale immediata conseguenza, una sua possibile responsabilità in termini di mancato e/o errato esercizio del potere di controllo dell'atto negoziale. Evidente appare, dunque, la rilevanza della questione di diritto. Eppure, nonostante le gravi difficoltà interpretative e applicative che essa suscita, fino ad ora non era stata ancora mai direttamente affrontata da alcuna pronuncia da parte della Corte di Cassazione[5]. Solo recentemente, al fine di dirimere il contrasto interpretativo insorto in ordine all'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare, il Tribunale di l'Aquila[6] e quello di Venezia[7] hanno disposto il rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. degli atti alla Suprema Corte di Cassazione, per l'eventuale indicazione altresì del perimetro

[5] La rinuncia abdicativa, infatti, è stata marginalmente considerata dalla Suprema Corte di Cassazione in alcune pronunce in cui è stata affrontata la questione della rinuncia a fare valere l'acquisto all'usucapione, come ipotesi distinta dalla rinuncia ad un diritto di proprietà già acquisito: così, ad esempio, Cass., 28 maggio 1996, n. 4945; Cass., 5 settembre 1998, n. 8815 e Cass., 19 gennaio 2018, n. 1363. Inoltre la rinuncia abdicativa è stata incidentalmente considerata dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 1907/1997, in tema di risarcimento del danno da occupazione appropriata, laddove si è affermato che il fatto che il privato non perda la proprietà del bene, laddove non risulti operante una valida dichiarazione di pubblica utilità «non esclude peraltro la possibilità dell'interessato di avvalersi, come nella specie si è avvalso, di un'azione di risarcimento del danno per perdita definitiva del bene, ponendo in essere un meccanismo abdicatorio che non manca di riscontri nel nostro ordinamento positivo (artt. 1070, 1104, 550 c.c.)». La questione, inoltre, è stata recentemente trattata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sempre nell'àmbito della materia dell'espropriazione, con riferimento alla possibilità di riconoscere una implicita rinuncia abdicativa nell'atto di proposizione in giudizio della richiesta di risarcimento del danno per perdita della proprietà illecitamente occupata dalla P.A. in seguito all'irreversibile trasformazione del fondo occupato, quesito cui il Supremo consesso amministrativo ha dato risposta negativa, senza tuttavia entrare nel merito della generale ammissibilità dell'istituto. Ci si riferisce a Cons. St., Ad. Plen., 20 gennaio, 2020, n. 2.

[6] Trib. l'Aquila, ord. 15 gennaio 2024, n. 233.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

di sindacabilità da parte dell'Autorità giudiziaria dell'atto di rinuncia posto in essere dal privato, con particolare riferimento ai profili di meritevolezza degli interessi e alla causa in concreto del negozio. Detto quesito prendeva le mosse, in entrambe le fattispecie, da un giudizio promosso dal Ministero dell'economia e finanze e dall'Agenzia del demanio per la declaratoria di nullità, invalidità ed efficacia, nei confronti dello Stato, di atti di rinuncia aventi ad oggetto immobili sostanzialmente inservibili e privi di reale valore economico, sussistendo, nel primo caso, un vincolo di pericolosità elevata in base al piano di assetto idrogeologico redatto dalla regione Abruzzo e, nel secondo caso, il rischio di smottamenti o eventi franosi, rientrando il fondo in una zona definita di dissesto franoso.

La Prima Presidente della Corte di Cassazione, rispettivamente il 28 febbraio 2024 e il 25 giugno 2024, ritenendo ammissibili i rinvii pregiudiziali del Tribunale di l'Aquila e di quello di Venezia, ha disposto l'assegnazione della questione alle Sezioni Unite per l'enunciazione del principio di diritto, ritenendola questione di massima di particolare importanza.

2. Nel nostro ordinamento giuridico manca una disciplina compiuta dell'atto di rinuncia al diritto reale, stante l'inesistenza di una figura generale di rinuncia, cui attribuire il ruolo di modello ordinante nel quale far confluire una serie di fattispecie apparentemente similari, e rispetto al quale sarebbe possibile valutare eventuali deviazioni normative[8]. Esistono, invece, varie disposizioni che, in maniera più o meno esplicita, si riferiscono ad un'attività di rinuncia ai diritti reali immobiliari. Si tratta, tuttavia, in molti casi (si pensi alle riparazioni del muro comune di cui all'art. 882 c.c. o alle spese della comunione *ex* art. 1104 c.c., oppure, ancora, alla rinuncia alla proprietà del fondo servente, disciplinata all'art. 1070 c.c.) di norme che

[7] Trib. Venezia, ord. 22 aprile 2024, n. 4569.

[8] In questo senso G. Sicchiero, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 664, secondo il quale non esiste nell'ordinamento una figura principale di rinuncia, da cui non potrebbe arguirsi l'applicabilità o meno di disposizioni che in realtà risultano peculiari a fattispecie affatto diverse. In senso contrario, C. Coppola, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005, 59 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

disciplinano fattispecie particolari, in quanto ad esse la legge ricollega un effetto peculiare, quale l'estinzione dell'obbligazione di contribuzione alle spese non solo *pro futuro* (come sarebbe normale), ma anche per il passato e, quindi, anche per le spese già deliberate (cosiddetta rinuncia liberatoria). Fattispecie che si distinguono, dunque, dalla rinuncia di cui si discorre in questa sede che è unicamente quella cosiddetta abdicativa, in cui il solo obiettivo avuto di mira dal rinunciante è la perdita del diritto e, quindi, la fuoriuscita dello stesso diritto dalla propria sfera giuridica. Un riferimento esplicito all'atto di rinuncia è altresì contenuto nella previsione dell'art. 1350, n. 5), c.c., che dispone l'obbligo di redazione nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata, sotto pena di nullità, degli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri 1), 2), 3) e 4) del medesimo art. 1350 c.c. e, quindi, in sostanza, degli atti di rinuncia ai diritti reali immobiliari. Disposizione che, del resto, trova corrispondenza nell'art. 2643, n. 5), c.c., che prevede la trascrizione degli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati dai numeri 1), 2), 3) e 4) dello stesso art. 2643 c.c., e, dunque, degli atti di rinuncia ai diritti reali immobiliari[9]. Come è evidente, dunque, si tratta di un dato normativo esiguo e nemmeno dirimente ai fini della soluzione della questione di diritto che in questa sede ci occupa, considerato, peraltro, che le argomentazioni fondate sul dato letterale contenuto negli articoli sopra citati sono state utilizzate a sostegno delle proprie impostazioni sia da coloro che si dichiarano favorevoli all'ammissibilità dell'atto di rinuncia al diritto di proprietà immobiliare, sia da coloro che, invece, concludono in senso ostativo alla medesima ammissibilità. Sono, dunque, intuibili le difficoltà che incontra l'interprete nella ricostruzione dello stesso atto di rinuncia, nonché la complessità delle problematiche che ruotano intorno alla questione relativa all'ammissibilità dell'istituto della rinuncia alla proprietà immobiliare.

[9] In proposito, L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002, 428, nt. 19, la quale, a sostegno dell'ammissibilità della rinunzia quale negozio estintivo di diritti reali, richiama gli artt. 1350, n. 5) e 2643, n. 5), c.c. Nello stesso senso, R. QUADRI, *La rinunzia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018, 6, e L.V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, I, *Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

È ricorrente l'affermazione alla cui stregua il potere di rinunciare al diritto sarebbe una caratteristica propria dei diritti disponibili, espressione, appunto, dello stesso potere di disposizione tipico dei diritti patrimoniali, sebbene manifestantesi in senso negativo. In altri termini, assumendo come dato pacificamente acquisito che la facoltà di rinuncia sia coessenziale ad ogni situazione giuridica (fatti salvi gli espressi divieti legislativi) e che, pertanto, la disponibilità coincida sempre con la rinunciabilità e viceversa[10], la dottrina pressoché unanime è giunta a ritenere ammesso il ricorso allo strumento giuridico della rinuncia alla proprietà, in quanto facoltà appartenente al nucleo stesso del diritto di proprietà e quindi sempre spettante al proprietario. Per contro, vi è chi ha sostenuto come non sia consentito dedurre il connotato della rinunciabilità del diritto dall'altro carattere più generale della disponibilità, dovendosi, invece, tenere concettualmente distinte le categorie della disponibilità e quella della rinunciabilità, giustappunto perché nessuno degli interessi che si soddisfano con l'esercizio del potere dispositivo trovano realizzazione con la manifestazione della rinuncia che, invece, ne contraddice la titolarità, esprimendo la sola volontà di dismettere e/o abdicare l'investitura. Per l'effetto, potrebbe revocarsi in dubbio la diffusa affermazione secondo cui la rinuncia al diritto di proprietà immobiliare sarebbe sempre ammissibile in quanto espressione della verificata legittimazione alla disposizione del diritto[11], e ritenere, in-

[10] In questo senso F. Macioce, *Rinunzia*, cit., 927 ss. Secondo F. Meglio, *Note in tema di rinunzia alla proprietà, tra categorie dogmatiche e istanze pratiche*, in *Jus Civile*, 2019, 6, 637, non vi è dubbio che il diritto di proprietà, in quanto disponibile, sia perciò suscettibile di rinunzia. Giunge alla medesima conclusione anche N. Scarano, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (esclusiva) sui beni immobili: osservazioni sui più recenti orientamenti e prospettive comparate*, in *Contr. impr.*, 2021, 959 ss. In senso contrario, R. Franco, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): tra dogmatica ed ermeneutica degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 2024, 55 ss., secondo il quale «la diffusa acquisizione della coessenzialità del potere di rinunzia con quello di disposizione avrebbe dovuto rappresentare più un esito interpretativo abbisognevole di verifiche argomentative che non un assiomatico postulato da cui poi muovere i successivi passi del ragionamento che avrebbero condotto alla piena, astratta e generale ammissibilità della rinunzia alla proprietà immobiliare».

[11] R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

vece, che la rinuncia alla proprietà, pur essendo teoricamente e astrattamente ammissibile, sia in ogni caso abbisognevole di una costante verifica in concreto, in esito ad un'attività di valutazione fondata su un congruo bilanciamento di tutti gli interessi (anche dei terzi) che siano direttamente o indirettamente coinvolti nella vicenda abdicativa. Bilanciamento che, in assenza di un dato normativo esplicito, dovrà essere compiuto alla stregua dei principi generali di un ordinamento costituzionalmente orientato. Anche a non voler convenire con l'impostazione sinora esposta e condividendo, invece, la prevalente linea di pensiero che riconduce la facoltà di rinuncia nell'àmbito del potere di disposizione, resta comunque da accertare, in concreto, la legittimità dell'atto alla stregua del criterio di disponibilità del diritto e del bene immobile che ne forma oggetto.

Nel dibattito relativo alla rinunciabilità del diritto di proprietà un ruolo di spicco è assunto dalla giurisprudenza amministrativa, alla cui stregua la rinuncia abdicativa al diritto di proprietà dovrebbe considerarsi addirittura implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte dell'irreversibile trasformazione del fondo, nell'ipotesi di occupazione di quest'ultimo da parte della pubblica amministrazione non seguita da espropriazione legittima per la realizzazione di opera pubblica[12]. Di là dalle perplessità[13] che solleva la configurazione di un'eventuale rinuncia implicita, la giurisprudenza in questione sembra rinvenire il fondamento della perdita del diritto proprio nel menzionato atto di rinuncia implicita. Dal che se ne può trarre, quale logica conseguenza, che lo stesso atto di rinuncia al diritto di proprietà sarebbe ritenuto ammissibile. Più

1968, 144 ss. Aderiscono all'impostazione, più di recente, R. Franco, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare)*, cit., 49 ss.; A. De Mauro, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 24.

[12] In questo senso Cons. Stato, 7 novembre 2016, n. 4636; Cons. Stato, 30 giugno 2017, n. 3234. Anche Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2015, n. 735, riconosceva al proprietario che avesse subito l'occupazione da parte della pubblica amministrazione, in alternativa alla restituzione del bene, la tutela risarcitoria, con una implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato.

[13] Sul punto cfr. A. Iannelli, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980, 356. Più recentemente, ha manifestato perplessità in ordine alla configurazione di una rinunzia implicita, R. Quadri, *La rinunzia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018, 32.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

recentemente la giurisprudenza amministrativa ha cambiato orientamento, arrivando a negare non soltanto la possibilità per il privato di rinunciare alla proprietà del bene occupato dalla pubblica amministrazione, ma persino l'esistenza nel nostro ordinamento della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare quale istituto di carattere generale[14]. Nessuna delle norme addotte a giustificazione della generale ammissibilità della rinuncia sarebbe, secondo tale recente impostazione, dirimente. In particolare, l'art. 1350, n. 5), c.c., si riferirebbe a fattispecie di natura contrattuale, che abbiano ad oggetto atti di trasferimento di beni immobili ai quali le parti rinunciano, determinando il riacquisto della proprietà in capo al soggetto che lo aveva precedentemente trasferito al rinunciante. Considerazioni analoghe varrebbero per l'art. 2643, n. 5), c.c., che non dovrebbe riferirsi ai diritti in sé, dovendosi piuttosto concludere che richiami i diritti nascenti da determinati contratti. Neppure l'art. 827 c.c. offrirebbe validi e risolutivi argomenti a sostegno del recepimento generalizzato nel nostro ordinamento della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, dovendo ritenersi che la norma sia stata introdotta unicamente per dare «una proprietà a quei beni immobili rispetto ai quali non sia possibile risalire ai proprietari dai precedenti registri immobiliari e catastali ovvero a dare "copertura" a fattispecie imprevedibili ed estreme, non riconducibili ad alcuna delle ipotesi di acquisto della proprietà già previste dal codice»[15]. L'accennato orientamento conclude affermando che, in assenza di un'esplicita previsione legislativa avente ad oggetto la rinuncia al diritto di proprietà immobiliare, deve dubitarsi che il legislatore con l'introduzione dell'art. 827 c.c. abbia inteso addossare sullo Stato, quale conseguenza seppure indiretta dell'acquisto della proprietà, le responsabilità per la custodia del bene. Il campo di operatività della rinuncia dovrebbe essere limitato alle sole ipotesi previste dalla legge, che, come è facile evidenziare, costituiscono fattispecie affatto diverse rispetto alla rinuncia abdicativa, se non altro in quanto accomunate dal fatto che, in sèguito all'atto di rinuncia, la proprietà non rimane acefala, né si determinerebbe una *vacatio* nella titolarità del

[14] Tar Piemonte, 28 marzo 2018, n. 368.

[15] Nello stesso senso, Trib. Genova, 5 febbraio 2019.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

bene, ma piuttosto l'estinzione del diritto e la corrispondente riespansione della proprietà o l'accrescimento delle quote altrui. A ciò si aggiunga come, dall'esame delle disposizioni che espressamente prevedono ipotesi di rinuncia a diritti reali, lungi dal potersi dedurre il carattere generale dell'istituto, sembrerebbe evincersi l'ammissibilità dello stesso solo ove sia funzionale alla corretta gestione ed alla valorizzazione del bene immobile, coerentemente con l'art. 42 Cost.

Recentemente, anche una parte della dottrina, discostandosi dal tradizionale orientamento tendente a riconoscere l'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà immobiliare, ha optato per una ricostruzione volta chiaramente a negare cittadinanza nel nostro ordinamento alla facoltà abdicativa al medesimo diritto[16], fornendo una diversa interpretazione delle disposizioni di cui agli artt. 1350, n. 5) e 2643, n. 5) c.c., le quali, lungi dal riconoscerla o dall'affermarla, solo la presupporrebbero[17]. Accanto a tali considerazioni di carattere prevalentemente formale, ulteriori argomenti a sostegno della tesi ostativa al riconoscimento della rinuncia vengono rinvenuti nel valore della funzione sociale della proprietà contemplato dall'art. 42 Cost., il quale verrebbe conculcato là dove venisse consentito al proprietario di porre in essere condotte dismissive aventi ad oggetto beni immobili considerati non più convenienti. Proprio il riferimento alla funzione sociale consentirebbe di ritenere preclusa l'abdicazione al diritto di proprietà immobiliare, tutte le volte in cui l'interesse del

[16] G. Orlando, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, in *Dir. econ.*, 2021, 233 ss., argomenta principalmente in forza del principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà. Secondo autorevole dottrina (G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 41; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria degli atti di ultima volontà*, Milano, 1954, 115 ss.) nel nostro ordinamento è operante il principio di tipicità degli atti unilaterali, che impedisce all'autonomia privata non soltanto di dare vita a figure negoziali differenti da quelle espressamente disciplinate dalla legge, ma al contempo anche di determinare liberamente il contenuto di quelle tipiche. E invero, in assenza di una norma che ammetta la figura del negozio dell'abbandono unilaterale tipico, non potendo rivestire quest'ultimo le forme dell'atipicità, si esclude l'ammissibilità. In senso contrario, C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 2010, 177 ss.; E. Damiani, *Sull'inutilità del negozio unilaterale atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 599.

[17] U. La Porta, *La rinunzia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 484 ss.; A. De Mauro, *La rinuncia*, cit., 193 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

privato alla soccombenza sia posto in concorrenza con interessi (di terzi o generali dell'ordinamento) che verrebbero negativamente incisi dall'abdicazione. Non a caso, una recente ricostruzione ha accostato il tema della rinuncia del diritto di proprietà immobiliare a quello dell'abuso del diritto, ravvisando nell'atto abdicativo una vera e propria condotta abusiva tutte le volte in cui la stessa venga posta in essere al solo fine egoistico di trasferire in capo alla collettività gli oneri connessi alla titolarità del bene, provocando in questo modo un danno sproporzionato a terzi rispetto al vantaggio conseguito dal titolare del diritto[18].

A sostegno dell'impostazione ostativa al riconoscimento dell'ammissibilità dell'atto di rinuncia al diritto di proprietà, viene anche proposta un'interpretazione differente dell'art. 827 c.c., individuando in tale norma una «disposizione di chiusura» del sistema, introdotta al fine di evitare che possano esistere beni immobili acefali, considerabili alla stregua di *res nullius* e, come tali, acquisibili per occupazione da parte di chiunque. In altri termini, con l'introduzione dell'art. 827 c.c., il legislatore avrebbe semplicemente inteso evitare le situazioni in cui beni immobili possano venire a trovarsi privi di un proprietario, senza con ciò voler ammettere e consentire al privato di rinunciare al proprio diritto di proprietà, rendendo vacante il bene. Diversamente opinando lo Stato si troverebbe esposto all'acquisto automatico di beni non più convenienti, fonte di oneri e costi.

In questa prospettiva, solamente una previsione normativa espressa potrebbe legittimare il riconoscimento in capo al proprietario del potere di rinunciare al diritto di proprietà su beni immobili, atteso che le ipotesi di rinuncia espressamente regolate dal legislatore, lungi dal declinare un sistema normativo da cui possa ricavarsi, con sufficiente certezza, un potere generalizzato di rinuncia, tutte si riconducono a fattispecie cosiddette liberatorie, nelle quali eccezionalmente il legislatore consente al titolare del diritto di proprietà di

[18] Cfr., in tal senso, il pensiero di A. Quarta, *Cose derelitte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, 798, il quale accosta il tema dell'abbandono del bene immobile a quello dell'abuso del diritto. A. De Mauro, *op. cit.*, 194, richiama la categoria dell'abuso del diritto con specifico riferimento al tema della rinunzia al diritto di proprietà immobiliare.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

liberarsi – non solo *pro futuro*, ma anche per il passato – di tutte quelle obbligazioni che, in quanto *propter rem*, implicano l'esistenza del rapporto con la *res*.

3. Compiuta una sia pure sintetica ricognizione del vivace dibattito che da tempo anima il nostro Paese sul tema della rinuncia alla proprietà immobiliare, si ritiene opportuno, ora, analizzare l'approdo ermeneutico cui sono pervenute le Sezioni Unite in ordine alla questione di massima di particolare importanza prospettata[19], compendiabile nell'interrogativo se sia ammissibile la rinuncia abdicativa al diritto di proprietà sui beni immobili nonché un eventuale sindacato giudiziale sull'atto.

Le Sezioni Unite hanno aderito a quell'indirizzo dottrinale favorevole ad un'aprioristica ammissibilità dello strumento giuridico della rinuncia alla proprietà, affermando in modo inequivoco il principio di diritto in virtù del quale la rinuncia alla proprietà immobiliare espressa dal titolare trova causa, e quindi anche riscontro della meritevolezza dell'interesse perseguito, in sé stessa e non nell'adesione di un altro contraente, poiché la funzione tipica dell'atto è solo quella di dismettere il diritto, in quanto modalità di esercizio e di attuazione della facoltà di disporre della cosa accordata dall'art. 832 c.c., senza che abbiano rilievo interessi pratici del *dominus* diversi dall'intenzione puramente abdicatoria nonché la destinazione del bene e il suo eventuale acquisto da parte di altro soggetto, producendosi *ex lege* l'effetto riflesso dell'acquisto dello Stato a titolo originario, in forza dell'art. 827 c.c.[20].

[19] Cass., Sez. Un., 11 agosto 2025, n. 23093, in *Riv. not.*, 2025, fasc. 6, con nota di C. Cicero, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare. Prime chiose critiche a margine delle sezioni unite.*

[20] La giurisprudenza della Corte di Cassazione descrive l'art. 827 cod. civ. come fattispecie produttiva di un effetto giuridico conseguente ad una determinata situazione di fatto, quale la vacanza del bene immobile (Cass., 2 marzo 2007, n. 4975; Cass., 27 gennaio 1976, n. 256), ovvero come ipotesi di acquisto "*a carattere chiaramente originario*", a differenza dell'acquisto *iure successionis*, e quindi a titolo derivativo, dei beni (immobili, mobili e crediti) in caso di devoluzione dell'eredità allo Stato per mancanza di altri successibili, ai sensi dell'art. 586 cod. civ. (Cass., 11 marzo 1995, n. 2862).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Attraverso un'accurata disamina dell'art. 832 c.c. le Sezioni Unite sono giunte ad affermare a chiare lettere la validità dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, condividendo l'affermazione alla cui stregua il potere di rinunciare al diritto, al pari del potere di alienarlo, sarebbe una caratteristica propria dei diritti disponibili, espressione, appunto, dello stesso potere di disposizione tipico dei diritti patrimoniali, siccome inteso non come limitato allo *jus vendendi*, ma come potere di scegliere le possibili destinazioni del bene e di modificarne l'organizzazione produttiva, quale profilo più intenso del diritto di godere[21]. E in quanto atto unilaterale diretto ad estinguere un diritto patrimoniale, nella specie modalità di esercizio della facoltà di disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo accordata dall'art. 832 c.c., l'unico interesse e l'unico intento ad avere rilievo giuridico sarebbero quelli dell'autore della dichiarazione di rinuncia[22]. Così delineata, la rinuncia alla proprietà immobiliare espressa dal titolare troverebbe causa in sé stessa e non nell'atto di un ‹‹altro contraente›› cui sia destinata.

Le Sezioni Unite si sono soffermate altresì sull'ulteriore argomentazione addotta a sostegno dell'inammissibilità dell'atto di ri-

[21] In questo senso Cass., Sez. Un., 15 novembre 2022, n. 33645 e n. 33659.

[22] A tal proposito Cass., Sez. Un., 11 agosto 2025, n. 23093 hanno precisato che «l'unilateralità e non recettizietà dell'atto di rinuncia abdicativa alla proprietà di un immobile sono conseguenze dell'interesse individuale che essa realizza con la dichiarazione del titolare del diritto soggettivo diretta unicamente a dismettere il medesimo. Tale dichiarazione va manifestata nel mondo esterno perché produca il suo effetto mediante atto pubblico o scrittura privata e va trascritta perché sia opponibile a determinati terzi, ma non deve rivolgersi ad una determinata persona perché ne abbia conoscenza, seppure si tratti di persona interessata alla rinuncia. […] L'adempimento della trascrizione *ex* art. 2643, n. 5, cod. civ. (ove si parla di atti ‹‹tra vivi››, al pari dell'art. 1324 cod. civ.) della rinuncia alla proprietà immobiliare contro il suo autore, in quanto atto abdicativo unilaterale, non ha efficacia costitutiva e nemmeno svolge, in realtà, la funzione tipica, disposta dall'art. 2644 cod. civ., di dirimere i possibili conflitti tra più acquirenti a titolo derivativo dal medesimo dante causa, producendosi il conseguente acquisto dello Stato, stabilito dall'art. 827 cod. civ., a titolo originario, ove sia dimostrata la situazione di fatto della vacanza del bene. […] In quanto atto non recettizio e pure privo di alcun effetto liberatorio, la prescrizione di un onere comunicativo in capo al rinunciante, che si aggiunga all'adempimento dell'onere della trascrizione, inerisce non al campo delle regole di validità e di efficacia della rinuncia, quanto a quello delle regole di comportamento, che possono essere soltanto fonte di eventuale responsabilità».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

nuncia alla proprietà immobiliare, facente leva sul richiamo al concetto di «funzione sociale», quale espresso dall'art. 42, comma 2, Cost., che chiede alla legge di riconoscere e garantire la proprietà privata determinandone i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne, appunto, la ‹‹funzione sociale››. A tal proposito le Sezioni Unite hanno sottolineato come quest'ultimo principio, per quanto espressivo del dovere del proprietario di partecipare alla soddisfazione di interessi generali, non imporrebbe al privato di essere e di restare proprietario per motivi di interesse generale o di esercitare i suoi poteri in maniera funzionale al sistema socio-economico, restando il godimento del bene forma di esercizio del diritto di proprietà appartenente al titolare per il soddisfacimento di un interesse patrimoniale da lui disponibile. Da ciò deriva che – affermano le Sezioni Unite – là dove le facoltà di godere e disporre della cosa risultino annullate, e non residui alcuna utilità patrimoniale per il *dominus*, verrebbe meno la medesima proprietà, non potendosi riqualificare il titolare come gestore nell'interesse collettivo. Parimenti l'art. 2 Cost., pur giustificando la prescrizione al proprietario di obblighi e di comportamenti in funzione di salvaguardia di interessi fondamentali aventi rilevanza collettiva, quali, in particolare, la tutela della salute e dell'ambiente, non determinerebbe l'imposizione della proprietà privata in sé allo scopo esclusivo di vincolare il proprietario a continuare a sostenerne i costi di gestione altrimenti gravanti sulla collettività, così trasformando la proprietà privata in una funzione pubblica. Tanto più considerato che dal vigente regime ordinamentale di appartenenza dei beni, ricavabile dal secondo e dal terzo comma dell'art. 42 Cost., emergerebbe l'imprescindibilità del ruolo del legislatore ai fini dell'introduzione di eventuali limitazioni di liceità della facoltà di rinunciare alla proprietà degli immobili diseconomici, attraverso una legge che renda oggettivamente identificabili a priori tali immobili per contrassegni intrinseci e che sia rivolta alla generalità dei soggetti i cui beni si trovino nelle accennate situazioni. Limitazioni espresse che, invece, non sembrano potersi scorgere all'interno dell'ordinamento giuridico, come sarebbe altrimenti consentito dall'art. 42, comma 2, Cost., ove si ravvisasse un immediato controinteressato che, a tutela della propria sfera giuridica, potesse opporre il veto all'effetto abdicativo, in maniera da costringere il rinunciante a rimanere titolare della proprietà.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Condivisibilmente non viene considerato dalle Sezioni Unite decisivo per affermare l'irrinunciabilità della proprietà immobiliare nemmeno l'*iter* argomentativo che desume l'inestinguibilità del diritto dall'imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione, e considerando il non uso equivalente ad una rinuncia implicita, arriva a negare la rinunciabilità dei beni immobili. Basta a tal proposito rilevare come la previsione di cui all'art. 1350, n. 5, c.c. induce ad escludere una simile equivalenza e, quindi, l'idoneità della rinuncia implicita a produrre l'effetto abdicativo rispetto al bene immobile.

Con riferimento poi ai vari argomenti adoperati nel vasto dibattito generatosi negli ultimi anni per sindacare, sotto i profili dell'invalidità, dell'immeritevolezza o dell'abusività, l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, alcuni si appellano ad esigenze di tutela riflessa dei soggetti che si trovano in altre situazioni inerenti al bene, facendo leva sulle categorie degli atti emulativi e dell'abuso del diritto[23]. A questo proposito per i giudici del Supremo Consesso la rinuncia potrebbe rivelarsi, di caso in caso, atto inutile o dannoso soltanto se volta a perseguire esclusivamente un interesse insuscettibile di valutazione economica rispetto alla *res*, e quindi di per sé estraneo all'esercizio della proprietà, in quanto non riconducibile all'astratta possibilità di soddisfare i bisogni del *dominus*. Ma una volta delineata la rinuncia abdicativa alla proprietà quale modalità di attuazione dei poteri dominicali di utilizzazione e di scelta della destinazione del bene, le categorie invocate degli atti emulativi e dell'abuso del diritto non potrebbero ergersi a limiti della stessa per la tutela di interessi altrui o per la salvaguardia di scopi generali di varia natura.

[23] Ci si riferisce a quegli indirizzi che ipotizzano controlli di meritevolezza e di validità sotto il profilo causale per cautelare l'amministrazione dall'eventualità di un atto abdicativo del privato che sia unicamente diretto a far ricadere su di essa la responsabilità dei danni provocati dall'immobile (il quale versi in condizioni di dissesto idrogeologico, o sia inquinato, o anche soltanto diruto o pericolante), oppure a provocare l'estinzione per confusione delle obbligazioni di diritto pubblico (in specie, di quelle tributarie), che vedono creditore lo Stato; così come a quegli orientamenti dottrinali che indagano la rinuncia alla proprietà immobiliare quale possibile ipotesi di abuso del diritto tributario, così da renderla inopponibile all'Amministrazione finanziaria, laddove risulti dimostrato che il negozio sia posto in essere soltanto per ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta ed in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di siffatti benefici.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Analogo discorso viene condotto con riferimento a quelle argomentazioni che vorrebbero esclusa la rinunciabilità alla proprietà immobiliare per esigenze di tutela dell'interesse all'integrità patrimoniale dei terzi, ove l'atto di rinuncia fosse rivolto ad incidere sul regime di responsabilità aquiliana derivante dalla proprietà immobiliare. In particolare è stato affermato che l'incidenza della responsabilità per i danni recati a terzi dalla cosa non può invocarsi quale limite della facoltà di rinunciare al diritto di proprietà sul bene, addossando al proprietario il dovere di rimanere tale, poichè la responsabilità per i danni che siano causalmente collegati alla proprietà di un immobile, e il cui fatto generatore si rinvenga nella negligente costruzione/manutenzione o custodia dello stesso, persiste anche in caso di rinuncia abdicativa al bene[24]. In forza dell'acquisto al patrimonio dello Stato, *ex* art. 827 c.c., quest'ultimo diviene vincolato per i soli obblighi gestori sorti dopo la rinuncia, mentre le responsabilità risarcitorie derivanti dalla pregressa gestione del bene immobile ed allo stesso proprietario concretamente imputabili, restano a carico di quest'ultimo, con la conseguenza che l'eventuale eliminazione di pericoli e l'eventuale ripristino della situazione preesistente dovrà avvenire a sue spese[25].

[24] Cfr. sul punto Cass., 7 agosto 2013, n. 18855, ove si precisa che l'obbligo di risarcire il danno, ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., non è un'obbligazione *propter rem*, che si trasferisce dal venditore al compratore insieme alla proprietà dell'immobile da cui il danno stesso proviene; Cass., 16 luglio 1966, n. 1924, e Cass., 3 marzo 1965, n. 360, precisavano che, ai fini della responsabilità *ex* art. 2053 cod. civ., il momento in cui la qualifica di proprietario dell'edificio assume rilevanza per l'individuazione del soggetto passivo è quello della avvenuta rovina della costruzione, restando ininfluenti i trasferimenti di proprietà avvenuti prima o dopo l'evento dannoso; ma si veda anche Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, per la autonomia dell'obbligazione risarcitoria rispetto alla proprietà del bene cui ineriscono i danni.

[25] Come evidenziato dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento 11 agosto 2025, n. 23093, «riveste significato in tale prospettiva altresì la ricostruzione operata nella sentenza di queste Sezioni Unite del 1° febbraio 2023, n. 3077, in tema di bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati, pervenendo alla conclusione che l'obbligo di adottare le misure di messa in sicurezza idonee a fronteggiare la situazione di inquinamento è a carico di colui che di essa sia responsabile per avervi dato causa, in base al principio "chi inquina paga", e non del proprietario incolpevole per il sol fatto che gli appartiene la titolarità del fondo. Nel medesimo angolo di visuale si colloca la sentenza 4 gennaio 2024, n. 199, che, a proposito del di-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Neanche l'art. 827 c.c.[26] potrebbe costituire argomento dirimente per affermare l'ammissibilità o l'inammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, atteso che tale disposizione rappresenta una regola di attribuzione a titolo originario allo Stato di tutti gli immobili non appartenenti ad alcuno, senza che rilevi che si tratti o meno di beni abbandonati da un precedente titolare, o di beni produttivi, o di beni aventi un residuo valore di mercato, avendo l'ordinamento esplicitato mediante tale regime di acquisto pubblico una funzione sovrana dello Stato sul territorio, ispirata da un ravvisato interesse pubblico a che gli immobili vacanti non diventino *res nullius* liberamente occupabili dai privati[27].

---

ritto di rivalsa della pubblica amministrazione nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese relative agli interventi di bonifica e ripristino ambientale eseguiti in via sostitutiva, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 22 del 1997 (e, successivamente, degli artt. 242, 244 e 250 del d.lgs. n. 152 del 2006), ha delineato i tratti di un'obbligazione indennitaria *ex lege*, gravante sul medesimo responsabile ed avente ad oggetto il recupero degli esborsi necessari all'espletamento di una "pubblica funzione", sostenuti "alla stregua di un peculiare meccanismo di sussidiarietà verticale", attraverso il quale, "a garanzia della tutela di un bene di interesse super-individuale e dotato di rilevanza costituzionale, è sempre assicurato il ripristino ambientale"».

[26] Sul punto Cass., Sez. Un., 11 agosto 2025, n. 23093, hanno dichiarato, oltre che non rilevanti, manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 827 cod. civ., in riferimento agli artt. 2, 3, 41, secondo comma, e 97 Cost., sollevate dal Ministero dell'economia e delle finanze e dall'Agenzia del demanio, ritenendo che «l'acquisto *ex lege* dei beni immobili vacanti da parte dello Stato, senza che sia riconosciuto un "potere di rifiuto eliminativo", non si pone affatto di per sé in contrasto con i principi fondamentali della solidarietà e dell'uguaglianza economica e sociale, non consente lo svolgimento di alcuna forma di esercizio della libertà di iniziativa economica in contrasto con l'utilità sociale, né arreca un *vulnus* ai principi del buon andamento finanziario e della programmazione dell'attività amministrativa. I dubbi dedotti in proposito dalle difese delle amministrazioni statali si risolvono, piuttosto, in inconvenienti di fatto, come tali inidonei a incidere sulla lamentata lesione di parametri costituzionali».

[27] L'acquisizione al patrimonio pubblico dei beni immobili che non sono proprietà di alcuno si spiega, quindi, come espressione della sovranità dello Stato, evolutivamente intesa non quale principio soggettivo di autorità, ma come sintesi dei valori essenziali della comunità che presentano precipuo rilievo costituzionale, quali, nella specie in materia di governo del territorio, quelli paesaggistici, ambientali, archeologici e di prevenzione dei rischi geologici, idrogeologici e sismici, e, prima ancora, in materia di «sicurezza», quelli collegati alla tutela dell'interesse generale alla incolumità delle persone.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Sulla base delle considerazioni svolte le Sezioni Unite sono, quindi, pervenute al riconoscimento dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà sui beni immobili.

Con riferimento, invece, al secondo profilo delle questioni rimesse dai Tribunali di L'Aquila e di Venezia, inerente all'‹‹*eventuale indicazione del perimetro del sindacato giudiziale sull'atto*›› in ordine alla meritevolezza e/o illiceità della causa, o all'illiceità del motivo o, ancora, alla frode alla legge ovvero alla nullità per contrasto col divieto di abuso del diritto[28], i giudici del Supremo Consesso hanno ritenuto non praticabili tutti questi rimedi invalidanti dell'atto, non potendosi comprendere tra i possibili margini di intervento del giudice un rilievo di nullità virtuale per contrasto con il precetto dell'art. 42, secondo comma, Cost.[29], o di nullità per illiceità della causa o del motivo.

Sotto un profilo formale – spiegano le Sezioni Unite –, osta a ritenere praticabile la soluzione dell'applicazione diretta da parte del giudice del principio della ‹‹funzione sociale›› la riserva di legge relativa contemplata dal secondo comma dello stesso art. 42 Cost., che condiziona la determinazione dei modi di acquisto, di godimento e dei limiti della proprietà privata. Ciò comporterebbe che le limitazioni della proprietà, preordinate ad assicurarne la funzione sociale, possono essere stabilite solo dal legislatore e non anche dal giudice. Sotto un profilo sostanziale, invece, non potrebbe considerarsi ipotizzabile un contrasto della rinuncia con l'art. 42, secondo comma, Cost., giacché tale norma non implica un dovere di essere e di restare proprietario per «motivi di interesse generale».

Ad avviso delle Sezioni Unite, inoltre, consistendo la rinuncia alla proprietà di un immobile in un atto di esercizio del dominio rea-

[28] Cfr., sul punto, gli approdi raggiunti da Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in ordine all'ambito del sindacato di meritevolezza *ex* art. 1322, secondo comma, cod. civ., ancorato al presupposto dell'atipicità del negozio; ovvero al controllo sul rispetto dei "limiti imposti dalla legge", di cui al medesimo art. 1322, primo comma, da compiersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali e sovranazionali.

[29] Sia pure inteso quale specificazione con riferimento alla proprietà privata dell'art. 2 Cost., per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (come evincibile da Corte cost., ordinanze 24 ottobre 2013, n. 248, e 2 aprile 2014, n. 77).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

lizzatore dell'interesse patrimoniale protetto dalla relazione assoluta di attribuzione tra soggetto e bene, essa non potrebbe prestarsi ad un impiego come strumento diretto ad eludere norme imperative per ottenere un risultato vietato dalla legge, né potrebbe pensarsi finalizzata esclusivamente al perseguimento di scopi riprovevoli ed antisociali. D'altro canto la rinuncia alla proprietà di un immobile non potrebbe dirsi nemmeno voluta per conseguire l'effetto di far ricadere sullo Stato le spese e i danni dei fondi in dissesto idrogeologico, inquinati o inutilizzati, giacché la conseguenza dell'insorgenza della responsabilità statale *propter rem* discenderebbe non dall'autoregolamento degli interessi dettato dal rinunciante, ma dall'acquisto *ex lege* stabilito dall'art. 827 c.c.

È stato chiarito, inoltre, come nemmeno il richiamo alla fattispecie dell'abuso del diritto potrebbe dirsi corretto al fine di contestare la legittimità dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, giacché quest'ultimo esprime essenzialmente l'interesse negativo del proprietario a disfarsi della titolarità del bene, per cui non sarebbe configurabile in capo al rinunciante un interesse positivo diverso da quello che giustifica il riconoscimento della situazione soggettiva[30].

Pertanto, e per concludere, le Sezioni Unite hanno escluso l'ammissibilità di un controllo giudiziale che preluda ad una tutela demolitoria dell'atto per la salvaguardia di scopi generali e di ragioni di efficienza economica, giacché la rinuncia alla proprietà immobiliare espressa dal titolare «trova causa» in sé stessa, dovendosi ritenere soddisfatto anche il controllo di meritevolezza dell'interesse perseguito, apprezzato con riferimento al potere dominicale di scegliere la destinazione economica da imprimere alla cosa e di utilizzarla in modo oggettivamente apprezzabile.

4. L'approdo ermeneutico cui sono pervenute le Sezioni Unite con la sentenza in commento relativamente alla prima questione devolutale con le ordinanze di rinvio pregiudiziale, inerente all'ammis-

[30] Non è, invece, in discussione la possibilità per i creditori del rinunziante alla proprietà di un immobile di proporre un'azione revocatoria per domandare che sia dichiarato inefficace nei loro confronti l'atto abdicativo di rinuncia, importando esso una pregiudizievole modificazione giuridico-economica della situazione patrimoniale del debitore.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

sibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà sui beni immobili, merita di essere condiviso, atteso che la soluzione favorevole all'ammissibilità rappresenta quella preferibile tra le altre concretamente praticabili, in quanto più coerente con il sistema e maggiormente in grado di realizzare la funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 Cost. E invero, inibire la rinuncia avrebbe determinato un'allocazione delle risorse poco efficiente e non funzionale «alla corretta gestione ed alla valorizzazione del bene immobile»[31], che invece si realizza in maniera più adeguata se è lo Stato a divenire proprietario del bene[32]. In altri termini, sovente proprio la permanenza del bene in capo al privato finirebbe per intaccare quegli stessi interessi generali che, attraverso il richiamo all'art. 42 Cost., si vorrebbero maggiormente tutelare precludendo al privato di rinunciare alla proprietà sull'immobile. Ad ogni modo non è nemmeno detto che l'acquisto del bene immobile oggetto di rinuncia apporti sempre un pregiudizio agli interessi della collettività, per cui il richiamo all'art. 42 Cost. non varrebbe comunque ad escludere, almeno in astratto e teoricamente, l'ammissibilità del potere di rinuncia del proprietario.

Del resto, l'idea che lo Stato possa assumere l'onere della gestione di immobili diseconomici[33] sembra tutt'altro che sconosciuta

[31] Declinazione che certo non esaurisce la funzione sociale ma che certo in questa è inclusa e che del resto lo stesso legislatore nell'art. 838 c.c. sembra evocare.

[32] Che lo Stato sia l'unico soggetto idoneo a recuperare una corretta gestione del bene è considerazione che sembrerebbe condivisa da V. Brizzolari, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, 220, per il quale è da ritenersi che «sia solo lo Stato a poter garantire la giusta redistribuzione della proprietà secondo criteri d'equità e giustizia sociale». Nello stesso senso anche R. Quadri, *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, cit., 47, il quale sottolinea come «ad ogni buon conto, quand'anche la situazione di degrado e pericolo venutasi a creare in relazione al bene immobile fosse ascrivibile all'inerzia del proprietario, sarebbero proprio quelle "esigenze di interesse pubblico" a giustificare il dovere dello Stato di assumere la gestione, ancorché onerosa, dell'immobile, non solo a seguito di procedura espropriativa, ma anche in conseguenza dell'atto abdicativo posto in essere dal proprietario del bene medesimo».

[33] Peraltro non di rado le ragioni che rendono il bene diseconomico possono non essere interamente ascrivibili alla colpa o alla negligenza del proprietario ma da lui subite, in quanto dipendenti (anche) dall'assenza di intervento tempestivo delle competenti autorità. Si pensi, per esempio, ai casi in cui il terreno sia inquinato e richieda un'intervento di bonifica o alle ipotesi di dissesto idrogeologico del terreno per il quale siano necessarie opere di consolidamento.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

al nostro sistema giuridico, se solo si pone mente all'art. 838, comma 2, c.c., il quale attribuisce all'autorità amministrativa il potere di espropriare allorché il deperimento del bene immobile del privato abbia «per effetto di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica»[34]. Ciò che preme evidenziare è che la norma, a fronte di una condotta inerte del proprietario e quindi, eventualmente, dello stesso abbandono del bene, legittima la sottrazione della proprietà al cittadino da parte dello Stato in vista della salvaguardia di esigenze di interesse pubblico, senza, tuttavia, porre quale condizione legittimante l'acquisto del bene da parte dello Stato il conseguimento di un risultato economicamente (e necessariamente) positivo.

Alle argomentazioni prospettate dalle Sezioni Unite se ne aggiungono altre di ordine letterale che conducono a ritenere non condivisibili le ricostruzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza, tendenti ad escludere il riconoscimento in capo al privato del potere di rinunciare al diritto di proprietà immobiliare. In primo luogo non appare convincente ritenere che gli artt. 1350, n. 5) e 2643, n. 5), c.c., si riferiscano alle sole ipotesi di rinuncia ai diritti derivanti dai contratti che abbiano ad oggetto il trasferimento della proprietà di beni immobili. E invero, l'opzione ermeneutica appare frutto di una interpretazione, oltreché fortemente restrittiva, anche artificiosa, ponendosi ben al di là del dato letterale[35]. Il legislatore se avesse effet-

[34] A. QUARTA, *Cose derelitte*, cit., 777, sottolinea come l'art. 838 c.c. «richiama in maniera indefinita il concetto di abbandono della conservazione, della coltivazione o dell'esercizio di beni, richiedendo un preciso comportamento del proprietario: sanziona dunque con la misura più grave, la perdita della proprietà, la condotta assenteista, imponendogli un comportamento attivo da tenere non soltanto nell'interesse della produzione nazionale, ma altresì di interessi, quali il decoro, l'arte e la storia che di per sé non sono suscettibili di una valutazione economica. Peraltro proprio questi elementi consentirebbero di emanciparla da quella interpretazione che intende questa previsione come un inutile retaggio della disciplina corporativa […]. In altre parole, sarebbe opportuno dare dell'art. 838 c.c. un'interpretazione costituzionalmente orientata, in armonia con la funzione sociale della proprietà prevista dall'art. 42 della Costituzione». Sembra invece eccessivo ritenere che «si potrebbe giungere a considerare la rinunzia quale una sorta di strumento, a disposizione del proprietario, per sopperire al mancato esercizio, da parte dello Stato, del potere espropriativo» (R. QUADRI, *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, cit., 46).

[35] In questo senso, cfr. R. QUADRI, *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, cit.,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

tivamente inteso limitare la rinunciabilità del diritto di proprietà alle sole ipotesi menzionate, ben si sarebbe potuto riferire non agli «atti di rinunzia ai diritti indicati ai numeri precedenti», ma agli «atti di rinunzia ai diritti derivanti dai contratti indicati ai numeri precedenti». A tacere del fatto che la ricostruzione in esame condurrebbe a revocare in dubbio anche la libera rinunciabilità dei diritti reali immobiliari limitati: se è vero che il potere di rinuncia deve trovare necessariamente fondamento in un precedente rapporto contrattuale, giustappunto la medesima conclusione dovrebbe essere estesa anche alle ipotesi di rinuncia ai diritti reali immobiliari limitati, considerata la portata omnicomprensiva delle disposizioni richiamate. Pare, invece, più convincente ritenere che dalle disposizioni in esame possa trarsi un argomento in favore dell'ammissibilità (almeno in astratto) dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, fatta salva poi l'esigenza di verificare in concreto l'attitudine del diritto che ne forma oggetto a subire la forza provocata dal potere dispositivo.

Anche considerare l'art. 827 c.c.[36] unicamente funzionale ad evitare la sussistenza di beni immobili per così dire originariamente privi di proprietario appare frutto di un'interpretazione poco attenta al dato letterale e, in generale, alle regole interpretative fissate dall'art. 12 delle preleggi[37]. Pur potendosi convenire sul fatto che l'art.

41, secondo il quale «delle disposizioni in parola si propone una lettura fortemente restrittiva, probabilmente non riferibile ad alcuna ipotesi di rinuncia "abdicativa"».

[36] L'intento chiarificatore sotteso all'introduzione della norma nell'attuale codice è dichiarato esplicitamente nella *Relazione al codice*, la quale, al n. 430 afferma: «Non ho apportato in questa materia innovazioni notevoli alle regole del codice del 1865, ma ho avuto cura di risolvere alcuni punti dubbi e le controversie che ne erano sorte. L'art. 923, riproducendo con lieve variante l'art. 711 del codice precedente, pone in evidenza che l'occupazione, come modo di acquisto della proprietà, è limitata alle cose mobili. L'esclusione della possibilità di acquistare per occupazione i beni immobili si coordina con la norma che ho introdotto nell'art. 827 per attribuire al patrimonio dello Stato i beni immobili che non sono di proprietà di alcuno. È così risolta una questione che traeva vita dalla formula generica dell'art. 711 del codice anteriore». Nel silenzio normativo, l'art. 711 parlava infatti di "cose" senza ulteriori specificazioni, e si discuteva molto nella dottrina anteriore all'attuale codice civile, sulla possibilità di considerare anche i beni immobili suscettibili di occupazione.

[37] In questo senso, L. Bozzi, *La rinuncia alla proprietà del bene "diseconomico"*, cit., 93. R. Quadri, *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, cit., 43, osserva

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

827 c.c. rappresenti una norma di chiusura del sistema, la cui *ratio* risieda nella volontà di impedire l'esistenza di beni immobili che non siano di proprietà di alcuno, non si comprende per quale ragione tale disposizione non possa riferirsi anche alle ipotesi in cui l'acquisto in capo allo Stato avvenga a séguito di un atto di rinuncia al diritto di proprietà del bene immobile, considerato peraltro che l'art. 827 c.c. si limita a statuire che i beni immobili che non sono proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato, senza precisare per quale ragione ciò sia accaduto. Ebbene, pare più convincente ritenere che il campo di applicazione dell'art. 827 c.c. possa essere esteso fino a ricomprendere gli acquisti conseguenti ad eventuali atti di rinuncia da parte del proprietario del bene immobile, di cui quindi costituirebbe anche giustificazione e riconoscimento (almeno) implicito. Del resto, diversamente opinando si renderebbe di fatto inapplicabile l'art. 827 c.c., determinandone, in pratica, l'abrogazione in via interpretativa, considerata l'esiguità delle ipotesi di «beni immobili che non sono in proprietà di alcuno».

Neppure si comprendono i rilievi sollevati dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui, a séguito dell'atto di rinuncia del proprietario, il diritto resterebbe acefalo, diversamente da quanto accadrebbe nelle ipotesi di rinuncia espressamente regolate dal legislatore, tutte accomunate dal fatto che, in conseguenza dell'atto abdicativo, non si avrebbe mai una *vacatio* nella titolarità del bene stante l'automatica espansione della proprietà o l'accrescimento delle quote altrui. Invero, anche il meccanismo acquisitivo di cui all'art. 827 c.c. pare connotato da un automatismo, tale da escludere i paventati rischi in ordine alla vacanza nella titolarità del bene.

Come pure si potrebbe osservare che l'esplicita esclusione della possibilità per il condomino di rinuncia al suo diritto sulle parti co-

---

che se «il ruolo dell'art. 827 cod. civ. fosse solo quello di impedire la sussistenza di immobili – per così dire originariamente – privi di proprietario e non anche quello, almeno indirettamente, di regolare le conseguenze di un eventuale atto di rinunzia da parte del proprietario, senza giustificarsi anche con l'attribuzione al proprietario della facoltà di rinunziare al proprio diritto, la relativa portata risulterebbe senz'altro eccessivamente svilita, attesa l'esiguità del novero delle ipotesi di "beni immobili che non sono di proprietà di alcuno"». Per il legame implicito tra il principio posto dall'art. 827 c.c. e la problematica relativa all'ammissibilità dell'atto di rinunzia alla proprietà, cfr., da ultimo, C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, cit., 85.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

muni, prevista dall'art. 1118 c.c.[38], sembrerebbe indurre, al contrario, a ritenere in generale gli altri diritti immobiliari rinunciabili, altrimenti risultando superflua una simile previsione espressa[39].

Tanto premesso, può ragionevolmente concludersi che non esistono ostacoli insormontabili al riconoscimento, almeno in astratto, del potere di rinuncia al diritto di proprietà immobiliare.

4.1. Suscita, invece, qualche perplessità la soluzione interpretativa accolta dalle Sezioni Unite con riferimento alla seconda questione devolutale, avente ad oggetto l'«eventuale indicazione del perimetro del sindacato giudiziale sull'atto» di rinuncia alla proprietà immobiliare.

Non può che lasciare perplessi la preclusione di un sindacato sulla meritevolezza dell'atto di rinuncia che, invece, si imporrebbe *ex* art. 1322, comma 2, c.c., letto in combinato disposto con l'art. 1324 c.c., al cospetto di una figura, come quella in questa sede esaminata, rispetto alla quale se ne ponga in discussione la tipicità, poiché il profilo causale del negozio non ha già formato oggetto di valutazione positiva da parte del legislatore. E, in effetti, come già rilevato, in tema di rinuncia alla proprietà non è dato riscontrare parametri normativi di riferimento tali da consentire l'individuazione di regole applicabili certe.

In questo contesto la meritevolezza, intesa come strumento che connota dall'interno le manifestazioni di volontà, conferendogli valutazione favorevole se in positivo gli interessi avuti di mira dal disponente attuano una funzione compatibile con i valori immanenti al sistema, assume rilievo fondamentale[40].

Vero è che la meritevolezza è una sintesi verbale[41]. È ormai am-

[38] Così come riscritto dalla l. 11 dicembre 2021, n. 220.

[39] In senso contrario, E. Damiani, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Cammino diritto*, Osservatorio notarile, ottobre-dicembre 2021, 4, per il quale «in tal caso non viene data per presupposta la validità della rinuncia, costituendo la stessa un'eccezione non alla generale facoltà di rinuncia, bensì all'ipotesi più stringente del primo comma dell'art. 1104 c.c., che espressamente ammette la rinuncia della quota di comproprietà, ipotesi ben diversa dalla generale rinuncia».

[40] In argomento, v. almeno P. Perlingieri, *Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204.

[41] G. Perlingieri, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54; C. Cicero, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, in *Riv. not.*, 2018, p. 1327.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

piamente superata la logica ottocentesca in cui si concepiva la proprietà unicamente come un insieme di diritti e facoltà che assegnano al titolare un potere assoluto e illimitato sulla cosa, dovendosi per converso ritenere il diritto dominicale come una situazione giuridica soggettiva gravata (anche) da obblighi, doveri e da limiti esterni posti dalle norme obiettive per ragioni di ordine superiore, e cui è affidato l'assolvimento della "funzione sociale", che diviene pertanto fondamento giustificativo dell'attribuzione al privato dei poteri proprietari nonché criterio determinativo del contenuto della situazione[42]. L'attribuzione del diritto, in altri termini, non è più incondizionata, essendo diventato dirimente a questi fini la considerazione del singolo in quanto membro di un organismo sociale.

Ed è proprio tale innovata considerazione dell'istituto proprietario, alla luce della funzione sociale, che induce a mettere in relazione la (generale e ammessa) facoltà di abdicazione con gli interessi dei terzi estranei all'autore dell'atto che nel concreto quest'ultimo finisce probabilmente per andare ad intaccare (cosiddetta teoria relazionale della proprietà)[43] in un loro complessivo e ragionevole bilan-

[42] La tesi della funzione sociale quale limite (o elemento) interno al diritto dominicale è sostenuta, in particolare, da S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1296-1297, oggi in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, 2013, 222-223. Nello stesso senso cfr. P. PERLINGIERI, *«Funzione sociale» della proprietà e sua attualità*, in «I maestri del diritto civile». *Salvatore Pugliatti*, a cura di S. Ciccarello, A. Gorassini, R. Tommasini, Napoli, 2016, 187 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 230 ss.

[43] ÈÀ di pressante attualità la lezione di S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, (già in *Atti del primo Congresso nazionale di Diritto Agrario Italiano*, Firenze, 1935, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2008, 843 ss., che insegnava come la nozione del diritto di proprietà «non può essere edificata soltanto sulla base dell'interesse privato. Non v'è diritto (soggettivo) che possa concentrarsi unicamente nell'interesse privato, poiché il diritto (obiettivo) obbedisce fondamentalmente a finalità di pubblico interesse: il diritto (soggettivo) privato si concreta nella protezione di un interesse del privato; ma la protezione è, essa stessa, di pubblico interesse; […] se il diritto di proprietà […] è riconoscimento e protezione di un interesse (privato) e attuazione – con detto riconoscimento e detta protezione – di un interesse pubblico, a quest'ultimo vanno commisurati i limiti, i termini e i modi del riconoscimento e della protezione». Con riferimento alla cosiddetta teoria relazionale della proprietà cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, 1 ss.; sul quale, di recente, il volume

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

ciamento che, in assenza di un dato normativo esplicito, dovrebbe avvenire all'esito di un ponderato giudizio compiuto dall'interprete alla stregua dei principi generali di un ordinamento costituzionalmente orientato. Sul punto, pur potendosi convenire con le Sezioni Unite in ordine al fatto che l'applicazione diretta da parte del giudice del principio della ‹‹funzione sociale›› sarebbe preclusa dalla riserva di legge relativa contemplata dal secondo comma dello stesso art. 42 Cost., non di meno tale principio continua a operare come necessario criterio di interpretazione o reinterpretazione della disciplina normativa proprietaria, al fine di accreditare o corroborare nuove ricostruzioni ermeneutiche delle norme, fino a giungere all'integrazione contenutistica delle stesse per farvi penetrare elementi dinamici di attuazione costituzionale di cui possano risultare carenti.

La pervasiva essenza funzionale e sociale della proprietà privata (immobiliare) dovrebbe allora orientare l'interprete nel compiere l'evocato giudizio di bilanciamento dei valori in gioco. Con la precisazione che una simile valutazione dovrebbe farsi in concreto con riferimento alla causa dell'atto di rinuncia e in relazione ad ogni singola fattispecie, avendo sempre di mira gli interessi effettivamente perseguiti dal rinunciante[44], onde individuare altresì le sfere soggettive dei terzi (direttamente o indirettamente) coinvolte dalla rinuncia medesima. Alla luce di tali considerazioni non pare condivisibile la prospettazione formulata dalle Sezioni Unite di un'unica causa costante dell'atto di rinuncia, tale da precludere (e da rendere del tutto irrile-

---

celebrativo in G. Carapezza Figlia, G. Frezza e P. Virgadamo (a cura di), *A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di Pietro Perlingieri*, Napoli, 2021, *passim*; G. Perlingieri, *La fallacia dei luoghi comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1492 ss., ove si afferma che per ogni diritto o posizione giuridica soggettiva «l'esistenza non può prescindere dalla coesistenza, sì che l'abuso di una situazione soggettiva […] non è certamente un bisticcio di parole o una logomachia, poiché in un ordinamento fondato sulla solidarietà, sulla funzione sociale e sull'utilità sociale (artt. 2, 41 e 42 Cost.) v'è sempre un "dovere" implicito in ogni situazione soggettiva "di rispetto altrui nella vita di relazione" e "di salvaguardare l'utilità altrui compatibilmente col proprio interesse"».

[44] In tal senso C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 198. Ancora attuale è l'insegnamento di V. Scalisi, voce *Negozio astratto*, in *Enc. del dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 54.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

vante) il perseguimento di scopi pratici ulteriori che non siano quello meramente dismissivo[45]. Tale tesi dottrinale non pare cogliere nel segno, essendo ancorata a posizioni risalenti agli inizi del secolo scorso in cui si postulava una rigidità dei tipi contrattuali. Posizioni oggi ampiamente superate alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali, i quali sono orientati verso una concezione meno rigida rispetto alla teoria oggettiva che un tempo identificava la causa solo nella funzione economico-sociale, essendo quest'ultima ormai fortemente contaminata dagli scopi che le parti intendono perseguire in concreto, cioè dalla ragione pratica dell'affare[46]. E con riferimento all'atto di rinuncia, non è detto che la dismissione del diritto ne esaurisca il profilo causale, ben potendo quest'ultimo essere maggiormente articolato. Il che postula la coeva attribuzione di rilevanza ad ulteriori interessi (oltre a quello puramente dismissivo), magari anche riferibili a soggetti terzi rispetto al proprietario[47], i quali, diversa-

[45] Sembrerebbe attribuire un rilievo del tutto limitato alla causa della rinuncia, G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., 661, per il quale, al di fuori di talune ipotesi, non sarebbe corretto discorrere in termini, appunto, di causa della rinuncia, dato che «il legislatore non sembra aver imposto alcun controllo di tipo sostanziale», secondo una prospettiva per la quale v. già L.V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, cit., 6, ove si sottolinea che la «mera dismissione del diritto, non rivolta a conseguire alcuna controprestazione né ad arricchire altri, si pone come espressione di libertà dell'individuo nell'esercizio del diritto oggetto di rinunzia». Parrebbe concludere per la ridondanza di ogni ragionamento sul concetto di causa con riferimento alla rinunzia al diritto di proprietà, C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, 120 ss., il quale conseguentemente sembra altresì escludere che l'atto di rinunzia possa incorrere nella nullità per mancanza ovvero illiceità della causa.

[46] Cfr., sul punto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 447; E. MOSCATI, *La causa del contratto*, in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 287 ss. La stessa giurisprudenza pare aver recepito il concetto di «causa in concreto», così disancorandosi dalla tradizionale visione della stessa causa quale funzione economico-sociale del contratto (per la quale non si può che rinviare all'insegnamento di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, 183) ed accostandosi, così, all'insegnamento di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 254, tendente a ricostruire la stessa causa in termini di funzione economico-individuale. In particolare cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941; Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947; Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437.

[47] L'idea che, in relazione all'atto di rinunzia, la ricerca degli interessi in gioco debba spostarsi al di fuori dell'atto sembrerebbe evocare, in un certo senso, la fe-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

mente atteggiandosi in relazione alle varie fattispecie concrete, contribuiscono alla definizione del profilo causale dell'atto di rinuncia, giustappunto mai omogeneo. In altri termini, la causa dell'atto di rinuncia non sarà mai in sé, come affermato dalle Sezioni Unite, giacché non ogni operazione negoziale ha il medesimo tessuto funzionale.

A tacere del fatto che risulta altresì criticabile la deduzione che viene compiuta del connotato della rinunciabilità, e dunque anche della meritevolezza dell'interesse perseguito, dall'altro carattere più generale della disponibilità dello stesso diritto, dovendosi, invece, tenere concettualmente distinte le categorie della disponibilità e quella rinunciabilità[48], giustappunto perchè nessuno degli interessi che si soddisfano con l'esercizio del potere dispositivo trovano realizzazione con la manifestazione della rinuncia che, invece, ne contraddice la titolarità, esprimendo la sola volontà di dismettere e/o abdicare l'investitura. Per l'effetto, potrebbe revocarsi in dubbio, in quanto destinata all'inconferenza dimostrativa, la diffusa affermazione secondo cui la rinuncia al diritto di proprietà immobiliare sa-

---

lice intuizione di R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 2012, 154 ss., alla cui stregua «la facoltà di rinunziare … in quanto è facoltà di dismettere il diritto, non è certo attribuita per la realizzazione degli interessi che attraverso l'esercizio del diritto vengono soddisfatti: sembra, pertanto, che non stia *nel* diritto, *bensì* fuori di esso». R. QUADRI, *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, cit., 61, ripropone tale affermazione, adattandola al tema che qui si affronta e, quindi, riferendo il carattere esterno dell'interesse perseguito non al diritto oggetto di rinunzia, ma alla sfera giuridica del rinunziante, e ne deduce la necessità di verificare la sussistenza di interessi in capo a soggetti diversi dal rinunziante, al fine di individuare il fondamento dell'atto di rinunzia al diritto reale in generale. L'idea che interessi esterni all'atto di rinunzia possano incidere sull'individuazione del fondamento dell'atto medesimo è eventualità che pare presa in considerazione nelle riflessioni di F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, cit., 106 ss.

[48] R. FRANCO, *o.u.c.*, afferma che «di ciò si trae conferma nella registrazione di situazioni giuridiche creditorie che pur liberamente trasferibili, non risultano però rinunciabili e, all'opposto, di altrettanti crediti non cedibili, ma senz'altro rinunziabili. E dunque […] convenendosi con chi ha evidenziato che non tutti i debiti sono remissibili, né tutti i crediti rinunciabili: mentre taluni crediti sono soltanto remissibili, altri sono soltanto rinunziabili o, d'altro canto, vi sono crediti remissibili e ad un tempo rinunziabili, oppure crediti non remissibili, né rinunziabili. O, infine, nel prendersi atto che esistono situazioni reali che sono sì rinunziabili, ma non anche trasferibili, potrà allora condividersi il rilievo secondo cui potranno prefigurarsi situazioni giuridiche che siano sì trasferibili, ma non anche rinunziabili».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

rebbe astrattamente sempre ammissibile e "meritevole" in quanto espressione della verificata legittimazione alla disposizione del diritto di proprietà[49], e ritenere, invece, che la rinuncia alla proprietà, pur essendo teoricamente e astrattamente ammissibile, sia in ogni caso abbisognevole di una costante verifica in concreto, finalizzata a verificare volta per volta che il negozio di rinuncia sia sorretto da idonea giustificazione causale[50], attraverso una valutazione avente ad oggetto gli interessi perseguiti dal rinunciante, condotta *ex post* alla stregua del criterio ordinamentale dell'ordine pubblico (in negativo) e della meritevolezza (in positivo), sì come assiologicamente orientati dai principi e valori costituzionali[51]. E diverrebbe così possibile af-

[49] R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 144 ss. Aderiscono all'impostazione, più di recente, R. Franco, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare)*, cit., 49 ss.; A. De Mauro, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 24.

[50] Sottolineano l'importanza di una verifica della causa anche in relazione agli atti unilaterali C. Donisi, voce *Atti unilaterali*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 4; F. Maisto, *Promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, IV, 42, Napoli, 2014, 31.

[51] Nello stesso senso si pone l'Avvocatura Generale dello Stato nel parere di massima del 14 marzo 2018, *Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare*, risposta a nota prot. 137950, 14 marzo 2018. Fa proprie le considerazioni dell'Avvocatura anche Trib. Lecce, 21 ottobre, 2021. Analoga l'impostazione anche di TAR Lombardia, 18 dicembre 2020, n. 2553. L. Follieri, *La proprietà insostenibile. Rinuncia alla proprietà immobiliare tra interesse privato e ragioni della collettività*, Napoli, 2022, 181, osserva che «il remoto ricorrere di una rinuncia che si caratterizzi per un agire del proprietario privo di intenti egoistici, rischia di minare alle fondamenta il costrutto dell'Avvocatura sull'invalidità, nel concreto, dell'atto di autonomia privata […] la rinuncia risulterebbe, nella sostanza, pressoché sempre nulla o, comunque, sempre a rischio di nullità; così contravvenendosi alla sua generale ammissibilità, dichiarata nello stesso parare dell'Avvocatura». Così L. Follieri propone un diversa soluzione ricostruttiva della problematica, individuando nel rifiuto il congegno tecnico giuridico per consentire allo Stato di evitare l'acquisto indesiderato: «L'acquisizione al patrimonio publico assume la valenza di effetto essenziale della rinuncia e di suo (ulteriore) effetto diretto […] muovendo da questi rilievi, sembra prospettabile una diversa soluzione ricostruttiva, che rimetta allo Stato la decisione di avvalersi o meno dell'effetto acquisitivo, annettendo definitivamente il bene immobile alla sua sfera di appartenenza […] e possa quindi evitare il prodursi di conseguenze insostenibili per il soggetto pubblico, nonché ovviare alle inefficienze che l'utilizzo del rimedio della nullità comporta».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

fermare, all'esito di un *iter* processuale prevedibilmente non breve, l'immeritevolezza[52] dell'esercizio del relativo potere rinunciativo ogniqualvolta dall'evocato giudizio esitante al bilanciamento di interessi emerga una finalità del rinunciante esclusivamente egoistica o rivolta in maniera decisamente prevalente a conseguire il risultato finale di sottrarsi ai doveri, agli obblighi e alle spese che normalmente la proprietà importa per il titolare nonché quella di trasferire sull'erario, e dunque sulla collettività, i costi necessari alla messa in sicurezza del bene, facendo ricadere sullo Stato anche le responsabilità per i danni che dovessero in futuro occorrere nel caso di crollo e/o rovina dell'immobile, perchè in contrasto con le esigenze solidaristiche immanenti nella funzione sociale della proprietà *ex* art. 42 Cost., e con gli obblighi di solidarietà economica e sociale desumibili dall'art. 2 Cost., nonché con il limite del rispetto delle sicurezza dei consociati *ex* art. 41, comma 2, Cost., l'una e gli altri costituenti limite inderogabile delle prerogative dominicali *ex* art. 832 c.c.[53].

[52] Come sottolineato, da ultimo, da Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, seppure in tema di clausole di indicizzazione del canone nei contratti di *leasing*, mentre lo scrutinio di meritevolezza guarda alla complessità dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali, il giudizio di liceità viene fondato sulla conformità dell'atto ai parametri delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume. La Cassazione, contestando un precedente orientamento che negava al sindacato di meritevolezza autonomia concettuale, ritenendo insussistente la possibilità di operare una distinzione qualitativa tra meritevolezza e liceità, ha invece rimarcato la differenza tra i due tipi di controllo: mentre la liceità individua un limite esterno che, in negativo, l'autonomia negoziale non può oltrepassare, la meritevolezza colora dall'interno la regola pattizia, attribuendo ad essa una valutazione favorevole, se, in positivo, realizzi una funzione conforme ai principi costituzionali.

[53] In questi termini si è espressa l'Avvocatura Generale dello Stato nel parere di massima del 14 marzo 2018, *Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare*, risposta a nota prot. 137950, 14 marzo 2018, nel quale è stato evidenziato che alla medesima conclusione della nullità del negozio abdicativo sembrerebbe doversi pervenire anche in applicazione dell'art. 1345 c.c., là dove la finalità utilitaristica costituisca la ragione esclusiva e determinante del negozio abdicativo, nonché dell'art. 1344 c.c., perchè il negozio potrebbe essere considerato in frode alla legge o, ancora, evocando la categoria dell'abuso del diritto. In realtà, l'adesione alla moderna concezione della causa in concreto rende inutile il ricorso allo schema del negozio in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c., che invece sarebbe necessario ove si condividesse la tesi secondo cui la causa del negozio di rinuncia si esaurisce nella mera

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Al contrario, la rinuncia immobiliare potrebbe ritenersi ammissibile quando, ad esempio, abbia ad oggetto un terreno semplicemente non produttivo, e quindi manchi in concreto quell'intento elusivo ed egoistico di addossare ad altri la gestione onerosa del bene immobile che, invece, caratterizza le ipotesi sopra citate. Così come del pari dovranno ritenersi consentite le ipotesi pure prospettabili in cui l'atto di rinuncia abbia ad oggetto un bene immobile dal valore economicamente positivo, rispetto al quale il titolare abbia semplicemente perso interesse alla relativa gestione.

Ad ogni modo non vi sono dubbi che in tutti i casi di rinuncia abdicativa resta ferma la responsabilità del rinunciante per i danni a terzi provenienti dall'immobile verificatisi durante la pregressa gestione, restando ininfluenti i mutamenti di proprietà avvenuti prima e dopo l'evento dannoso, giacché l'obbligo di risarcire il danno non configura un'obbligazione *propter rem* che si trasferisce ai successivi titolari del diritto insieme alla proprietà dell'immobile da cui il danno stesso è derivato. Così come continueranno a gravare sul proprietario rinunciante le pregresse passività e i costi ormai già prodottisi, nonché gli obblighi di eliminazione dei pericoli e di ripristino di uno stato d'ordine tutte le volte che il pericolo o la situazione difforme da quella prevista dalla legge siano sorti allorché egli era ancora proprietario. Invero, lo Stato diviene vincolato *propter rem* per i soli obblighi gestori e manutentivi sorti dopo la rinuncia[54].

---

dismissione del diritto dominicale. Allo stesso modo non pare potersi condividere il richiamo all'abuso del diritto, al fine di contestare la legittimità dell'atto di rinunzia alla proprietà immobiliare, atteso che, se è vero che l'abuso del diritto consiste nell'esercizio del medesimo per realizzare interessi diversi da quelli in vista dei quali la situazione soggettiva è riconosciuta e tutelata dall'ordinamento, non parrebbe potersi configurare abuso da parte del rinunciante se questi venga a trovarsi in una situazione caratterizzata dall'assenza di ogni interesse alla titolarità del bene. Così R. QUADRI, *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, cit., 49.

[54] In senso contrario C. TRAPUZZANO, *La rinunzia abdicativa della proprietà immobiliare all'esame delle Sezioni Unite*, in *Accademia*, 2025, 7, 207, secondo il quale «il regime delle prestazioni accessorie ad un diritto reale (nella specie: opere di manutenzione, bonifica o ripristino) riguarda un'obbligazione *propter rem* – ossia legata al rapporto con la cosa oggetto del diritto, come tale, destinata a trasmettersi con il trasferimento di quella *res* –, sicché detta obbligazione segue, con lo stesso originario regolamento, il trasferimento del bene. E ciò anche nell'ipotesi in cui l'acquisto del diritto dismesso in favore dello Stato avvenga a titolo originario. Il di-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Diversamente, in ordine ai danni ai terzi provenienti dall'immobile che dovessero verificarsi a seguito della rinuncia abdicativa dello stesso bene, sussisterebbe la responsabilità dello Stato *ex* artt. 2051 e 2053 c.c., a nulla rilevando il fatto che si tratti di danni a cui il proprietario rinunciante abbia dato causa con il proprio fatto omissivo, cioè con l'omissione, in passato, dei necessari ed ineludibili interventi di manutenzione e messa in sicurezza del proprio immobile, giacché le fattispecie di responsabilità civile evocate con tutta evidenza non dipendono dall'omissione di cautele doverose, rilevando unicamente la sussistenza attuale, ossia al momento in cui si verifica il danno, del rapporto rispettivamente di custodia e di proprietà con la cosa, il quale certo non più sussiste rispetto a chi abbia rinunciato al proprio diritto di proprietà sull'immobile prima dell'evento dannoso. Allo stesso modo, faranno capo allo Stato le obbligazioni *propter rem* e in generale tutti gli oneri economici la cui fattispecie costitutiva si sia perfezionata a seguito della rinuncia stessa[55], difficilmente potendosi imputare l'onere di tali spese al rinunciante a titolo di responsabilità personale, giacché nella maggior parte dei casi le ragioni che rendono il bene immobile diseconomico – come, per esempio l'inquinamento del terreno e sua necessaria bonifica, dissesto idrogeologico e necessarie opere di consolidamento – non sono inte-

---

ritto acquistato comprende, infatti, anche le relative obbligazioni ambulatorie, giacché di queste ultime ne è rimasta integra la causa. […] D'altronde, se per effetto della rinuncia abdicativa gli obblighi ripristinatori e manutentivi – e le connesse responsabilità – rimanessero in capo al rinunciante, lo scopo di tali rinunce verrebbe meno a monte».

[55] In senso contrario C. TRAPUZZANO, *La rinunzia abdicativa della proprietà immobiliare all'esame delle Sezioni Unite*, in *Accademia*, 2025, 7, 207, secondo il quale «il regime delle prestazioni accessorie ad un diritto reale (nella specie: opere di manutenzione, bonifica o ripristino) riguarda un'obbligazione *propter rem* – ossia legata al rapporto con la cosa oggetto del diritto, come tale, destinata a trasmettersi con il trasferimento di quella *res* –, sicché detta obbligazione segue, con lo stesso originario regolamento, il trasferimento del bene. E ciò anche nell'ipotesi in cui l'acquisto del diritto dismesso in favore dello Stato avvenga a titolo originario. Il diritto acquistato comprende, infatti, anche le relative obbligazioni ambulatorie, giacché di queste ultime ne è rimasta integra la causa. […] D'altronde, se per effetto della rinuncia abdicativa gli obblighi ripristinatori e manutentivi – e le connesse responsabilità – rimanessero in capo al rinunciante, lo scopo di tali rinunce verrebbe meno a monte».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

ramente ascrivibili alla colpa o alla negligenza del proprietario, ma da lui subite[56].

5. In conclusione, pur non potendosi considerare pienamente risolutivo l'approdo ermeneutico cui sono pervenute le Sezioni Unite in ragione delle considerazioni svolte, non di meno la soluzione prospettata può ritenersi accettabile nella misura in cui l'adesione all'impostazione fondata sulla valutazione del requisito causale di ciascun negozio di rinuncia abdicativa, al fine di vagliarne la meritevolezza nel concreto, avrebbe prestato il fianco ad altrettante critiche, derivanti in particolare dalle ripercussioni di carattere negativo sul principio di certezza del diritto, giacché la verifica in concreto in ordine alla meritevolezza del negozio di rinuncia sarebbe stata rimessa alle discrezionali valutazioni dei singoli giudici chiamati a pronunciarsi sui contenziosi di volta in volta insorti, poi basate per lo più su opinabili analisi tecnico-economiche e ad ancora più opinabili presupposti di fatto[57]. Inoltre, atteso che è ragionevole ipotizzare che in un contesto di razionalità economica delle scelte dell'individuo i privati rinunceranno in misura prevalente al diritto di proprietà su immobili "problematici", la soluzione prospettata avrebbe reso, di fatto, impossibile la rinuncia medesima.

A questo punto, a voler essere sinceri, si dovrebbe ammettere che nessuna delle soluzioni ermeneutiche prospettate sino a questo momento sul tema in esame risulta davvero risolutiva, giacché a favore di ciascuna di esse sono state richiamate argomentazioni plausibili ma non irresistibili.

Non resta allora che augurarsi che sia il legislatore a intervenire quanto prima al fine di fornire una soluzione che riesca a dipanare davvero la problematica, se del caso rimodulando il vigente art. 827

---

[56] In questo senso L. Bozzi, *La rinuncia alla proprietà del bene "diseconomico". Brevissime riflessioni su ammissibilità e possibili alternative all'acquisto del bene oggetto di rinuncia da parte dello Stato*, in *Quad. Rass. dir. civ. Rinuncia alla proprietà immobiliare. Discussione intorno all'ammissibilità dell'atto e alle soluzioni alternative. Atti del convegno del 1 dicembre 2023 svoltosi a Manfredonia (FG) - Circolo Unione (con appendice documentale)*, 2024, 101.

[57] Cfr. sul punto G. Guizzi, *Chiose a margine di un seminario sulla rinuncia alla proprietà immobiliare aspettando le Sezioni Unite*, in *Accademia*, 2025, 7, 233.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

c.c., in modo da trovare un diverso assetto di equilibrio nei rapporti tra pubblico e privato, e operando, dunque, una riforma di sistema in ordine al regime dei beni immobili vacanti e del correlato acquisto al patrimonio dello Stato, scegliendo i mezzi che riterrà più idonei a realizzare la tutela dei fini costituzionalmente necessari nella composizione della pluralità degli interessi in gioco[58].

Abstract

Si dovrebbe ammettere che nessuna delle soluzioni ermeneutiche prospettate sino a questo momento sul tema in esame risulta davvero risolutiva, giacché a favore di ciascuna di esse sono state richiamate argomentazioni plausibili ma non irresistibili. Non resta allora che augurarsi che sia il legislatore a intervenire quanto prima al fine di fornire una soluzione che riesca a dipanare davvero la problematica, se del caso rimodulando il vigente art. 827 c.c., in modo da trovare un diverso assetto di equilibrio nei rapporti tra pubblico e privato.

It must be admitted that none of the interpretative solutions proposed thus far on the issue at hand are truly conclusive, since plausible but not compelling arguments have been advanced in support of each. It remains, therefore, to hope that the legislature will intervene as soon as possible to provide a solution that truly resolves the issue, if necessary by revising the current Article 827 of the Italian Civil Code, thus finding a different balance in the relationship between the public and private sectors.

[58] Ad ulteriore riprova del fatto che il dibattito sul tema della rinuncia alla proprietà immobiliare non è del tutto sopito basti considerare che il Governo ha deciso di inserire all'interno dell'art. 130 del disegno di Legge di Bilancio 2026, rubricato «Norme di revisione e di razionalizzazione della spesa», il comma 12 che dispone: "L'atto unilaterale di rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, cui consegue l'acquisto a titolo originario in capo allo Stato ai sensi dell'articolo 827 del codice civile, è nullo se allo stesso non è allegata la documentazione attestante la conformità del bene alla vigente normativa, ivi compresa quella urbanistica, ambientale, sismica." Si tratta evidentemente di una prescrizione incompatibile con quanto statuito dalle Sezioni Unite con la decisione n. 23093 dell'agosto del 2025, che, appunto, rendeva inapplicabili agli atti abdicativi di rinuncia le disposizioni in materia di nullità urbanistiche, conformità catastale e prestazione energetica. Inoltre, trattandosi di una prescrizione dal contenuto incomprensibile e inapplicabile – non essendo meglio precisato né quale sia la documentazione da allegare né la vigente normativa cui si intende fare riferimento –, l'effetto pratico presumibilmente sarebbe quello di rendere di fatto impossibile stipulare atti di rinuncia.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-6-Leuzzi

Giovanni Manca

L'EFFETTO DI RAFFREDDAMENTO: SOLUZIONI PER UN LEGISLATORE PENALE FORTE

Sommario: 1. Un nuovo limite alla politica criminale del legislatore (e del giudice). – 2. Ridare lo scettro al legislatore penale, sperando che sappia tenerselo. – 3. Un nuovo modo di scrivere le norme penali per il legislatore dei tempi del creazionismo giurisprudenziale: la tecnica casistica *ad excludendum*. – 4. Annegare la paura dell'errore nella dominabilità delle sue conseguenze: il modello statunitense della «Buffer zone».

1. Pur in tempi di dilagante panpenalismo, frutto della visione populista che individua la soluzione dei problemi della società nell'aumento dell'area coperta dal penale, e, all'interno di questa, nell'incremento delle pene e nella fattuale elevazione da *collettore* a *fonte* del diritto della giurisdizione che le dispensa, ha faticosamente scavato il proprio alveo nel dibattito italiano, all'interno dei principi fondamentali del diritto penale – e in specie del «concetto sostanziale di reato»[1], o «Materieller Verbrechensbegriff» nella matrice tedesca[2] – l'idea della scienza penale come «Strafbegrenzungswissen-

[1] G. Cocco, *Il fondamento ed i limiti*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (dir.), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, vol. I, tomo 1, *La legge penale*, III ed., Padova-Milano, 2023, p. 3 s., 13 s.; T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Riv. trim. dir. dir. pen. cont.*, 2015, 1, pp. 13 s.; 30 s.; Id., *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 2011, 123, p. 660 s.

[2] T. Vormbaum, *Fragmentarisches Strafrecht*, cit., p. 672; anche W. Naucke, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, p. 137 s.; Id., *Wisseschaftlicher Strafreschtssystem und positives Strafrecht*, GA, 1998; Id., *Autobiographie*, in Hilgendorf (*Hrsg.*), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin, 2010, p. 410.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

schaft», ovvero «scienza dei limiti del punire»[3], che, nella nota definizione di Thomas Vormbaum, «assegna al diritto penale il compito di delimitare l'anelito della società e della politica a mettere in gioco le pene […] quali strumenti di governo»[4]. In tale cornice, ovverosia all'interno di una teoria del diritto penale orientata a soppesare le conseguenze *effettive*, non quelle solo *simboliche*, della scelta d'incriminazione, è ricompresa l'idea d'una scienza del far discendere necessariamente dal diritto penale più vantaggi che danni, ovvero l'istituzione di un limite invalicabile, rivolto direttamente come precetto al legislatore penale, fondato sulla individuazione di una *tecnica del legiferare* capace di evitare la creazione – e impedire la costruzione giudiziale – di un diritto penale da cui discendano, appunto, più danni che vantaggi.

Si tratta, come noto, di filiazioni concettuali della celebre lettura di Franz von Liszt, per cui il diritto penale è una spada a doppio taglio (*zweischneidiges Schwert*)[5], che tutela beni giuridici ledendo beni giuridici, o, se vogliamo, anche di quella più recente di Urs Kindhäuser, contenente una esplicita *accusa* al diritto penale per cui «il diritto

[3] Richiama e sviluppa la proposta di Thomas Vormbaum e Wolfgang Naucke (v. nota prec.) G. Cocco, *Il fondamento*, cit., 13; sul diritto penale come «scienza dei limiti», «una scienza, cioè, volta a limitare il potere punitivo*: Strafbegrenzungswissenschaft*», anche V. Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, pp. 10, s.

[4] T. Vormbaum, *Fragmentarisches Strafrecht*, cit., p. 687: «weist dem Strafrecht die Aufgabe zu, das ohnehin vorhandene Bestreben von Gesellschaft un Politik zu begrenzen, Strafen […] als selbstverständliches und scheinbar kontengünstiges Steuerungsmitteln einzusetzen», che specifica dunque (ma è parte della critica, non della definizione di *Strafbegrenzungswissenschaft*): «strumenti di governo ovvi e apparentemente a buon mercato».

[5] Ovvero «sie [die Strafe] ist ein *zweischneidiges Schwert*: Rechtsgüterschutz *durch Rechtsgüter*-verletzung», in F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht ('Marburger Programm')*, Marburg, 1882, p. 37; anche in Id., *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin, 1881 (ed. I) - 1919 (ed. XXII), p. 46, s.; cfr. G. Cocco, *Il fondamento*, cit., p. 12.; bella l'immagine che, spiegando l'idea del diritto penale come «arma a doppio taglio», lo descrive come «un *pharmakon*, medicina e veleno, che "cura" ma al contempo "distrugge"», di V. Manes, *Introduzione*, cit., p. 8; diffusamente anche S. Mir Puig, *Derechos humanos y limites del Derecho penal*, in A. Beristain, J.L. de la Cuesta (a cura di), *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, Donostia, 1985, p. 463 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

penale è forza, e come ogni forza è a doppia direzione e perciò anche un nemico potenziale di quella libertà che esso intende proteggere»[6]: limitandosi così la legittimazione del ricorso al diritto penale alla ricorrenza di un saldo positivo tra libertà protetta e libertà sacrificata[7].

All'intero di questa cornice trova ora collocazione, nel nostro dibattito, un peculiare atteggiarsi dei *limiti* che principi e fondamenti *liberali* del diritto penale pongono alla politica criminale: quello – già consolidato nella giurisprudenza costituzionale statunitense (*chilling effect doctrine*)[8] e tedesca (*Einschüchterungseffekt*)[9] – che richiede che le norme penali, quando vietano condotte *limitrofe* all'esercizio di un *diritto fondamentale*, siano scritte dal legislatore (e

[6] Per U. KINDHÄUSER, *Strafe, Strafrechtsgut un Rechtsgüterschutz*, in K. LÜDERSSEN, C. NESTLER-TREMEL, E. WEIGEND (*Hrsg.*), *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, Frankfurt a. M., 1990, p. 37, «Strafrecht ist Macht, wie jede Macht zweischneidig und damit auch potenzieller Feind der Freiheit, die es schützen will».

[7] V. *infra*, nota 14.

[8] L'espressione «chilling effect» (effetto raggelante) debutta come argomento della *Supreme Court* a tutela del *First Amendment* (*Free Speech Clause*) in Gibson vs. Florida Legis Investigation Comm., 372 U.S. 539, 1963, e in Friedman vs. Maryland, 380 U.S. 51, 60, 1965, nonché Dombrowski vs. Pfister, 580 U.S. 479, 1965. Principali riferimenti di dottrina: L.H. FRANKEL, *Criminal omissions: a legal microcosm*, in *Wayne Law Review*, 1965, 11. 2, pp. 367 s.; F. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, in *Boston Un. L. Rev.*, 1978, 58, p. 685 s.; S. BEDI, *The Myth of the Chilling Effect*, in *Harvard J. of Law & Tech*., 35, 1, 2021, pp. 267 s.; M. COENEN, *Of Speech and Sanctions: Toward a Penalty-Sensitive Approach to the First Amendment*, in *Columbia L. Rev.*, 2013, pp. 991 s.; L. KENDRICK, *Speech, Intent, and the Chilling Effect*, in *William & Mary L. Rev*., 54, 2013, pp. 1633 s.

[9] Il «Schwesterphänomen» (fenomeno gemello) dell'*Einschüchterungseffekt* (effetto di intimidazione) compare con BVerfGE 15.1.1958, 1 BvR 400/51 (c.d. Lüth-Urteil) e BVerfGE 7.12.1976, 1 BvR 460/72. In dottrina C. RATH, *Karlsruhe und der Einschüchterungseffekt - Praxis und Nutzen einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, in R. KÜNAST et al., *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, «60 Jahre Grundgesetz: Fundamente der Freiheit stärken»*, in *KJ*, 2009, pp. 65 s.; J. ZANGER, *Freiheit von Furcht. Zur grundrechtsdogmatischen Bedeutung von Einschüchterungseffekten*, Berlin, 2017, pp. 57 s.; A. ESER, *Irritationen um das "Fernziel": zur Verwerflichkeitsrechtsprechung bei Sitzblockaden*, in B. TÖPPER (*Hrsg.*), *Wie würden Sie entscheiden? Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag*, München, 1990, pp. 35 s.; J. STABEN, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*, Tübingen, 2016, pp. 42 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

dunque applicate dal giudice) in modo da evitare che, al fianco dei comportamenti ricadenti nel fatto tipico, possano risultare scoraggiati nelle concrete scelte dei consociati – fino ad essere paralizzati *di fatto*, in ragione dell'incertezza degli enunciati normativi, o quantomeno degli spazi che, anche ove ben costruiti, concedono o non riescono a sottrarre alla variabilità dell'applicazione giurisprudenziale – anche quelli, estranei al tipo penale, in cui si sostanzia l'esercizio di un diritto fondamentale limitrofo, altrimenti anch'esso *raffreddato*[10] da quello che si prova a definire nel «lessico» dello studioso, in prima (e abbastanza minimizzante) approssimazione, come «effetto collaterale»[11] della norma penale, o anche come «effetto preterintenzionale»[12] della legislazione. Sarebbe una situazione questa, in-

[10] Il tema del *raffreddamento* (o *congelamento, raggelamento*) comincia ad emergere nel dibattito penalistico italiano con N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale, Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, pp. 251 s.; e V. Manes, *Introduzione*, cit., 12 s.; già Id., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, pp. 19 s.; Id., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 161 s.; Id., *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1145 s., cui sono seguiti successivi richiami in F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, pp. 277 s., e A. Cadoppi, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2021, pp. 223 s.; riferimenti embrionali già in Id., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 1999, p. 10, nota 15; recentemente T. Guerini, Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino 2020, 205; A. Galluccio, *Chilling Effect*, in C. Piergallini et al., *Studi in onore di C.E. Paliero*, v. III, *Parole dal lessico di uno studioso*, Milano, 2022, pp. 1261 s.; già Id., *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020, p. 413; S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra* overcriminalisation *e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2023, pp. 195, ss.; Id., *Non c'è* smuggling *senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2020, 3, 143 s.; M. Galli, *Effetti collaterali*, in C. Piergallini et al., *Studi in onore di C.E. Paliero*, v. III, cit., 1423 s.; N.M., Maiello, *Il controllo penale sull'attività amministrativa. Un percorso tra modelli dell'agire amministrativo e confini dell'intervento punitivo*, Torino, 2025, pp. 165, ss.; Id., *Corruzione del parlamentare e mediazione onerosa nello specchio del* chilling effect, in *Sist. pen.*, 2023.

[11] M. Galli, op. cit., p. 1426 s.; A. Galluccio, *Chilling Effect*, cit., 1261.

[12] Così A. Galluccio, op. ult. cit., p. 1261, che parla di «effetto collaterale, anche se non necessariamente preterintenzionale, della legislazione penale» (simile

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

somma, in cui il diritto penale produce più danni che vantaggi: paralizzando condotte lecite lede diritti fondamentali, per proteggere beni che a volte nemmeno possiedono equivalente rilevanza per la vita individuale e associata.

Il precipitato *pratico* e *applicativo* indefettibile di questa constatazione è scolpito, in Italia, nella agile formula di Giovanni Cocco per cui «l'impiego del diritto penale per la protezione dei beni giuridici non può provocare più danni di benefici»[13]. Pare proprio questo il tema contro cui impatta *ictu oculi* l'*effetto di raffreddamento* di diritti e libertà fondamentali, capace di generare proprio un *diritto penale che causa più danni che benefici*, e perciò meritevole della massima attenzione nella dogmatica penalistica, iniziando a prefigurare la necessità di un conseguente «limite»[14] netto e strutturale alla politica criminale.

Avvicendandosi ad alcune autorevoli formulazioni del tema del *raffreddamento* – che constatavano sì il fenomeno, ma ne affidavano la soluzione alla stessa, impropria giurisprudenzializzazione delle fonti del diritto penale che lo aveva in definitiva provocato, assumendo a *Leitmotiv* comune, seppure con diverse sfumature, l'appello ad una sperata autoregolazione della giurisprudenza[15] – è poi

---

N. Recchia, cit., p. 254). Parla di «effetto di *overdeterrence* non voluto» S. Zirulia, op. ult. cit., 168.

[13] Così, chiosando il von Liszt del *zweischneidiges Schwert* (v. *supra*), G. Cocco, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2020, f. 1, p. 7. Il principio è esplicativo dell'altra massima di von Liszt richiedente «*a*) l'adeguamento del mezzo al fine e *b*) la massima economia nella sua utilizzazione», ben osserva G.P. Demuro, Ultima ratio: *alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Diritto@Storia*, 2013, 11, p. 8.

[14] Colloca espressamente il divieto di «provocare più danni che benefici» tra i «Limiti nell'uso della pena» G. Cocco, op. ult. cit., p. 6; D. Pulitanò, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in G. Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, p. 40, dà atto di «controinteressi» che «sollecitano la delimitazione» di un diritto penale orientato al mero *telos* della tutela di beni giuridici; è «teleologismo monco», per F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, Milano, 2002, p. 243, quello che «orienta il suo sguardo esclusivamente al bene giuridico tutelato dalla singola fattispecie di reato»; sottolineava la necessità di limitare «il "congelamento" dei diritti contrapposti (*chilling effect*) calmierando il "saldo negativo" dell'opzione punitiva» già V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., p. 19.

[15] V. *supra*, riferimenti in nota 10.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

intervenuto il mio libro del 2024[16], che, sviluppando la linea del Maestro, e le tesi da lui convogliate con singolare forza espressiva nel *Manifesto del neoilluminismo penale* del 2015[17], propone invece di riportare fermamente la soluzione sulla restituzione dello scettro ad un legislatore dalle mani salde, solo soggetto in grado, con le opportune tecniche normative, di annullare l'effetto di *raffreddamento* e restituire piena libertà alle condotte penalmente atipiche, obliterando con l'accorto uso delle parole gli spazi di sconfinamento interpretativo (*rectius* di analogia *in malam partem*) della giurisprudenza.

Si tratta, in sostanza, di riallineare l'area della pressione psicologica generalpreventiva, sul cui sovraffunzionamento oltre i confini della norma il descritto fenomeno galoppa, allo stretto perimetro lessicale della norma incriminatrice[18], e per farlo – per impedire, cioè, che la norma scoraggi, insieme ai comportamenti tipici, anche alcuni atipici confinanti, a causa dell'incertezza sul punto in cui il confine verrà segnato in giudizio – bisogna obliterare ogni forma di creazione giurisprudenziale in materia penale, confezionando gli strumenti con cui il legislatore può rioccupare le aree lasciate al libero gioco della giurisprudenza: ma per riuscire bisogna rinunciare alle ingenue rassicurazioni dell'*ubi noluit tacuit*, ed all'idea per cui ciò che non è espressamente vietato è, con ciò solo, *davvero* libero, non più reale nell'epoca dei giudici-colegislatori.

Rimandando al mio lavoro monografico per la ricognizione dei territori del penale a forte incidenza, per la contiguità di diritti fondamentali limitrofi al reato, di effetto raffreddante[19] – tra cui cam-

[16] G. Manca, *Il raffreddamento di diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, Milano-Padova, 2024; Id., *L'effetto di raffreddamento: per una collocazione dogmatica*, in G. Cocco (a cura di) *L'interpretazione per un giudice liberale*, Milano-Padova, 2025, pp. 239, ss.; già Id., *Il* watchdog*, il* mad dog *e la pena detentiva. La Corte costituzionale risolve una questione di proporzione sanzionatoria interrogandosi sui* collateral damage *della generalprevenzione*, in *Resp. civ. prev.* 2022, 1-2, pp. 364 ss.

[17] Cfr. G. Cocco, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano-Padova, 2016, pp. 1 ss.

[18] Diffusamente in G. Manca, *Il raffreddamento*, cit., pp. 144 ss., 162 ss.

[19] G. Manca, *Il raffreddamento*, cit., pp. 23 ss.; Id., *L'effetto*, cit., pp. 240, ss.;

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

peggiano le due vicende centrali, quella del c.d. «carcere per i giornalisti» e quella culminata nell'abrogazione dell'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio), in cui l'intervento della Corte costituzionale[20] ha portato il tema alla forzata attenzione di una comunità penalistica ancora in buona parte sclerotizzata sulla conservazione ad oltranza, con diversi accenti e sfumature, del *Leitmotiv* dell'affidamento alla magistratura – si darà di seguito conto di due soluzioni di tecnica legislativa individuate per il contenimento del *chilling effect*.

2. Sembra, a voler prendere le mosse da una prima constatazione, che nel nostro ordinamento una sfiducia ormai conclamata nel legislatore sia divenuta ragione del votarsi ad una evoluzione colegislativa del ruolo dei giudici, i quali d'altronde non vi si sottraggono, magari avvertendo una virtuosa chiamata alla responsabilità, a volte esplicitamente motivata proprio in ragione della proclamata «inadeguatezza» del legislatore[21], con gli effetti negativi sulla vita pubblica

---

v. anche G. CIVELLO, *Recensione a Giovanni Manca*, *Il raffreddamento di diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, in *Arch. pen*., 2025, 2, p. 4.

[20] Si tratta come noto, rispettivamente, di Corte cost., 22.6.2021, n. 150, red. Viganò, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime le aggravanti speciali della diffamazione *ex* art. 13 L. n. 47/1948 e art. 30, co. 4, L. n. 223/1990 (diffusamente G. MANCA, *Il raffreddamento*, cit., pp. 30 ss.; ID., *Il* watchdog, cit., pp. 364 ss.) e, in sequenza, prima di Corte cost., 18.1.2022, n. 8, red. Modugno, in cui si è esclusa la fondatezza della questione di legittimità dell'art. 23, co. 1, d.l. n. 76/2020 conv. in L. n. 120/2020 che aveva ulteriormente delimitato l'alveo testuale dell'art. 323 c.p. (diffusamente G. MANCA, *Il raffreddamento*, cit., pp. 45 ss.); e poi di Corte cost., 7.5.2025, n. 95, red. Viganò, che ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le copiose questioni di legittimità costituzionale sollevate, seguendo il *battage* di autorevole dottrina (cfr. tra gli altri G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen*., 2024), sull'art. 1, co. 1, lett. *b* L. n. 114/2024 abrogatrice dell'art. 323 c.p., così consolidando la scelta legislativa, dichiaratamente fondata sull'esigenza di contrastare la stasi (c.d. «paura della firma») inferta all'agire amministrativo dal *chilling effect* promanante dalla norma penale ora abrogata, che in definitiva, pur improntata al finalismo di tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, finiva per lederlo più che proteggerlo.

[21] Il «diritto giurisprudenziale», ha ad es. scritto recentemente Giorgio Fidelbo con un'affermazione emblematica del tipo di pensieri, giustificazioni e fini

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

e sulla società che però ormai sottolinea apertamente anche il giudice delle leggi[22].

L'unica soluzione che offra un terreno più solido del confidare, magari contando sull'autorevolezza delle esortazioni della dottrina, in una *ottriata* auto-limitazione della giurisprudenza è quella di *richiamare in pieno esercizio il legislatore*, solo *sovrano* costituzionale e

---

che scorrono ormai nelle vene anche della magistratura di legittimità migliore, più colta e più dialogante con la dottrina, «è stato accusato di avere, in diverse occasioni, forzato il testo della disposizione penale», ma «spesso lo ha fatto nella consapevolezza dell'inadeguatezza delle norme vigenti a "fronteggiare" fenomeni criminali oppure nuove realtà sociali» (G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. pen*., 2022, 12, p. 33 s., in part. p. 35. In questo simili, seppure in senso critico, le conclusioni di David Brunelli nell'attribuire allo scadimento di tecnica legislativa le ragioni (*rectius*: i pretesti) della *creazione* giurisprudenziale, «deprecato fenomeno» che «si avvale congiuntamente della pessima qualità della produzione legislativa e della pretesa necessità di fornire una risposta giudiziaria ai fenomeni criminosi» (D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino, 2019, p. 15).

[22] Corte cost., 18.1.2022, n. 8 individua il problema del *chilling effect*, ovvero in definitiva del *saldo negativo* dell'art. 323 c.p. nel bilanciamento tra strumento di tutela e fattore di lesione del buon andamento dell'amministrazione pubblica, proprio nelle «soluzioni della giurisprudenza, la quale, dopo una fase iniziale di ossequio allo spirito della novella, è virata verso interpretazioni estensive degli elementi di fattispecie, atte a travalicare i rigidi paletti che la novella legislativa aveva inteso fissare e a riaprire ampi scenari di controllo del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale»: e proprio nella violazione sistematica da parte della giurisprudenza dei limiti di tipicità penale la Corte costituzionale addita, venendo al punto, «una delle principali cause della sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva"). I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma")» cosicché, conclude la Corte, il «solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un "effetto di raffreddamento", che induce il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante», creando in definitiva «un freno e un fattore di inefficienza dell'attività della pubblica amministrazione», tanto grave e pervasivo da tradursi nell'opinione condivisa, anche delle stesse istituzioni governative, in «fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

rappresentativo, scommettendo sul recupero della sua effettiva autorevolezza e capacità di segnare e proteggere – con la corretta strutturazione delle norme penali incriminatrici e l'adeguato uso, così, della sua «voce» – la linea di confine della libertà, piuttosto che continuare a investire sulla ricerca di legittimazione d'una sorta di normazione *integrativa* da parte dei giudici, scenario in cui nessuno dei poteri dello Stato svolge bene il *suo* compito, ma svolge male quello *altrui*, realizzando il monito dantesco «Ma voi torcete a la religione tal che fia nato a cignersi la spada, e fate re di tal ch'è da sermone: onde la traccia vostra è fuor di strada»[23].

Se si vuole scommettere di nuovo sul legislatore, perché rioccupi il suo spazio, oggi gestito impropriamente, coi loro mezzi particolaristici, da veri e propri «signori dei diritti»[24], davvero non ci si può cullare, però, nell'illusione nostalgica di richiamare in auge un legislatore illuminato del passato[25]. Se mai vi sia stato, oltretutto (almeno in Italia), questo legislatore illuminato, e non sia solo una ricostruzione epica *a posteriori* per tempi di crisi, considerando che Pietro Nuvolone, nel riproporre nel 1972 – perché la giudicava sempre

[23] Dante, *Paradiso*, canto VIII, 147.

[24] Richiamando la efficace immagine di Anna Pintore dei giudici come «los señores de los derechos» (A. Pintore, *Democracia sin derecios. El torno al Kelsen democrático*, in *Doxa*, 2000, 23, p. 139), effettivi «administradores de su contenuto y de sus confines», ma estranei alla sovranità popolare e «distintos del pueblo soberano». Diffusamente U. Scarpelli, *L'aristocrazia della Consulta*, in *Mondo econ*., 27.5.1985, n. 21; Id., *Un potere d'élite nella democrazia*, in *Mondo econ*., 27.9.1984, n. 38; Id., *La democrazia muore con le leggi cattive*, in *Mondo econ*., 22.3.1984, n. 11. Coglie bene i risultati di questa progressiva perdita di legittimazione dell'organo legislativo l'immagine della transizione in atto «Dall'età dei diritti e della democrazia all'età del potere» di G. Losappio, *È ancora possibile il diritto penale?*, in *Sist. pen*., 2025.

[25] Cfr. M. Caputo, *Occasioni di razionalità nel diritto penale. Fiducia nell'"assolo della legge" o nel "giudice compositore"?*, in *Jus*, 2015, 2, p. 235: se si vuole confidare di nuovo, dopo la sua evidente crisi, nell'«assolo della legge», non ci si può limitare a fare il *laudator temporis acti* «alimentando nostalgie di un passato irrecuperabile, se mai inverato, né limitandosi a razionalizzare l'esistente in un'era contrassegnata dalla preponderanza della giurisdizione». Anche M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso le specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019, p. 169, celebra il «*Requiem* per la fattispecie penale "ben temprata"»: la classica legalità penale nutrita di tipicità, determinatezza e tassatività è si necessaria ma non basta più a delineare e contenere la «comunicazione» ai consociati.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

più attuale – la riedizione integrale del suo volume *I limiti taciti della norma penale* del 1947, rilevava come ricorrente in entrambi i periodi storici, sia quello postbellico e immediatamente precostituzionale della prima uscita, sia quello di cinque lustri dopo della seconda, «la quasi paralisi del potere legislativo», che ha «favorito il formarsi di centri di potere di fatto al di fuori di quelli previsti dalla Costituzione» che «tendono a far valere un diritto avente fonti diverse da quelle legislative», contribuendo a «rafforzare nel potere giudiziario la tendenza a sovrapporsi alla legge scritta»[26].

Senza dubbio un punto di partenza importante può essere quello di prendere atto che nell'attuale momento storico – che però, se ascoltiamo Nuvolone, dura con alterne intensità da quasi ottant'anni[27] – la giurisprudenza non è, e non vuole nemmeno provare ad essere, la «bocca della legge». Constatazione che, una volta maturata, non può che sollecitare, sul versante del *law making*, una attualizzata, specifica formazione dei «rappresentanti del corpo legislativo», perché si affini alle attuali circostanze ed alla attuale conformazione dei destinatari professionali delle norme la tecnica del fare le leggi: la carrariana «dottrina della pratica legislativa», da utilizzarsi quando il legislatore detta il testo della legge, autorevolmente ricordataci in una recente riflessione[28].

---

[26] P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 13.

[27] P. NUVOLONE, cit., p. 2 s., oltretutto, già ritiene la crisi della fonte legislativa del 1972 financo «molto più grave» di quella del 1947, caratterizzandosi la prima, pur in pieno e ormai rodato regime costituzionale, per un contesto molto più esasperato di «contrapposizione tra legalità formale e legalità sostanziale» rispetto alla pur instabile fase immediatamente postbellica: l'insegnamento valido ancor oggi è che «La storia – sia pure sotto premesse diverse – si ripete. Parole, che vorrebbero essere nuove sono, a ben guardare, echi di istanze antiche, che, periodicamente, si riacutizzano» (p. 3).

[28] Cfr. A. MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Arch. pen*., 2021, 2, p. 17 s., citando F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Torino, 1874; per un recupero della scienza, della tecnica e della prassi della legislazione penale C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, p. X; V. MONGILLO, *La legge Nordio tra vuoti di tutela, rischi di "panpenalismo internazionale" e occasioni perse di una nuova legalità amministrativa*, in *Sist. Pen*., 4, 2025, pp. 83 ss., in part. pp. 118 ss.; al tema è anche dedicata la riflessione collettanea

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

In particolare, va curato l'*approfondimento predittivo*, a monte, di quello che sarà l'impatto del testo della legge sugli attori della sua applicazione: ovvero, in pratica, andrà eseguito in fase preparatoria sia lo *studio ricognitivo ex post* di come norme similmente scritte, o gravitanti su oggetti di tutela analoghi, rispetto a quelle in progetto, siano state finora applicate dalla giurisprudenza; sia, anche con l'utilizzo delle risultanze del primo studio, *quello prognostico ex ante* su come le norme penali che si voglia introdurre potranno essere dunque accolte – neutralizzandole, limitandole, o all'opposto estendendole e moltiplicandole tramite l'analogia *in malam partem* – nelle aule di giustizia, e, prima, nelle stanze degli inquirenti e presso la società civile[29]. Ovviamente, considerato che al Parlamento non si accede per concorso, e non è richiesta, né in sé valorialmente preferibile, la formazione giuridica per presentarsi all'elettorato, deve pensarsi a un intervento serio su uffici legislativi e servizi studi dei due rami assembleari (l'ideale sarebbe allocare questa funzione, infatti, su uffici *parlamentari*, e non sugli uffici legislativi presso il potere esecutivo centrale, le cui prassi applicative dovrebbero essere, semmai, esse stesse oggetto di ricognizione, come quelle del potere giudiziario, ove incidenti in materia penale), perché la redazione delle norme penali sia preceduta da un esame dettagliato e aggiornato, sia diagnostico che prognostico, dell'impatto giurisprudenziale, in modo che le fattispecie incriminatrici possano essere scritte, o riscritte, anche con lo *specifico scopo di resistervi*: in altre parole, siano redatte con la puntuale cura di riaffermare (rimanendo, naturalmente, consolidati il ruolo dell'interpretazione e l'indipendenza della magistratura, che non sono in discussione) la *piena autorità della legge* sulle *applicazioni della giurisprudenza*.

C.E. PALIERO, V. MONGILLO, R. BARTOLI (a cura di), *La scienza della legislazione penale. Riforme e prospettive di razionalizzazione*, Napoli, 2024.

[29] La «politica legislativa», osserva A. MELCHIONDA, cit., p. 18, deve già porsi, nel momento della normazione penale, il problema del resistere al tritacarne giurisprudenziale, altrimenti essa «nulla potrà mai ottenere con successo, se non preceduta da una acquisita capacità di redazione del prodotto legislativo: il compito non è infatti solo quello di trasformare in legge ciò che risponde alla effettiva volontà del legislatore, ma è anche quello di emanare una legge che, proprio tenendo conto del ruolo assunto da altri "formanti" (in primis di quello giurisprudenziale), riesca davvero a tradursi nella concretizzazione effettiva di quella volontà».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

Al medesimo obbiettivo di rinnovamento del *law making* in senso autoprotettivo dalle tendenze giurisprudenziali devianti (*rectius*: dalla *politica criminale impropria* svolta *in piccolo* dalla magistratura) sarebbe poi funzionale, a valle del varo di norme incriminatrici e riforme penali, una seconda fase *in itinere* di periodico «monitoraggio» istituzionale[30], magari da parte dei medesimi uffici di cui sopra[31], del loro percorso di vita *sul campo*, per verificarne lo «stato di attuazione» e valutarne «nel medio periodo, l'impatto nei settori di pertinenza»[32], con particolare attenzione alla *capacità di resistenza* a deviazioni giurisprudenziali.

Rimane, però, ancora da stabilire *a che cosa*, esattamente, l'approfondita acquisizione di questi dati a monte e a valle dovrebbe servire nel primo *drafting* e nella eventuale revisione delle norme penali – ma anche, a monte, nella scelta di politica criminale sul *se*, *cosa* e *quanto* sanzionare – e, in definitiva, che uso se ne dovrebbe fare, nella prospettiva specifica di ottenere una compressione dell'*effetto di raffreddamento*, che è in primo luogo *paura* del *procedimento penale*, richiedente, dunque, soluzioni *nette*, volte ad escludere *ictu oculi* e nell'immediato, insomma a bloccare sul nascere, per così dire – e non all'*End of the Pipe* di una lunga trafila di gradi di giudizio affidata (anche) alle ispirazioni *creative* e colegislative della giurisprudenza – il rischio di coinvolgimento penale delle persone per fatti penalmente atipici.

Di seguito, due soluzioni che paiono emergere come particolarmente prospettabili con particolare efficacia contenitiva della creazione giurisprudenziale, e dunque dell'effetto raggelante che determina sulle scelte di soggetti pubblici e privati.

---

[30] È la proposta di M. Caputo, *Politica criminale*, in C. Piergallini, G. Mannozzi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. III, cit., p. 1725 s., in part. p. 1733 s.

[31] Rileva M. Caputo, op. ult. cit., p. 1734, che «sarebbe desiderabile che ogni nuova legge che annunci l'impiego di sanzioni penali contenga e finanzi un'attività di monitoraggio sistematico dei risultati e la fissazione di una sorta di 'tagliando', decorsi cinque/dieci anni salvo diversa urgenza, in modo da stilare un primo bilancio e intervenire per correggere deprecabili inerzie degli organi esecutivi o prassi discorsive della volontà parlamentare».

[32] M. Caputo, op. ult. cit., p. 1733.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

3. Se si vogliono ritagliare i bordi della maggior «aura» di deterrenza disegnata dalla paura di contrasti o errori giurisprudenziali, o di decisioni imprevedibili, e farli coincidere – in termini di chiara e prevedibile sovrapposizione – col minor confine letterale del tipo, ottenendo un terreno di concreta dissuasione coincidente il più possibile con la fattispecie incriminatrice, e non travalicante nel campo delle libertà o diritti fondamentali limitrofi (o anche solo dell'atipico), il legislatore penale dovrà fare lo sforzo lessicale di non limitarsi a descrivere in positivo il fatto tipico (delineando la sfera della libertà solo per esclusione, come finora fatto), ma spingersi a *tipizzare in negativo*, a fianco ad esso, anche le condotte limitrofe più prossime, *già atipiche*, che maggiormente rischiano, alla luce dei prospettati studi istituzionali *ex ante* (ed *ex post* in sede di monitoraggio successivo al varo), di cadere nel rischio di sovraestensione della pressione coattiva rispetto all'area di tipicità.

Si tratterà, in particolare, di delineare espressamente classi di condotte lecite caratterizzate, oltre che da una contiguità lessicale (pur nell'estraneità semantica *stricto sensu*) con quelle tipiche, da una contiguità *morale*, di bene protetto, e da una evidente forzatura giurisprudenziale già sperimentata e presente nel *diritto vivente*, con riferimento alla applicazione di norme similmente strutturate, intervenienti nel medesimo settore o a tutela del medesimo bene, o della stessa norma, quando si tratti di interventi del legislatore correttivi dell'esistente.

La soluzione proposta si differenzia, evidentemente, sia da un mero ulteriore sforzo di determinatezza nella *tipizzazione in positivo* delle condotte che non si debbono tenere, sia dalle già esistenti tecniche di delimitazione *in negativo* della norma penale, che incidono su un'area *altrimenti già tipica* ritagliandone, o sottraendone alla sanzione, alcune porzioni, per lo più in chiave di bilanciamento con altri beni (ad es. le clausole di illiceità speciale[33], o, comunque deno-

[33] Capaci di assumere, come ormai già consolidato in dottrina a partire dagli studi di Nino Levi, un significato più ampio della mera antigiuridicità per assenza di cause di giustificazione codificate, comprendendo ad es. anche scriminati atipiche, tacite, e giustificazioni etico-sociali, capaci di escludere la rilevanza penale anche in assenza di cause di giustificazione: «D'ordinario ad escludere un reato occorre la presenza di elementi, dai quali sia affermata la liceità del fatto nel suo complesso; nei reati ad illiceità speciale basta la presenza di elementi che escludano la

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

minati, gli elementi o condizioni, o modalità, oggettive o soggettive, variamente qualificate dalla dottrina, quali «senza giusta causa», «se dal fatto deriva nocumento»[34], «abusivamente», «arbitrariamente» «indebitamente», «fraudolentemente», «per petulanza o per altro biasimevole motivo»[35], il più ambiguo «potendo conoscere dell'esistenza»[36], o comunque la restrizione a specifiche forme di dolo, ad es. intenzionale o specifico[37]). Il punto, infatti, è che nell'attuale assetto ordinamentale è saltata per aria l'idea stessa che la descrizione precisa e determinata del contenuto della norma incriminatrice, attraverso il *bisturi* delle parole del legislatore, sia sufficiente a escludere la criminalizzazione anche *de facto* delle categorie di condotte non incluse: in chiave di *effetto di raffreddamento* può essere attratto nella «ragnatela» della deterrenza anche *quel che le norme non di-*

---

speciale illiceità (per sé) dell'elemento che la richiede», sintetizzava N. LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Edoardo Massari*, Napoli, 1938, p. 351 s., p. 364 per la cit.; su questa linea E. ALTAVILLA, *La illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. pen*., 1940, p. 482 s.; A. PAGLIARO, *La "giusta causa" nella rivelazione di segreti*, in *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova, 1966, p. 137 s.; D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1967, p. 64 s.; più recentemente L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, p. 103 s.; G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, p. 27 s.; ID., *Note critiche in tema di illiceità espressa e illiceità speciale*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2002, p. 559 s.

[34] Presenti ad es. nella tutela penale della segretezza e riservatezza della corrispondenza *ex* art. 616 c.p. s., da bilanciare col diritto di difesa e di manifestazione del pensiero o altri interessi in conflitto, cfr. volendo, anche per le diverse qualificazioni giuridiche di siffatti elementi offerte dalla dottrina, G. MANCA, *Sub artt. 616-617* sexies *e 623* bis *c.p*., in M. RONCO, B. ROMANO, *Codice penale commentato*, ed. IV, Torino, 2012, p. 3018 s., 3035 s.; v. anche negli artt. 348, 498, 618, 621 c.p. («abusivamente»), negli artt. 287, 316, 317, 319-*quater*, 328, 329, 607 c.p. («indebitamente»), negli artt. 392, 393, 633 c.p. («arbitrariamente»), nonché negli artt. 326, 494 c.p. («illegittimamente»), cfr. A. PAGLIARO, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 441 s.

[35] Ad es. nell'art. 660 c.p., cfr. A. BOIDO, *Sub art. 660 c.p*., in M. RONCO, B. ROMANO, *Codice penale commentato*, cit., p. 3427 s.

[36] Ad. es. a limitazione della contraffazione di marchi *ex* art. 473 c.p., cfr. G. MANCA, *Il diritto penale dei marchi e del* made in Italy, Milano-Padova, 2017, p. 120 s.

[37] Per quest'ultimo profilo v. anche *infra*, par. 4.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

cono, e non è impensabile, anzi *fa parte delle cose*, che la criminalizzazione dalla categoria di fatti *x* dispieghi un concreto effetto paralizzante sui limitrofi fatti *y*. Bisogna perciò occuparsi anche dell'*esterno* delle norme incriminatrici, per contrastare e dissolvere l'«aura» della loro deterrenza che si spande sull'area eccedente il tipo. Le *forbici* del legislatore possono, però, operare laddove egli *occupi* con le sue parole autorevoli, metro per metro, anche il terreno *limitrofo*, sottraendolo al campo libero della *creazione* giurisprudenziale e riaffermando il proprio *monopolio* del diritto penale. Il legislatore penale, insomma, non dovrà comportarsi come l'assediato arroccato nel suo castello, ridotto nel suo spazio di controllo del territorio a ciò che le mura cingono, mentre appena fuori le mura altri possono portare, indisturbati, scorrerie e devastazioni, o anche solo dettar legge in sua assenza; ma come un sovrano potente e avveduto, che controlla sistematicamente e capillarmente con le sue pattuglie anche il territorio fuori dalle mura, perché nessuno le assalti e nessun incidente occorra ai suoi abitanti, impedendo che vivano nella paura.

Di seguito, una minima esemplificazione schematica in due casi conclamati, giusto per rendere conto di come, lessicalmente, l'inserimento dovrebbe intervenire sulla struttura dei testi normativi, che dovrebbero in sostanza risultare costituiti – sulla base delle risultanze dei «monitoraggi» istituzionali di cui si è detto *supra*, ma di cui oggi non disponiamo, almeno col livello di sistematicità e approfondimento invocati – da un primo blocco tradizionale di tipizzazione del fatto incriminato, ed un secondo blocco di esclusione espressa di tipicità penale di quelli *limitrofi* che risultino più a rischio:

– l'art. 44, co. 1, lett. *b*, d.P.R. 380/2001, che punisce l'esecuzione di opere edili «in totale difformità o assenza del permesso» di costruire, ed ha generato – a partire, come noto, da Cass. pen., Sez. Un., 12.11.1993, n. 11653, Borgia – la granitica giurisprudenza che ricomprende nell'«assenza» la *presenza* di permesso illegittimamente rilasciato, potrebbe essere integrato (ove, naturalmente, il legislatore voglia presidiare il *limes* letterale attuale corrente sulla «assenza del permesso», e non riformare, come solo il *lawmaker* può, la norma incriminatrice ricomprendendovi casi selettivi di permesso gravemente illegittimo, ad es. frutto di collusione col privato) con una lett. *b*.1 del seguente tenore: «ai fini della presente disposizione, l'elemento dell'assenza non è integrato dalla presenza di un permesso di co-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

struire affetto da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere, o comunque illegittimo»;

– l'art. 572, co. 1, c.p., che punisce chiunque «maltratta una persona della famiglia, o comunque convivente», ed ha generato la consolidata giurisprudenza che ricomprende nel concetto di «famiglia» anche i rapporti di lavoro molto assidui e informali («para-familiarità» dell'ambiente lavorativo[38]), potrebbe essere presidiato nella sua attuale letteralità con un co. 1-*bis* del seguente tenore: «ai fini della presente disposizione, gli elementi della familiarità e della convivenza non sono integrati dalla presenza di un mero rapporto lavorativo o professionale, anche se caratterizzato da continuità, assiduità, confidenzialità e condivisione degli spazi, né dalla mera sottoposizione di una persona alla autorità di un'altra in un contesto di prossimità permanente».

In questo modo, la «voce» della legge penale *parlerà* contemporaneamente:

I. ai *giudici di merito e legittimità*, precludendo la *creazione* giurisprudenziale e l'analogia *in malam partem* ricadente sugli spazi di atipicità esplicitati[39], che, ove venisse tentata, non sarebbe più possi-

[38] Cfr. ad es., da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 23.4.2024, n. 21948, in *DeJure*, 2024; Cass. pen., sez. III, 4.2.2021, n. 13815, in *CED Cass.*, rv 281588-01.

[39] Proprio nella prospettiva del contrasto all'analogia *in malam partem*, che è senza dubbio – creando imprevedibilità dell'esito, o, se giurisprudenza consolidata, financo certezza di condanna *contra legem* – uno dei fattori contribuenti alla generazione dell'effetto di raffreddamento, il modello proposto mostra, pur a costo di complessità, e costante aggiornamento capillare degli studi e monitoraggi funzionali al varo di interventi legislativi e di riforma, la sua differenza – e la sua maggiore attesa di efficienza – rispetto ad es. all'impiego di clausole generali volte al divieto di interpretazioni creatrici, come ad es. l'art. 129, comma 3, del Progetto di riforma della Costituzione (XIII legisl., n. 3931-A Camera dei Deputati, n. 2583-A Senato della Repubblica) della c.d. *Bicamerale D'Alema* (1997-98), per cui «le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo» (previsione che sarebbe stata in concreto del tutto imbelle, stante la facile mascherabilità dell'interpretazione creatrice per estensiva, e l'impossibilità per contro di escludere del tutto l'interpretazione estensiva rispettosa dei confini di tipicità, cfr. G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2007, p. 1254 s.; M. Donini, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 101; D. Pulitanò, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?*, in *Foro it*., 1998, 121, 6, c. 288 s.; P. Scevi, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

bile da tenere occulta, per il solo fatto del contrasto con la norma espressa *ad excludendum* di determinate condotte limitrofe, tipizzate in negativo;

II. ai *pubblici ministeri* e *giudici della fase d'indagine*, delineando una tagliola *immediata* e formale di esclusione di determinate condotte atipiche dalla sfera del reato, imponendone l'estromissione dal circuito penale, anche in termini di schietta non-iscrizione della *notitia*;

III. alla *collettività*, rassicurandola sulla impossibilità *reale* di operazioni giurisprudenziali *creative* – e dunque dell'avvio stesso di procedimenti e processi penali sulle ipotesi limitrofe al reato tipizzate *ad excludendum* – e dichiarando in partenza la sterilità, e l'inutilità, di *denunce penali* per fatti rientranti nelle ipotesi escluse.

Naturalmente, questo nuovo volto e nuovo *modus operandi* di un legislatore che, sistematicamente, *istituisce sbarramenti* come risposta alla *creazione* giurisprudenziale[40], riportando sotto controllo quel rischio di coinvolgimento penale che è alla base dell'*effetto di raffreddamento*, dovrà essere accompagnato, sul versante del diritto processuale penale, da norme volte a imporre, operando ad es. sull'art. 335 c.p.p., il divieto di iscrizione nel registro delle notizie di reato per i casi rientranti nella tipizzazione *ad excludendum*, o quantomeno a determinare, operando ad es. sull'art. 408 c.p.p., un percorso diretto e celere verso l'archiviazione; e nel contempo ad evitare, ad es. incidendo sui requisiti di motivazione della sentenza *ex* art. 546 c.p.p., che la mera non-riconducibilità di un'ipotesi a quelle tipizzate in negativo *ad excludendum* possa essere utilizzata esegeticamente *a contrario* per affermarne con ciò solo la riconducibilità al tipo.

---

estensiva, in *Arch. pen*., 2020, 1, p. 1 s.), e i simili, tramontati tentativi generali di raccordare l'utilizzo dell'analogia *in malam partem* all'illecito disciplinare per i magistrati, cfr. M. Donini, *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 101; A. Manna, *Riforma dell'ordinamento giudiziario e scelte della "modernità" nella teoria dell'interpretazione*, in *Cass. pen*., 2004, p. 1860 s.; E. Rosi, *Gli illeciti disciplinari*, in *Dir. pen. proc*., 2005, p. 1506 s.

[40] Facilmente immaginabile come possibile strumento capace di obliterare, attagliandosi ad esse in negativo, le principali evoluzioni creative della giurisprudenza, ad es. anche nei reati contro la pubblica amministrazione dotati di maggiori criticità applicative, quali la corruzione per esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e le turbative d'asta (artt. 353, 353-*bis* c.p.).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

4. Una seconda soluzione di contenimento del *chilling effect* nasce dall'idea nordamericana dell'istituzione di una «Buffer zone»[41], ovvero una fascia di tipicità penale non sanzionata, contraddistinta da un coefficiente basso di colpevolezza («uttered without actual malice»[42]), o altri possibili criteri selettivi (ad es. il minor grado dell'offesa): per questo modello, in caso di travalicamento *di misura* del confine, prevale ugualmente – nel bilanciamento con l'esigenza che la paura del procedimento penale e delle sue conseguenze finali, ma anche immediate, non *paralizzi* il diritto fondamentale limitrofo – la determinazione sistematica di non punire.

Più dello strumento, però, è interessante l'obbiettivo: nel nostro ordinamento una fascia di disarmo delle conseguenze dell'errore richiede soluzioni che schermino già dal processo, non solo dalla condanna, perché, come insegnavano Calamandrei e Carnelutti, anche il processo è una pena, e dunque anche la prospettiva di subire un processo venendo alfine assolti costituisce un rilevante fattore di paralisi di fatti atipici e leciti[43].

---

[41] Cfr. F. SCHAUER, *Fear*, cit., pp. 707, 723; M. COENEN, cit., p. 1031 s.; per approfondimenti del piano comparatistico cfr. G. MANCA, *Il raffreddamento*, cit., pp. 63 ss.

[42] Parla di affermazioni lesive penalmente rilevanti, ma «uttered without actual malice» F. SCHAUER, op. ult. cit., p. 706; attribuisce al precedente fondativo New York Times Co. vs. Sullivan, 376 US 254, 1964 la fondazione di un «actual malice standard» come misura dell'estensione della «buffer zone» di rilevanza penale non punita (non si nega, infatti, sul versante oggettivo un «intrinsic value of defamatory falsehoods» delle ipotesi che vi rientrano), in funzione di garantire una «measure of strategic protection» di una fetta di *speech* illecito ma non soggettivamente grave, comunque preferibile a tutela del superiore valore di «promote vigorous and unhinibited public debate», M. COENEN, cit., p. 1032; cfr. sulla corrispondente connotazione del *burden of proof* R.A. SEDLER, *Self-Censorship and the First Amendment*, in *Notre Dame J.L. Ethics*, 2011, p. 20: «In order to avoid a chilling effect on the discussion of issues of public interest, the New York Times rule mandates that there can be no recovery for false statements of fact about public officials or public figures, unless the plaintiff can prove with 'convincing clarity' that the statement was knowingly false or made with reckless disregard for truth or falsity».

[43] F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 161; ID., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 55. Riporta il costituzionalista P. BARILE, nella sua *Introduzione* a P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1953), Milano, 2015, che Piero Calamandrei pronunciò nel suo discorso del 19

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

In realtà l'idea andrebbe affinata: ad es., l'«actual malice standard»[44], o simile criterio soggettivo, non può essere *davvero* risolutivo, se traslato nel nostro ordinamento. Il punto è che da noi, a ben vedere, la struttura delineata dalla formula statunitense c'è già, ed è vecchia come Matusalemme: cosa sono alfine le previsioni che richiedono il *dolo specifico*, o limitano il profilo soggettivo al *dolo intenzionale*, se non forme di esclusione *a contrario* di fatti tipici, ma dall'«actual malice» o dall'«intent» più blandi, ovvero forme di «Buffer zone»? Che il modello *non funzioni*, però, nei casi in cui il disallineamento tra la norma incriminatrice e la propria «aura di deterrenza» risulti particolarmente forte, anche per la conclamata pervasività della *creazione* giurisprudenziale, è ad es. testimoniato dalle precedenti vicende dell'ormai abrogato abuso d'ufficio: l'introduzione, con la riforma del 1997, di una formula limitatrice al dolo in-

gennaio 1953 di fronte ai vertici della Cassazione la celebre seguente massima: «Il segreto della giustizia sta in una sua sempre maggior umanità, e in una sempre maggiore vicinanza umana tra avvocati e giudici nella lotta comune contro il dolore: infatti, il processo, e non solo quello penale, di per sé è una pena, che giudici e avvocati debbono abbreviare rendendo giustizia». Il tema del «procedimento come pena» (e dunque non solo il «processo» d'aula, ma anche le fasi precedenti fatte di misure cautelari personali e reali, in cui «l'usurpazione di prerogative e ruoli» del diritto penale e della pena «si manifesta, come noto, nell'indebita utilizzazione della custodia cautelare quale pena anticipata»), è centrale nella riflessione critica di Alberto Gargani sul fenomeno di «processualizzazione» del diritto e della sanzione penale («Punire processando»), cfr. A. GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo*, in *Criminalia*, 2016, p. 303 s., in part. p. 311 s.; non richiama esplicitamente la formula, ma sottolinea i disagi anche solo dell'essere sottoposto ad indagini F. VIGANÒ, *Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale*, in *Specula Juris*, 2022, 2, 2, p. 261.

[44] Detto anche «New York Times rule», dalla vista sentenza capostipite New York Times Co. vs. Sullivan, 376 US 254, 1964, cit., relativa alle censure svolte dai supporter di Martin Luther King sul trattamento riservato dalla polizia dell'Alabama ai manifestanti per i diritti civili, in cui si affermò, sulla base della *chilling effect doctrine*, la natura "paralizzante" anche di affermazioni lecite, e perciò il venir meno di un necessario «breathing space» al dibattito su temi di pubblico interesse (in questo caso la critica di condotte di pubblici agenti), della legislazione statale sulla diffamazione: diffusamente F. SCHAUER, cit., p. 705, per la collocazione della pronuncia nell'evoluzione della dottrina sul primo emendamento cfr. A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, Harrisonburg, 1998, p. 23 s.; sulla collocazione 'genetica' nella «law of the First Amendment» della *chilling effect doctrine* cfr. R.A. SEDLER, op. cit., p. 13 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

tenzionale[45] si è rivelata inutile a contenere la «burocrazia difensiva» e la «paura della firma», fenomeni di congelamento della buona amministrazione che la Corte cost. n. 8/2022 ha, come visto[46], trovato ben in forze, anche dopo oltre venti anni dalla cura, se ha financo ritenuto giustificato il ricorso alla decretazione d'urgenza in materia penale pur di contrastarli con l'ulteriore manovra di contenimento del 2020. Risultano insomma confermate le critiche che anche una parte della dottrina statunitense[47] muoveva all'istituto d'origine: la «Buffer zone» non risolve i problemi del *chilling effect* perché un criterio d'*intensità del profilo soggettivo* da un lato non è netto, ma sfumato e perciò incapace di allontanare la percezione del rischio di coinvolgimento penale; dall'altro, anche per la sua indefinitezza, richiede comunque una istruzione probatoria, e dunque un processo, non evitando né i costi della sottoposizione alla giustizia penale, né il serio rischio di differimento all'ultimo grado, dopo lunghe tribolazioni, dell'eventuale via d'uscita assolutoria. Se, insomma, l'effetto di raffreddamento è generato dalla «fear of the entire process»[48], a prescindere dall'esito, giocare su un affinamento delle clausole soggettive in esame nelle singole norme incriminatrici non offrirebbe, nel nostro ordinamento, un'adeguata risposta concreta. Non pare d'altronde che ad un esito differente possa pervenirsi, per le stesse ragioni, individuando nei singoli reati una «Buffer zone» imperniata su limiti di gravità dell'offesa, che nelle questioni più ricorrentemente poste dalla presenza di diritti fondamentali limitrofi (ad es. onore e dignità umana) parimenti non è raccordabile a *soglie* facilmente in-

[45] Cfr. ad es. A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1201 s.; N. Pisani, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1, p. 10 s. Per una rassegna di casi di selezione dell'area di rilevanza penale attraverso la restrizione teleologica del dolo alla forma dell'intenzionalità o al dolo specifico cfr. D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., p. 138 s.

[46] V. *supra*, nota 22.

[47] Cfr. in particolare L. Kendrick, *Speech*, cit., pp. 1655 s., 1669 s., che sottopone ad esame molte decisioni di segno opposto sulla medesima impostazione difensiva della *chilling effect doctrine*, rilevando la carenza, in definitiva, di standard accertativi dell'«actual malice standard».

[48] F. Schauer, *Fear*, cit., p. 708.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

dividuabili, lasciando aperta la strada al procedimento ed al processo.

Se l'istituzione di «Buffer zone» *speciali* per singolo reato, dunque, non pare risolutiva, va detto però che migliore può essere, invece, l'impatto di «Buffer zone» *generali*, ovvero capaci di segnare linee di sottrazione al diritto penale di coorti di fatti tipici, o loro porzioni ben delineate, sulla base di *criteri semplici*, ma soprattutto rilevabili con nettezza e obbiettività di accertamento dei presupposti (tanto più quando la loro integrazione sia posta nelle mani dell'indagato stesso) già nella fase delle indagini preliminari, senza necessità di processo. In tale chiave possono valorizzarsi[49], estendendoli a un più ampio numero di reati e affinandone le vie d'uscita processuali (soprattutto in termini di sostanziale automatismo, o natura *de plano*, del provvedimento finale, alla ricorrenza di presupposti netti), istituti di parte generale anche differenti per matrice e giustificazione dogmatica – ma che, in questa prospettiva, possono considerarsi unitariamente quantomeno in chiave di scopi di politica criminale[50] – come l'estinzione del reato (*rectius*, la causa di non punibilità sopravvenuta) per condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.), in cui la tipicità (nonché antigiuridicità e colpevolezza) del fatto cede, in chiave

[49] Come già autorevolmente si propone: cfr. G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato e istituti estranei*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (dir.), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, vol. II, *Punibilità e pene*, IV ed., Milano-Padova, 2025, pp. 93 ss.

[50] In sostanza come varie forme di «depenalizzazione di fatto», in cui «l'obbiettivo della sussidiarietà viene perseguito sul piano della non punibilità o della extrema ratio della pena detentiva in riferimento ad un illecito che rimane formalmente "penale"» (A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *Legisl. pen.*, 2018, p. 1), e che istituiscono vie collaterali e anticipate di traghettamento fuori dal penale di numerose categorie di fatti pur tipici; si esclude, peraltro, una generale unificabilità dogmatica di questi istituti – pur considerabili come un unico articolato di limitazione del penale applicato, ai nostri fini – sotto le insegne della *Restorative Justice* in G. Cocco, *L'autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto verso le riforme*, in *Ind. pen.*, 2023, 2, p. 3 s., 33 s.; cfr. in part. per le condotte riparatorie G. Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo. Nel caleidoscopio delle recenti riforme*, Milano-Padova, 2019, p. 55 s.; Id. *Riparazione del danno o giustizia riparativa? L'attenuante* ex *art. 62 comma 1, n. 6 c.p. fra tradizioni eticizzanti e* nouvelle vague *della "Riforma Cartabia"*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 6, p. 1940 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

di prevenzione generale e sussidiarietà esterna, al ripristino *integrale* (riparazione «algebrica») del bene leso[51]; la sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-*bis* c.p.), il cui esito positivo, comprensivo ove possibile di condotte riparatorie o ripristinatorie, determina in chiave specialpreventiva l'estinzione del reato[52], e, già prima, la disciplina dell'oblazione nelle contravvenzioni (artt. 162, 162-*bis* c.p.), che raccorda l'uscita breve dal penale alla soddisfazione della pena pecuniaria e, tra l'altro, a condotte riparatorie o ripristinatorie[53]. Si conseguirebbe così un'uscita dal penale da un lato certa, per-

[51] Oltre a G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato e istituti estranei*, cit., p. 93 s., cfr. Id., *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017; e, restringendo ai lavori più recenti: Id., *L'autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto verso le riforme*, cit., p. 3 s.; Id., *Una messa a punto sulle condotte riparatorie di cui all'art. 162*-ter *c.p. quale causa di non punibilità*, in *Pen. dir. proc.*, 2022, 1, p. 43 s.; Id., voce *La punibilità nella teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX agg., Torino, 2016, p. 516 s.; Id., *La difesa della punibilità quarto elemento del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2014; Id., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato*, in Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, p. 262 s.; nonché, anche per una disamina evolutiva in rapporto all'art. 62 co. 1 n. 6 c.p. e all'art, 35 d.lgs. n. 274/2000, G. Manca, *La riparazione del danno*, cit., p. 3 s., 88 s.; Id. *Riparazione del danno o giustizia riparativa?*, cit., p. 1940 s.; Id., *La riparazione algebrica dell'art. 162 ter c.p. Un lascito culturale di Melchiorre Gioia*, in V. Mongillo, M. Caterini, F. Muñoz Conde, A. Slokar (a cura di), *Radici e prospettive illuministe nei sistemi penali contemporanei*, Pisa, 2024, p. 517 ss.; Id., *La riparazione algebrica dell'art. 162-ter c.p. alla prova delle riletture 'empatiche' del diritto penale*, in C. Cicero et al., *Studi Economico-Giuridici dell'Università di Cagliari*, in onore di Angelo Luminoso, Francesco Sitzia, Pietro Ciarlo, vol. LXIII, 2021-2022, *Annali* 2022, tomo II, Napoli, 2022, p. 517 s.; Id. *La comunicabilità dell'attenuante della riparazione del danno tra dato letterale,* ratio *di sistema e resistenze "etiche"*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 9, p. 1813 s.; L. Puccetti, *Condotte riparatorie davanti al G.d.P.*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (dir.), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, vol. II, *Punibilità e pene*, cit., p. 442 s.

[52] Cfr. R. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1755 s.; M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 2014; per l'omologo, originario istituto del diritto penale minorile (artt. 28, 29 d.P.R. n. 488/1988) cfr. G. Manca, *Gli istituti del diritto penale minorile*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (dir.), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, vol. II, *Punibilità e pene*, cit., p. 458 s.

[53] L. Puccetti, *Oblazione*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (dir.), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, vol. II, *Punibilità e pene*, cit., p. 440 s.; in una

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

ché raccordata a parametri assai poco opinabili e non richiedenti pieno contraddittorio, e dall'altro non implicante un processo, perché collocata al più tardi prima dell'inizio del dibattimento, e in termini tali da porre sostanzialmente *in mano al reo* la signoria dei presupposti dell'*exit*[54].

Particolarmente spendibile, in tal senso, soprattutto l'istituto *ex* art. 162-*ter* c.p., che, raccordato alla sola *integralità* della riparazione, e abbandonate le valutazioni retributive e finalistiche che l'art. 35 d.lgs. 274/2000 scarica sulle esigue spalle del Giudice di Pace[55], ri-

---

prospettiva di sviluppo degli istituti di non punibilità, anche sopravvenuta, in chiave di superamento della «fin troppo ricca utilizzazione di modelli di depenalizzazione in astratto», ritiene «auspicabile una sorta di fusione tra gli istituti dell'oblazione e delle condotte riparatorie, con la creazione di un istituto applicabile a delitti e contravvenzioni, incentrato sulla riparazione integrale del danno e l'eventuale eliminazione dell'offesa o del pericolo per il bene giuridico tutelato, nonché il pagamento di una sanzione amministrativa fissata in concreto nell'ambito di un massimo e di un minimo edittale» G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato e istituti estranei*, cit., p. 93 s.; per la valorizzazione delle condotte antagoniste all'offesa in termini di rinuncia alla pena anche D.M. Schirò, *Le condotte penalmente meritevoli. Indagine sul volto meno esplorato del diritto penale*, Torino, 2024, p. 111, ss.

[54] Mentre meno utile alle viste finalità, almeno nella attuale configurazione, sembra l'art. 131-*bis* c.p., legato da un lato ad un giudizio (sfumato e capace di assorbire impropri fattori anche 'ideologici' di valutazione: cfr. i tormenti in materia di peculato d'uso, ad es. Cass. pen., sez. VI, 28.3-23.4.2024, n. 16955; Cass. pen., sez. VI, 19.12.2019-12.2.2020, n. 6550; Cass. pen., sez. VI, 28.11.2018-16.1.2019, n. 2006; Cass. pen., sez. VI, 12.1-13.3.2018, n. 11378; Cass. pen., sez. VI, 11.1-12.2.2017, n. 8509) di particolare tenuità dell'offesa, dall'altro ora esposto dalla Riforma Cartabia sull'ulteriore, distopico fronte della «condotta susseguente al reato», cfr. G. Cocco, *L'autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto*, cit., p. 21 s., fortemente critico sulle poche effettive potenzialità dell'art. 131-*bis* c.p. già poste in luce dall'esigua applicazione giurisprudenziale; inoltre D. Brunelli, *La tenuità del fatto nella riforma Cartabia: scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *Sist. pen*., 2022; Id., *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *Arch. pen*., 2016, 1, p. 258 s.; A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: una figura sotto assedio*, in *Arch. pen*. 2021, 1; A. Ferrato, *La particolare tenuità del fatto*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (dir.), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, vol. II, *Punibilità e pene*, cit., p. 134 s., anche per l'antesignano e coesistente art. 34 d.lgs. n. 274/2000; per l'omologo, originario istituto del diritto penale minorile (art. 27 d.P.R. n. 488/1988) cfr. ivi G. Manca, *Gli istituti del diritto penale minorile*, p. 458 s.

[55] Cfr. G. Manca, *La riparazione del danno*, cit., p. 124 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

chiede un mero calcolo matematico[56]. Di questo istituto potrebbe immaginarsi l'ulteriore valorizzazione attraverso lo svincolo, ad es., dalla limitazione ai soli reati procedibili a querela rimettibile, e la reiezione, attraverso la appena vista tecnica della normazione *ad excludendum*, della giurisprudenza che richiede la rinvenibilità di una valenza sintomatica di emenda morale nel singolo atto riparatorio, elemento del tutto estraneo alla previsione legislativa.

Abstract

La categoria di matrice statunitense dell'effetto di raffreddamento di diritti fondamentali (o semplicemente di condotte umane lecite e atipiche), causato da una sovraestensione della efficacia deterrente della norma penale, ha fatto breccia negli ultimi anni anche nel dibattito penalistico italiano, che ha dovuto confrontarsi con la fisiologica imperfezione dell'ordinamento e la evaporazione della rassicurante certezza del brocardo *ubi lex voluit dixit*, *ubi noluit tacuit*.

La progressiva, e sempre meno celata, assunzione da parte della giurisprudenza di una funzione colegislativa in una materia riservata alla legge, come quella penale, ha infatti aumentato la paura nella collettività – composta anche di privati investiti di scelte dalle ricadute importanti (medici, imprenditori), così come di pubblici amministratori – dell'errore interpretativo ed applicativo del giudice, del contrasto tra precedenti, e anche solo di dover subire il processo ed i suoi costi, così determinando una paralisi di numerose attività e decisioni, anche di interesse pubblico.

L'area di incidenza della deterrenza va dunque ridotta alle medesime dimensioni e limiti della condotta tipica, liberando le condotte umane dalla

[56] È appunto l'idea della riparazione «algebrica» che ho proposto in G. Manca, *La riparazione del danno*, cit., p. 88 s., 96 s. (cui rinvio anche per i più ampi riferimenti citazionali), che d'altronde rapporta il «danno» la cui riparazione è rilevante per l'estinzione *ex* art. 162-*ter* c.p., mancando una differente indicazione legislativa espressa, al solo «danno patrimoniale», composto delle voci del lucro cessante e del danno emergente (cfr. p. 114 s.; conforme G. Cocco, op. ult. cit., p. 127 s.; contrari S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, Bologna, 2017, addenda, *Le principali modifiche introdotte dalla c.d. 'riforma Orlando' al diritto penale sostanziale*, p. 3 s.; C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2017), con esclusione della rilevanza anche del danno morale da reato *ex* art. 185 c.p., mancando, proprio per il tipo di esito "estintivo", una sentenza penale accertativa del medesimo e permanendo la possibilità della separata azione civile.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

paralisi indotta dal rischio di condanna per fatti leciti. La soluzione non può però essere ricercata nella speranza di autoregolazione di un potere giudiziario che, all'opposto, reclama con forza un ruolo di creazione del diritto in antitesi con un legislatore ritenuto inadeguato, ma deve essere ricercata proprio nel legislatore penale offrendogli strumenti tecnici per riprendere in mano lo scettro affidatogli dalla sovranità popolare.

Il presente lavoro si propone di individuare e esporre alcune tecniche legislative che potrebbero produrre l'effetto virtuoso di contenere l'effetto di raffreddamento.

The US category of the chilling effect on fundamental rights (or, simply, on lawful and atypical human conduct), caused by an over-extension of the deterrent effect of criminal law, has also made inroads in recent years into the Italian criminal law debate, which has had to grapple with the physiological imperfection of the legal system and the evaporation of the reassuring certainty of the maxim *ubi lex voluit dixit*, *ubi noluit tacuit*.

The progressive, and increasingly less concealed, assumption by case law of a co-legislative function in a matter reserved for the law, such as criminal law, has in fact increased fear in the community – which also includes private individuals with important decision-making powers (doctors, entrepreneurs) as well as public administrators – of interpretative and applicative errors by judges, of conflicts between precedents, and even of simply having to undergo the trial and its costs, thus causing a paralysis of numerous activities and decisions, including those of public interest.

The scope of deterrence must therefore be reduced to the same dimensions and limits as typical conduct, freeing human behaviour from the paralysis induced by the risk of conviction for lawful acts. However, the solution cannot be sought in the hope of self-regulation by a judicial power that, on the contrary, strongly claims a role in creating law in opposition to a legislator deemed inadequate, but must be sought precisely in the criminal legislator, offering technical tools to take back the sceptre entrusted to it by popular sovereignty.

This paper aims to identify and present some legislative techniques that could have the virtuous effect of limiting the chilling effect.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-7-Manca

Marcella Martis

PRIME RIFLESSIONI A MARGINE DEL DECRETO LEGISLATIVO 13 DICEMBRE 2024, N. 192. UNA NUOVA FRONTIERA FISCALE PER IL COMPARTO AGRICOLO?

Sommario: 1. Premessa al tema di indagine. – 2. L'"obsolescenza" della nozione tradizionale di reddito agrario. – 3. (*Segue*) Le novità introdotte per il settore agricolo dal Decreto legislativo 13 dicembre 2024, n. 192. – 4. Prime applicazioni operative: i coni d'ombra della preannunciata riforma.

1. La protezione dell'ambiente rappresenta un obiettivo fondamentale dell'Unione europea, che innerva tutti i settori – incluso il comparto agricolo – le cui modalità di esercizio incidono in modo significativo sulla struttura e sull'evoluzione dell'economia unionale, contribuendo alla transizione verso un modello di sviluppo circolare, a bassa emissione di carbonio e orientato all'efficienza energetica, in contrapposizione al paradigma produttivo tradizionale[1].

[1] Tra i più recenti contributi sul tema, cfr. S. Scarascia Mugnozza, *Profili tributari di un'impresa agricola sostenibile. La deforfetizzazione del reddito agrario*, Torino, 2025, *passim*; E. Bruno, *La riforma del reddito agrario tra riordino del regime di imposizione e attività agricole innovative*, in *Tax News - Supplemento online Riv. trim. dir. trib.*, 9/2025*;* R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012; M. Aulenta, *Ambiente: piccoli tributi crescono*, in *Riv. dir. fin. sc. fin*., 2020, p. 37 ss.; F. Gallo, F. Marchetti, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. trib*., 1999, p. 115 e ss.; G. Selicato, *Fiscalità ambientale in Europa*, in *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, a cura di A. Di Pietro, Bari, 2016, p. 83 e ss.; A.F. Uricchio, *La costruzione della società ecologica: il Green New Deal e la fiscalità circolare*, in *Riv. dir. agr*., 1/2021, p. 149 e ss.; Id., *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. prat. trib.*, 1/2017, p. 1849 e ss.; Id., *Le politiche tributarie in materia ambientale*, in *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, a cura di A. Di Pietro, Bari, 2016, p. 83 e ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

Tra i comparti strettamente connessi alle politiche *green* vi è senz'altro quello agricolo, ben sussistendo un rapporto biunivoco tra ambiente e agricoltura, riconosciuto tanto a livello locale, quanto a livello sovranazionale[2], e suscettibile di una duplice disamina a seconda del grado prospettico dal quale si affronti l'indagine. E così, da un lato, l'attività agricola contribuisce al cambiamento climatico: l'emissione significativa di gas serra derivanti dal suolo, l'uso intensivo di fertilizzanti e di pesticidi chimici, nonché la diffusione di pratiche produttive di tipo intensivo – tipiche della prima fase della politica agricola comunitaria – hanno prodotto effetti fortemente negativi per l'ambiente. D'altro canto, in una prospettiva di segno opposto, l'agricoltura può divenire un potente strumento di tutela ambientale, laddove si orienti verso pratiche colturali sostenibili e tecniche di gestione del suolo idonee a conservare lo spazio naturale, contenere l'inquinamento e mitigare gli effetti del cambiamento climatico, nel rispetto delle risorse naturali.

Nel contesto suddetto, è allora evidente come l'attività agricola assuma oggi una veste "multifunzionale"[3], superando la mera finalità produttiva, onde estendersi verso ulteriori attività, dal marcato risvolto ambientale, tese alla salvaguardia del territorio, del paesaggio

[2] Tale collegamento ha assunto un ruolo cardinale fin dagli albori della Comunità Europea, quando, è stata introdotta la c.d. Politica Agricola Comune (PAC), volta a garantire, attraverso un *corpus* normativo specifico e condiviso, delle concrete misure di sostegno e di rinnovazione del comparto, il tutto nell'ambito dell'obiettivo, di più ampio respiro, di una transizione ecologica focalizzata sulla sostenibilità. In dottrina tra i più recenti interventi sulla tematica, si veda M. GRANDINETTI, *La tassazione dei redditi fondiari: una possibile revisione alla luce del trend nazionale ed europeo*, in *Dir. e prat. trib.*, 6/2023, 2283 e ss.; M.V. BORGHETTO, *Note critiche sul Piano Strategico Nazionale italiano alla luce del Green Deal: la mancata percezione dell'obiettivo di rafforzamento della posizione della comunità agricola*, in *Il Diritto dell'Agricoltura*, 2022, 151; L. FERRARIS, *Green Deal e agricoltura, la vera sfida è a livello globale*, in *Il Diritto dell'Agricoltura*, 2020, 21.

[3] Sulla multipla funzione si veda anche, C. LOLLIO, *Il contributo della leva fiscale nella dialettica tra agricoltura e climate change: riflessioni a margine dei recenti sviluppi in materia di "soilless culture"*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2024, 2, 311; V. FICARI, A. VIGNOLI, *La Fiscalità Ambientale e il Green New Deal: quali proposte per uno Sviluppo Economico Sostenibile*?, in L. BECCHETTI, G.A. FORTE, a cura di, *Il libro bianco della transizione ecologica*, Roma, 2021, 159 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

e della biodiversità[4]. Una siffatta e innovativa visione disvela il ruolo essenziale del comparto agricolo nel perseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale, delineati dall'Agenda 2030 e dal *Green Deal* europeo[5].

Di quanto sopra si è dimostrato ben consapevole il Legislatore, che ha instillato la necessità di una riforma agricola in linea con l'ambiente nei principi e nei criteri direttivi della legge delega per la riforma fiscale (Legge 9 agosto 2023, n. 111) la quale, tra le diverse aree di intervento, dedica specifica attenzione alla fiscalità agraria[6].

In particolare, l'art. 5, comma 1, lett. *b*), della citata legge prevede l'introduzione di nuove classi e qualità di coltura per le attività agricole di coltivazione di cui all'art. 2135, primo comma, c.c., al fine di recepire i più evoluti sistemi colturali, disponendo, altresì, il riordino del relativo regime di imposizione su base catastale, nonché individuando il limite oltre il quale l'attività eccedente è considerata produttiva di reddito d'impresa.

Entro confini predefiniti, il Legislatore ha inoltre ricondotto ai redditi agricoli anche quelli derivanti da beni – inclusi quelli imma-

[4] La tutela dell'ambiente secondo queste declinazioni ha trovato accoglimento nella riforma degli artt. 9 e 41 Cost. ad opera della legge cost. n. 1/2022, così tra gli altri F. Amatucci, *I riflessi del nuovo art. 41 Cost. sulle politiche fiscali in materia ambientale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2024, 1, 199.

[5] Lo scopo è quello di accelerare la transizione dell'Unione europea verso un sistema alimentare sostenibile che abbia un impatto ambientale neutro o positivo; che contribuisca a mitigare i cambiamenti climatici e ad adattarsi ai loro effetti; che inverta la perdita di biodiversità e che, allo stesso tempo, garantisca la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare, la nutrizione e la salute pubblica, assicurandosi che tutti abbiano accesso ad alimenti nutrienti e sostenibili, accessibili dal punto di vista economico a tutti.

[6] La Legge delega per la riforma fiscale, n. 111 del 9 agosto 2023, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 189 del 14 agosto 2023, all'articolo 5, individua alcune linee guida per la revisione del reddito agrario. In particolare, all'interno del Titolo I che contiene modifiche al sistema di imposizione dei redditi delle persone fisiche, il Capo I, agli articoli 1 e 2, introduce una revisione della disciplina dei redditi dei terreni e agrari, allo scopo di tener conto delle più moderne tecniche di produzione, viene avanzata la proposta di ampliare l'ambito delle attività che danno luogo a reddito agrario, includendovi – a certe condizioni – anche quelle che non sono esclusivamente incentrate sullo sfruttamento della potenzialità del terreno e quelle realizzate con evoluti sistemi di coltivazione, con conseguente adeguamento delle rendite castali degli immobili utilizzati a tali fini.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

teriali – provenienti da attività di coltivazione e allevamento che contribuiscano alla tutela dell'ambiente e alla lotta ai cambiamenti climatici, prevedendone un regime di tassazione semplificato.

Il Decreto Legislativo attuativo della riforma di cui alla legge delega n. 111/2023, approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri il 30 aprile 2024, è confluito nel d.lgs. n. 192/2024, entrato in vigore il 31 dicembre 2024, ed i cui effetti decorrono già dal periodo d'imposta 2024, con impatto immediato sulle dichiarazioni fiscali a partire dal 2025.

La suindicata spinta riformatrice trae origine dalla constatazione che il quadro normativo previgente risultava ancorato a un modello agricolo tradizionale, ormai inadeguato a cogliere la metamorfosi del settore, che vede oggi un'agricoltura sempre più esercitata in strutture artificiali – capannoni, serre verticali, fabbricati dismessi – e praticata con tecniche produttive fondate su tecnologie idroponiche, colture fuori suolo e micropropagazione. Parallelamente, l'attenzione crescente alla sostenibilità ha aperto la strada a nuove forme di redditività, quali i crediti di carbonio generati da pratiche agricole ecocompatibili.

Occorrerà in ogni caso interrogarsi se gli obiettivi dichiarati di protezione dell'ambiente e di contrasto ai cambiamenti climatici rappresentino effettivamente i soli valori perseguiti dal Legislatore o se, al contrario, tra le pieghe della normativa si celino profili di ambiguità idonei ad incidere sulla concreta realizzazione degli obiettivi di sostenibilità enunciati.

2. Per cogliere appieno la *ratio* e l'impatto della riforma introdotta dal d.lgs. 13 dicembre 2024, n. 192, emanato allo scopo di rivitalizzare il comparto agricolo[7], appare opportuno procedere ad una breve disamina della tradizionale nozione di reddito agrario,

[7] Come sopra precisato, la Legge delega per la riforma fiscale, al fine di valorizzare le più moderne tecniche di produzione, ha proposto l'ampliamento dell'ambito delle attività che danno luogo a reddito agrario, includendovi – a certe condizioni – anche quelle che non sono esclusivamente incentrate sullo sfruttamento della potenzialità del terreno e quelle realizzate con evoluti sistemi di coltivazione, con conseguente adeguamento delle rendite castali degli immobili utilizzati a tali fini.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

onde successivamente soffermarsi sulle modifiche apportate dal legislatore fiscale.

Nella formulazione previgente all'introduzione del d.lgs. n. 192/2024, l'art. 32, comma 1, del TUIR definiva il reddito agrario come "la parte del reddito medio ordinario dei terreni imputabile al capitale d'esercizio e al lavoro di organizzazione impiegati nei limiti della potenzialità del terreno nell'esercizio di attività agricole su di esso", qualificando, nei commi successivi, le attività agricole rilevanti, distinte tra attività intrinsecamente agricole e attività connesse.

E così, tra le attività intrinsecamente agricole, l'art. 32 del TUIR faceva espresso riferimento alle attività di coltivazione e silvicoltura, nonché all'allevamento del bestiame con mangimi ottenibili per almeno un quarto dal terreno, mentre tra le attività connesse includeva unicamente quelle previste dal terzo comma dell'art. 2135 c.c.[8].

L'impostazione suddetta, tuttavia, non aveva recepito l'evoluzione della disciplina civilistica intervenuta con il d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, che aveva riformulato l'art. 2135 c.c., spostando l'attenzione dal collegamento materiale con il fondo alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico. Con tale modifica, il Legislatore aveva ricondotto alla nozione di imprenditore agricolo anche attività non necessariamente connesse direttamente al terreno – quali trasformazione, commercializzazione e fornitura di servizi – finalizzate alla valorizzazione del territorio e allo sviluppo dell'agriturismo.

La nuova formulazione dell'art. 2135 c.c. offriva, invero, una concezione più evoluta di impresa agricola, con l'abbandono della visione "terrenocentrica" a favore di una prospettiva fondata sul ciclo biologico della pianta o dell'animale, con il riconoscimento espresso della possibilità di svolgere l'attività anche in immobili iscritti al catasto fabbricati. Ne derivava, tuttavia, una evidente diso-

[8] Le attività di cui al terzo comma dell'art. 2135 del c.c. sono state individuate dal Legislatore come quelle attività dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione, ancorché non svolte sul terreno, di determinati beni tassativamente individuati, posti in essere dallo stesso produttore agricolo e provenienti prevalentemente dalla coltivazione del fondo, dalla silvicoltura e dall'allevamento del bestiame. Tra i primi commentatori della norma cfr. E. Bassanelli, *Dell'impresa agricola*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro III, Della Proprietà, Art.810-956, 1976, 415 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

mogeneità tra la disciplina civilistica, ispirata alla multifunzionalità agricola, e quella tributaria, rigidamente ancorata al legame con il terreno.

In tale contesto, come verrà meglio illustrato *infra*, il d.lgs. n. 192/2024 ha raccolto l'invito della legge delega del 2023, intervenendo sulla determinazione del reddito agrario e richiamando integralmente la nozione di attività agricole contenuta nell'art. 2135 c.c. Il nuovo art. 32 TUIR qualifica, infatti, il reddito agrario come la parte del reddito medio ordinario dei terreni imputabile al capitale d'esercizio e al lavoro di organizzazione impiegati nell'esercizio delle attività agricole di cui all'art. 2135 c.c., senza ulteriori specificazioni.

La disciplina fiscale, tenendo conto delle più moderne tecniche produttive e delle nuove configurazioni aziendali, non più esclusivamente incentrate sul fattore "terra" e sullo "sfruttamento" della stessa, viene così riallineata a quella civilistica. La suindicata innovazione riduce, infatti, il divario che, a seguito della riforma civilistica del 2001, si era inevitabilmente creato tra i due ambiti normativi e, per l'effetto, amplia la nozione di reddito agrario, così da renderla coerente con gli obiettivi europei di sviluppo sostenibile del comparto.

Da quanto sopra discende, pertanto, un nuovo assetto dei redditi agrari, che vede consacrata una generalizzazione della disciplina di vantaggio, oggi estesa anche ad attività di coltivazione e allevamento non necessariamente correlate al fondo, ma idonee a generare beni – anche immateriali – che producano effetti positivi sull'ambiente; il tutto con possibilità di applicare, entro limiti prestabiliti, un regime di tassazione forfetizzato per la parte eccedente, secondo quanto stabilito dai decreti attuativi.

3. Come anticipato, l'intervento del Legislatore delegato persegue l'obiettivo di adeguare la disciplina tributaria all'evoluzione strutturale e funzionale dell'impresa agricola, riconoscendone la progressiva emancipazione dal vincolo con il fondo, e promuovendo la correlata proiezione verso attività produttive sostenibili e tecnologicamente avanzate.

Tale finalità emerge con chiarezza dall'innovazione introdotta all'articolo 32, comma 2, del TUIR, dalla lettera *b-bis*), che individua

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

una nuova e specifica categoria di attività agricole produttive di reddito agrario, costituita dalle «attività dirette alla produzione di vegetali tramite l'utilizzo di immobili oggetto di censimento al catasto dei fabbricati, rientranti nelle categorie catastali C/1, C/2, C/3, C/6, C/7, D/1, D/7, D/8, D/9 e D/10[9], entro il limite di superficie adibita alla produzione, non eccedente il doppio della superficie agraria di riferimento definita con il decreto di cui al comma 3-bis»[10]. La disposizione si riferisce, in particolare, alle nuove forme di agricoltura tecnologica, cosiddette "*vertical farm*", "colture idroponiche" e alla "micropropagazione in vitro", capaci non solo di ridurre il consumo dell'acqua e di migliorare la qualità dei prodotti vegetali, ma anche di mitigare gli effetti dei cambiamenti climatici. La peculiarità di dette attività consiste nella possibilità di esercitare la coltivazione non soltanto in serre tradizionali, ma anche in strutture protette, o fabbricati a destinazione agricola, industriale, commerciale e artigianale, anche dismessi, purché riconvertiti ai fini produttivi agricoli.

La novella non incide, peraltro, sulla preesistente lettera *b*) dello stesso secondo comma dell'art. 32 del TUIR, con la conseguenza che, per le attività dirette alla produzione di vegetali esercitate mediante l'utilizzo di strutture fisse o mobili, anche provvisorie, ancorché accatastate, continua ad applicarsi il previgente regime di reddito agrario, a condizione che non siano intervenute modifiche sostanziali nell'attività svolta.

---

[9] Trattasi di categorie catastali corrispondenti alle seguenti tipologie di immobili: C/1 (Negozi e botteghe); C/2 (Magazzini e locali di deposito); C/3 (Laboratori per arti e mestieri); C/6 (Stalle, scuderie, rimesse, autorimesse); C/7 (Tettoie chiuse od aperte); D/1 (Opifici); D/7 (Fabbricati costruiti o adattati per le speciali esigenze di un'attività industriale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazioni); D/8 (Fabbricati costruiti o adattati per le speciali esigenze di un'attività commerciale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazioni); D/9 (Edifici galleggianti o sospesi assicurati a punti fissi del suolo, ponti privati soggetti a pedaggio); D/10 (Fabbricati per funzioni produttive connesse alle attività agricole).

[10] Così, la relazione illustrativa del Decreto nonché l'articolo 5, comma 1, lettera *b*), n. 1), della legge delega, che prevede «l'introduzione, per le attività agricole di coltivazione di cui all'articolo 2135, primo comma, del codice civile, di nuove classi e qualità di coltura al fine di tenere conto dei più evoluti sistemi di coltivazione».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

Altresì, come chiarito dalla Circolare ministeriale n. 12/2025, le attività di coltivazione realizzate con sistemi evoluti che non utilizzano gli immobili indicati nella lettera *b-bis*) – come, ad esempio, una coltura idroponica realizzata in serra "leggera" non accatastabile – restano ricomprese nella nuova lettera *b-bis*), in virtù del venir meno, ai fini della configurazione del reddito agrario, del necessario collegamento tra l'attività agricola e il terreno.

In sostanza, vengono a delinearsi due differenti tipologie di produzione di vegetali, alle quali, nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 32 T.U.I.R., è riconosciuto lo *status* di attività agricole con applicazione del regime di tassazione fondato sul valore catastale dei terreni: si tratta delle attività dirette alla produzione di vegetali tramite l'utilizzo di strutture fisse o mobili, anche provvisorie (lett. *b*), nonché di quelle dirette alla produzione di vegetali mediante sistemi evoluti realizzati all'interno di immobili classificati nel catasto dei fabbricati in specifiche categorie (lett. *b-bis*).

La disciplina mantiene tuttavia, il tradizionale vincolo della "potenzialità del terreno", al superamento del quale il reddito non rientra più nella categoria del reddito agrario e nel suo vantaggioso regime impositivo, ricadendo – per la parte eccedente – nell'ambito del reddito di impresa (artt. 56, u.c., e 56-*bis* del TUIR). Ciò, si badi bene, nonostante la modifica del comma 4, dell'art. 56-*bis* del TUIR operata dallo stesso d.lgs. 192 del 2024 di cui si dirà nel paragrafo che segue, che estende la possibilità di applicare il regime forfetario di determinazione del reddito anche alle società di persone, a quelle di capitali, e alle società cooperative che rivestono la qualifica di società agricole, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 99/2004 e che abbiano optato per la tassazione su base catastale.

Alla luce di quanto sopra, è allora evidente come un siffatto sistema impositivo, pur confermando la *ratio* originaria della distinzione tra redditi agrari e redditi d'impresa, rischi di risultare disallineata rispetto alla realtà delle produzioni agricole tecnologiche, ove il contributo del fondo risulta marginale o del tutto assente.

In ogni caso, non vi è dubbio che, sotto il profilo funzionale, l'introduzione della lettera *b-bis*) dell'articolo 32, comma 2, del TUIR, rappresenti un pregevole tentativo di modernizzazione del concetto stesso di reddito agrario, volto ad includere modelli produttivi coerenti con la transizione ecologica e digitale. L'implementa-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

zione di tecnologie di coltivazione in ambienti controllati produce, infatti, effetti positivi immediati in termini di riduzione del consumo idrico, ottimizzazione dell'uso del suolo e mitigazione dell'impatto negativo sul cambiamento climatico, così concorrendo al raggiungimento degli obiettivi della transizione *green* e della sostenibilità ambientale delineati in sede europea.

Il Legislatore delegato di cui al d.lgs. n. 192/2024 non ha tuttavia limitato la spinta innovatrice del proprio intervento all'introduzione della lettera *b-bis*) dell'articolo 32, comma 2, del TUIR. Difatti, con la lettera *b-ter*) dell'articolo 32, comma 2 suddetto, è stata ulteriormente ampliata la nozione di reddito agrario, ricomprendendovi le cessioni di beni, anche immateriali, che scaturiscono da attività virtuose sotto il profilo della tutela dell'ambiente e della lotta ai cambiamenti climatici. La disposizione include: "le attività dirette alla produzione di beni, anche immateriali, realizzate mediante la coltivazione, l'allevamento e la silvicoltura che concorrono alla tutela dell'ambiente e alla lotta ai cambiamenti climatici, nei limiti dei corrispettivi delle cessioni di beni, registrate o soggette a registrazione agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto, derivanti dall'esercizio delle attività di cui all'art. 2135 del Codice civile".

In tale formulazione rientrano le operazioni di *carbon farming*[11], ossia la produzione e la cessione di crediti di carbonio generati da pratiche di agricoltura rigenerativa[12] e gestione sostenibile del suolo, in grado di trasformare i terreni agricoli in "banche di carbonio", ora-

[11] Il *carbon farming* è l'insieme di pratiche agricole che favoriscono l'assorbimento della CO_2 atmosferica da parte del suolo. Il carbonio stoccato sotto forma di sostanza organica può restare infatti ancorato nel terreno per decenni.

[12] In vista del raggiungimento della neutralità climatica, l'Unione Europea deve ridurre le emissioni di gas serra del 55% rispetto al 1990, entro il 2030. Secondo uno studio del Dipartimento delle Politiche di Coesione del Parlamento Europeo, pubblicato nel 2023 su richiesta della Commissione Europea, il settore agricolo contribuisce per l'11% alle emissioni di gas climalteranti dell'UE. Dal 1990 al 2018 le emissioni di gas serra in agricoltura sono scese di 108 milioni di tonnellate di CO_2 equivalente. Proprio nella gestione del suolo e del letame risiede il potenziale di riduzione delle emissioni del settore. Secondo lo stesso studio, la capacità dei suoli agricoli di sequestrare carbonio varia ed è compresa fra 9 e 24 milioni di tonnellate di carbonio l'anno. Si stima che lo *stock* di carbonio nei suoli dell'Unione a 27 sia 34 miliardi di tonnellate, nei 20 cm superiori del suolo. L'Italia vale il 6% del totale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

mai diffuse anche in Italia[13]. Ebbene, a decorrere dal periodo di imposta 2024, i redditi derivanti da tali cessioni sono considerati redditi agrari e – pertanto – sono tassati su base catastale, fino a concorrenza dell'ammontare dei corrispettivi delle cessioni registrate ai fini IVA.

La norma supera così l'orientamento restrittivo espresso dall'Agenzia delle Entrate in precedenti risposte ad interpello[14], nelle quali la cessione dei crediti di carbonio era stata esclusa dall'ambito dell'attività agricola connessa, con conseguente qualificazione dei relativi proventi come redditi di impresa ai sensi dell'art. 85 del TUIR.

Con la lettera *b-ter*) dell'art. 32, comma 2, del TUIR, il Legislatore ha quindi introdotto una novella connotata da un patente approccio favorevole nei confronti dei comparti produttivi *green oriented*, valorizzando la funzione ambientale del *carbon farming*, ed equiparando tale attività alle altre forme di agroenergia (fotovoltaico e biomasse), con previsione di un un limite quantitativo analogo a quello già vigente per tali produzioni[15].

Va inoltre ricordato che, sino a tempi recenti, la normativa domestica risultava del tutto carente per ciò che riguarda le compravendite di crediti di carbonio. Solo con il D.L. n. 13/2023 è stato formalmente istituito il Registro pubblico dei crediti di carbonio su base volontaria, cui si è aggiunto, in epoca successiva, il Registro nazionale dei crediti di carbonio volontari generati dal settore forestale[16], volto a garantire la certificazione e la tracciabilità dei crediti derivanti da pratiche di gestione forestale sostenibile.

---

[13] In Italia, dove oltre il 40% del territorio è agricolo, la diffusione di questo approccio potrebbe essere indispensabile per rendere il settore primario più sostenibile, soprattutto nelle aree colpite da siccità e degrado del suolo.

[14] Categoria che in verità in passato, l'Agenzia delle Entrate, con la risposta ad Interpello n.365/2020 e, successivamente, il Governo all'esito della *question time* – 5-08179 del 31 maggio 2022 – avevano escluso dalla tassazione catastale o forfettaria ai sensi dell'art. 56-*bis* del TUIR.

[15] Per i primi commenti sulla normativa, cfr. L. Scappini, *La riforma del settore agricolo allinea il dato fiscale a quello civilistico*, in *Il Fisco*, 2/2025, 104; Id., *Vertical farm, colture idroponiche e coltivazioni in serra producono redditi agrari*, in *Il Fisco*, 17/2025, 1509 ss.

[16] Cfr. Comunicato stampa del 17 ottobre 2025 del Ministero dell'agricoltura, della Sovranità Alimentare e delle Foreste. In tale data è stato firmato dal Ministro dell'Agricoltura e dal Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza energetica, il de-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

La suddetta disciplina ha posto le basi per un mercato nazionale del carbonio allineato al Regolamento (UE) 2024/3012 sul *carbon farming*[17], prevedendo che il credito generato possa essere ceduto a terzi dopo almeno cinque anni e previa iscrizione nel Registro tenuto dal CREA.

Alla luce di quanto sopra risulta allora evidente come, nell'ambito del quadro generale suddetto, l'innesto della lettera *b-ter*) dell'art. 32, comma 2, del TUIR, segni un importante passo in avanti verso il riconoscimento della funzione ambientale dell'impresa agricola. Il tutto, non senza che rimangano da approfondire, dal punto di vista ermeneutico, non secondari aspetti di cui si dirà *infra*, primi tra tutti quello dell'esatta delimitazione dell'ambito oggettivo della norma, nonché l'ulteriore profilo di criticità attinente la compatibilità del regime catastale con l'esigenza di rappresentare la reale capacità contributiva del soggetto.

4. Da una prima disamina del d.lgs. 192 del 2024, emerge come il Legislatore delegato sia propenso a riconoscere un innegabile *favor* alla sostenibilità, così suggellando la natura multifunzionale dell'agricoltura[18], quale soggetto economico e ambientale strategico, chia-

---

creto che definisce le linee guida nazionali per il riconoscimento dei *carbon credits*. Trattasi di uno strumento essenziale per dare nuova linfa alla gestione delle aree boschive italiane mettendo insieme le energie dei privati con l'interesse pubblico, che si rivelerà idonea anche per contrastare il fenomeno del *greenwashing*.

[17] Con l'approvazione delle linee guida vengono precisati i requisiti per ottenere l'iscrizione dei "crediti di carbonio" nel registro, da valutarsi secondo la capacità di immagazzinare anidride carbonica sulla base di un progetto di cura delle aree boschive controllato e certificato secondo meccanismi trasparenti e affidabili. Le linee guida prevedono che i crediti di carbonio da iscrivere nel registro siano corrispondenti ad una gestione dell'area boschiva che apporti attività aggiuntive rispetto alla mera conservazione prevista dalla normativa in vigore e già oggi obbligatoria; nonché ad un progetto di gestione dell'area boschiva di almeno 20 anni, certificato da un ente terzo accredito (non diversamente da quanto accade per le DOP e le IGP e la produzione biologica).

[18] Sulla multifunzionalità anche di recente cfr. E. Bruno, in *La riforma del reddito agrario tra riordino del regime di imposizione e attività agricole innovative*, in *Tax News - Supplemento online alla Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 19 settembre 2025; G. Belletti, G. Brunori, A. Marescotti, A. Rossi, 2003: *Multifunc-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

mato a concorrere alla transizione ecologica e alla gestione sostenibile del territorio, come precisato dall'art. 5, comma 1, lett. *b*), della Legge delega n. 111/2023.

Tuttavia, pur riconoscendo la portata innovativa del d.lgs. 192 del 2024, e il suo contributo fondamentale all'allineamento tra la disciplina civilistica e quella tributaria, il risultato non è esente da criticità interpretative, su cui invero l'Agenzia delle Entrate ha già fornito un primo, seppur parziale, riscontro[19].

E così, in prima battuta, deve porsi in rilievo che il reddito agrario continua a essere determinato in funzione della rendita catastale dei terreni, ancora oggi calcolata sulla base delle tariffe d'estimo che, pur in via di aggiornamento, risultano attualmente disancorate dalla redditività effettiva delle imprese agricole. Orbene, se è indubbio che l'adesione a un sistema fondato su presunzioni di redditività "media ordinaria" rispetta un'impostazione storicamente giustificata da esigenze di semplificazione e di protezione di un settore vulnerabile e soggetto rischi climatici e di mercato[20], non ci si può esimere dal rilevare come tale impianto appaia oggi anacronistico se rapportato all'agricoltura multifunzionale, tecnologicamente avanzata, e fortemente integrata nei mercati globali così come tratteggiata dallo stesso Legislatore delegato del d.lgs. 192 del 2024.

L'adozione di tariffe d'estimo non rappresentative della reale capacità economica genera, invero, un disallineamento tra capacità

---

tionality and rural development: a multilevel approach, in *Multifunctional Agriculture. A new paradigm for European agriculture and Rural Development*, a cura di G. Van Huylenbroeck, G. Durand, Ashgate, Burlington, VT (USA) e Aldershot (UK), 2003; R. Henke, C. Salvioni, *Diffusione, struttura e redditività delle aziende multifunzionali*, in *Agriregionieuropa*, anno 6° n. 20, 2010, consultabile su: *https://agriregionieuropa.univpm.it/en/content/issue/31/agriregionieuropa-anno-6-ndeg20-mar-2010.*

[19] Cfr. Circolare Ministeriale n. 12, dell'8 agosto 2025.

[20] In tal senso A. Fantozzi, *Prospettive dello strumento societario in agricoltura - Profili fiscali Prospettive dello strumento societario in agricoltura - Atti della giornata di studio, Firenze 28 gennaio 1993*, in *Quaderni de I georgofili*, n. 1-1993, p.56 ss., nonché in *Riv. dir. agr.*, 1993, I, 287 ss.; M. Miccinesi, *La disciplina tributaria come indiretta forma di sostegno e sua progressiva erosione*, in *Finanziamento e credito all'agricoltura, Atti del Convegno, Firenze, 1-2 giugno 1995*, a cura di E. Rook Basile, E. Casadei e A. Germanò, Milano, 1996, p. 125 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

contributiva e prelievo fiscale, compromettendo i principi di equità orizzontale e della neutralità concorrenziale, così palesando la propria inadeguatezza in riferimento alla capacità contributiva effettiva. Viene pertanto a configurarsi un potenziale contrasto con l'art. 53 Cost.[21], ove il d.lgs. 192 del 2024 introduce un quadro generale in cui risulta *de facto* giustificata, a livello sistemico, una disparità di trattamento tra imprese di analoga dimensione economica, le quali tuttavia soggiaciono a regimi impositivi differenti (l'uno di vantaggio, l'altro ordinario) a seconda della riconducibilità o meno delle rispettive attività al reddito agrario.

Non meno rilevanti appaiono i coni d'ombra di carattere applicativo, posto che le modifiche introdotte agli artt. 32 e 56-*bis* del TUIR e dalle relative disposizioni di coordinamento, lasciano irrisolti diversi profili, tra cui spicca quello della corretta individuazione del confine tra reddito agrario e reddito d'impresa, e ciò con particolare riferimento alle attività connesse e alla trasformazione dei prodotti. L'assenza di parametri oggettivi per la determinazione della "superficie agraria di riferimento" nelle coltivazioni fuori suolo, così come la mancata definizione di criteri univoci per la qualificazione delle produzioni "verticali" o "idroculturali" rischiano, infatti, di alimentare un contenzioso analogo a quello già sviluppatosi in materia di impianti fotovoltaici e agrivoltaici.

Non senza rilevare che, invero, in relazione al riformato art. 56-*bis* del TUIR, il Legislatore delegato non abbia consentito di estendere la norma novellata[22] e – di converso – la fiscalità di vantaggio,

[21] La tematica in verità ha già superato il vaglio di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale è infatti intervenuta in più occasioni, ritenendo che norme siffatte, aventi carattere eccezionale e derogatorio, costituiscano esercizio di un potere discrezionale del Legislatore, censurabile solo per la sua eventuale palese arbitrarietà o irrazionalità. In tal senso, tra le altre, cfr. sentenza n. 292 del 1987; l'ordinanza n. 174 del 2001); con la conseguenza che la Corte stessa non può estenderne l'ambito di applicazione, se non quando lo esiga la *ratio* dei benefici medesimi (si vedano, sentenze n. 6 del 2014, n. 275 del 2005, n. 27 del 2001, n. 431 del 1997 e n. 86 del 1985; ordinanze n. 103 del 2012, n. 203 del 2011, n. 144 del 2009 e n. 10 del 1999; sent. n. 111 del 2016, ma anche n. 177 del 2017, n. 242 del 2017 e n. 120 del 2020).

[22] Come evidenziato nel paragrafo che precede, la modifica del comma 4, dell'art. 56-*bis* del TUIR operata dallo stesso d.lgs. 192 del 2024, consente di applicare

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

alle società che, pur avendo optato per il regime catastale, producano reddito derivante da attività agrituristica, il tutto sulla scorta della natura di *lex specialis* della normativa fiscale che disciplina le attività agrituristiche di cui all'art. 5, Legge n. 413/1991, la quale, in quanto tale, prevale sulla disciplina generale contenuta nell'art. 56-*bis* del TUIR.

Anche il suindicato profilo deve essere annoverato tra i (molteplici) nodi gordiani della riforma, posto che in realtà le società di capitali e le società cooperative agricole, già penalizzate dal regime di cui all'art. 5, Legge n. 413/1991, che aveva escluso espressamente la possibilità di applicare ai fini delle imposte sul reddito lo specifico sistema forfetario, vengono aprioristicamente private della possibilità di giovarsi della normativa favorevole di cui all'art. 56-*bis*, comma 3, TUIR, pur avendo optato per il regime catastale. Ciò in evidente controtendenza rispetto al raggiungimento dell'obiettivo dell'armonizzazione tra normativa civilistica e tributaria, magnificata dal Legislatore della riforma quale baluardo di civiltà giuridica.

Da ultimo, deve porsi in rilievo come, nonostante i roboanti predicati, dal punto di vista sistematico, la riforma disveli un'incompiuta valorizzazione proprio della funzione ambientale dell'impresa agricola, pur riconosciuta in via programmatica dalla legge delega e dai documenti di accompagnamento della riforma. Difatti, sebbene l'art. 1, comma 2, della legge n. 111/2023 richiami espressamente la necessità di utilizzare il tributo anche quale strumento di promozione di comportamenti coerenti con la transizione ecologica e con la tutela dell'ambiente, siffatto indirizzo è rimasto privo di effettiva trasposizione normativa. Non può infatti non porsi in evidenza come né l'art. 32 TUIR, né le disposizioni di coordinamento, introducano meccanismi fiscali premiali o correttivi idonei a incentivare pratiche agricole sostenibili, come la riduzione dell'impatto ambientale, la gestione responsabile delle risorse idriche o la tutela della biodiversità. La fiscalità ambientale resta così confinata a un livello meramente di-

il regime forfetario di determinazione del reddito anche alle società di persone, a quelle di capitali, e alle società cooperative che rivestono la qualifica di società agricole, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 99/2004 e che abbiano optato per la tassazione su base catastale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

chiarativo, non divenendo parte integrante della struttura dell'imposizione agricola.

Altresì, la mancanza di un coordinamento organico con le politiche extratributarie – e segnatamente con gli strumenti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e con le misure di sostegno previste dalla Politica Agricola Comune – priva la riforma della dimensione sistemica che ne avrebbe potuto fare un reale volano di sviluppo sostenibile.

In conclusione, l'intervento legislativo riformatore, pur introducendo innovazioni significative, non realizza una compiuta modernizzazione del sistema fiscale agricolo. Difatti, nonostante le innovazioni della normativa fiscale si siano susseguite per oltre quarant'anni, ad oggi il tributo continua a configurarsi quale strumento di tutela e non di promozione, secondo una logica di favore che, se storicamente giustificata in quanto posta a presidio categoria, quella dei percettori di reddito agrario, storicamente considerata "debole", oggi appare insufficiente a sostenere un settore chiamato a coniugare produttività, innovazione e responsabilità ambientale.

Sarebbe pertanto auspicabile un ripensamento complessivo che conduca al superamento del criterio catastale, in favore di una determinazione della base imponibile correlata alla redditività effettiva. Altresì gioverebbe che il Legislatore prendesse atto, una volta per tutte, dell'urgente necessità di provvedere a un'integrazione tra gli strumenti della fiscalità domestica e quelli della programmazione economica europea, posto che solo un siffatto approccio può garantire una riforma completa e sistemica. Da ultimo risulta fondamentale promuovere una politica tributaria in materia agraria che persegua i canoni dell'extrafiscalità, secondo una logica volta a premiare l'agricoltura quale presidio ambientale e sociale del territorio.

La sfida che si apre è, dunque, quella di costruire un sistema realmente funzionale alla transizione ecologica, in grado di conciliare la tutela costituzionale dell'agricoltura di cui all'art. 44 della Carta fondamentale con l'esigenza di garantire un prelievo equo e sostenibile secondo i dettami dell'art. 53 della Costituzione. Solo in questa prospettiva la fiscalità potrà abbandonare il suo tradizionale ruolo di mera protezione, onde divenire un motore di sviluppo sostenibile, nel quale l'imposizione non rappresenti un vincolo, ma un fattore di crescita.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

Abstract

Quale diretto portato dell'effetto propulsivo dell'innovazione tecnologica e della progressiva affermazione dei principi di sostenibilità ambientale, il settore agricolo ha conosciuto, negli ultimi anni, una fase di profonda e strutturale trasformazione, che ha imposto un ripensamento del quadro normativo di riferimento.

Per ciò che concerne la materia tributaria, il Legislatore è intervenuto con il d.lgs. n. 192/2024, adottato in attuazione della Legge delega n. 111/2023, attraverso l'introduzione di rilevanti modifiche all'art. 32 del TUIR, così sancendo un significativo passo in avanti nel processo di adeguamento della disciplina fiscale alle rinnovate esigenze del comparto agricolo.

L'assetto normativo così delineato ha tuttavia ingenerato svariate problematiche interpretative e applicative, in relazione alle quali l'Agenzia delle Entrate ha inteso fornire una prima ermeneusi mediante la circolare n. 12/E del 2025, recante chiarimenti di natura operativa.

As a direct consequence of the driving force of technological innovation and the progressive affirmation of environmental sustainability principles, the agricultural sector has, in recent years, undergone a phase of profound and structural transformation, which has required a reconsideration of the relevant regulatory framework.

With regard to taxation, the Legislator has intervened through Legislative Decree No. 192/2024, adopted in implementation of Delegated Law No. 111/2023, introducing significant amendments to Article 32 of the Consolidated Income Tax Act (TUIR). This marks an important step forward in the process of aligning the tax framework with the renewed needs of the agricultural sector.

However, the resulting regulatory framework has given rise to various interpretative and practical issues, for which the Italian Revenue Agency sought to provide an initial interpretation through Circular n.12/E of 2025, containing operational clarifications.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-8-Martis

Antonio Musio

SERVIZI DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE E TUTELA DEI MINORI

Sommario: 1. Rivoluzione digitale e nuove istanze di tutela dei minori. – 2. Servizi di intelligenza artificiale e limiti per l'utente minore d'età. – 3. Il diritto all'educazione all'uso dell'intelligenza artificiale. – 4. Progettazione dei sistemi di intelligenza artificiale nel rispetto dei valori costituzionali. – 5. Conclusioni.

1. La storia racconta che dopo la prima metà del XIX secolo ebbe inizio la seconda rivoluzione industriale con la quale, tramite l'uso di macchine alimentate ad elettricità e a petrolio, si giunse ad una produzione su vasta scala, superando così un modello produttivo ancora di tipo artigianale. A tale cambio di paradigma fece seguito un profondo mutamento del contesto economico e delle abitudini sociali che richiese, a cascata, un radicale ripensamento delle regole giuridiche che fino ad allora avevano governato i rapporti sociali[1].

L'avvento delle macchine, infatti, condizionò, non soltanto l'attività industriale, consentendo la creazione in massa di beni e servizi, ma anche la distribuzione di questi ultimi, ingenerando l'esigenza di una più fluida e rapida circolazione[2]. A siffatto mutato quadro, i tra-

[1] In argomento A. Somma, *Il diritto della Rivoluzione industriale*, in *Rechtsgeschichte*, 2016, p. 473 ss. Sul punto si veda anche A. Musio, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, p. 226 ss.

[2] Per V.G. Berlioz, *Exposé introductif*, in *Les contrats d'adhésion et la protection du consummateur*, Paris, 1978, p. 17 ss. il ricorso a *standards* negoziali unilateralmente predisposti da fabbricanti e operatori del settore distributivo non è in discussione, perché in una moderna economia di mercato non vi sono alternative razionali.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

dizionali modelli di conclusione del negozio, ormai inadeguati a rispondere alle necessità del mercato[3], furono costretti ad adeguarsi e il contratto finì col perdere progressivamente il connotato di scambio canonico di proposta e accettazione per accrescere il suo aspetto funzionale allo sviluppo dell'attività produttiva, assecondando le istanze mercantili protese ad una più facile conclusione degli affari[4].

Si assiste, nella realtà attuale, a una nuova rivoluzione, quella digitale, che, ancora una volta, ha creato profondi cambiamenti socioeconomici, complice l'avvento delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione[5]. In particolare, lo sviluppo di dispositivi interattivi ha condotto alla proliferazione e alla moltiplicazione dei canali d'accesso all'informazione, che hanno, di conseguenza, cambiato le modalità in cui si esplica l'atto comunicativo.

Nell'attuale contesto si registra un esponenziale aumento dell'uso dei *media* anche da parte dei minori che, con sempre maggiore facilità, accedono ai più moderni sistemi di comunicazione. Situazione questa cui corrisponde un radicale cambio di prospettiva rispetto alla condizione del minore nel nostro ordinamento. Da totalmente incapace, infatti, si è progressivamente passati a concepirlo quale soggetto di diritto capace di autodeterminarsi, non solo rispetto agli atti di natura esistenziale, ma anche in ambito patrimoniale, inducendo gli operatori commerciali a considerarlo come un agente e attore sociale al pari degli adulti[6].

---

[3] Sul punto si rinvia al contributo di A. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto* standard, in *Contr. e impr.*, 2019, 3, p. 1156 ss.

[4] Di "condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo" parla la Relazione al Codice civile al punto n. 612.

[5] Come emerge dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, "l'umanità si trova ora sulla soglia di un'era nella quale robot, bot, androidi e altre manifestazioni dell'intelligenza artificiale sembrano sul punto di avviare una nuova rivoluzione industriale, suscettibile di toccare tutti gli strati sociali, rendendo imprescindibile che la legislazione ne consideri le implicazioni e le conseguenze legali ed etiche, senza ostacolare l'innovazione".

[6] L'esigenza di sottoporre a verifica la tenuta dell'impostazione che, qualificando il minore d'età come un soggetto legalmente incapace, considera qualsiasi atto da questi compiuto invalido, viene in rilievo in considerazione del mutato con-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

Sicché notevoli sono risultate le implicazioni nella cultura del consumo in quanto le imprese si sono sentite autorizzate a vendere i loro prodotti e a fare *marketing* rivolgendosi direttamente ai minori, i quali ormai rappresentano un significativo *target* di mercato in settori merceologici particolarmente rilevanti, da quello alimentare, all'abbigliamento, ai giocattoli e, più in generale, all'intrattenimento[7]. Tanto crea un evidente problema di tutela dei minori stessi che, a causa della loro connaturale inesperienza, si presentano nel mercato digitale come soggetti particolarmente vulnerabili sotto un duplice profilo: sia per la tendenziale incapacità di valutare tutti gli aspetti e soprattutto le conseguenze degli atti di consumo conclusi, sia per l'assenza di padronanza della tecnologia utilizzata e della piena consapevolezza dei rischi legati all'uso della stessa[8].

---

testo sociale in cui a tale soggetto è riconosciuto un ruolo sempre più attivo. Sembra ormai non più rispondere alla realtà attuale l'idea di un minore che vada protetto sempre e comunque, a prescindere dal tipo di atto concluso, e privato, quindi, della possibilità di intraprendere autonomamente qualsiasi iniziativa che abbia un qualche rilievo sulla sua sfera giuridica. Tale radicale soluzione contrasta innanzitutto con l'impostazione costituzionale che garantisce a chiunque, e dunque a prescindere dall'età, l'esercizio di diritti e libertà fondamentali. Si vedano sul punto i contributi di G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, 5, pp. 517 ss.; P. STANZIONE, *I contratti del minore*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 4, pp. 1237 ss.; D. DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 3, pp. 699 ss.; ID., *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Riv. dir. imp.*, 2011, 1, pp. 75 ss.

[7] A. GAMBARO, *Il bambino consumatore: il suo diritto ad un'appropriata informazione*, in *Studi sulla formazione*, 2009, p. 228 precisa che "da una prospettiva di *marketing*, facilitare gli acquisti del bambino significa soprattutto divertirlo in modo che i suoi acquisti si basino su modalità emozionali, piuttosto che su modalità razionali. Il *marketing*, quale agente di socializzazione al consumo, non informa il bambino, ma piuttosto tende a sedurlo utilizzando modalità comunicative che fanno leva sulla sua parte emotiva e irrazionale".

[8] Le Istituzioni europee si sono impegnate per garantire un elevato livello di protezione della dignità dei minori e porli, così, al riparo da condotte illegittime o potenzialmente dannose. Il Consiglio dei Ministri dell'Unione ha, ad esempio, approvato la Raccomandazione n. 98/560 per avvicinare le legislazioni nazionali in materia di protezione della dignità minorile e promuovere la redazione di codici deontologici nei quali si prevedano particolari garanzie a favore dei minori. La direttiva 97/7/CE sulla conclusione dei contratti a distanza si preoccupa di proteggere i minori come attesta l'art. 4 secondo cui le informazioni preliminari alla conclusione del contratto devono essere offerte in modo chiaro e comprensibile, te-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

Se però, da un lato, vi è l'esigenza di proteggere i minori da insidiose tecniche di *marketing* che li espongono a rischi sia di natura patrimoniale, tenuto conto della crescente facilità di accesso al denaro da parte anche dei più piccoli, sia di natura personale, come la divulgazione dei dati personali che vengono richiesti in cambio di servizi o prestazioni digitali solo apparentemente gratuiti[9], dall'altro, non si può non considerare come l'accesso alle piattaforme digitali rappresenti ormai un ambito nel quale si estrinsecano i diritti fondamentali della persona.

La giurisprudenza, del resto, riconosce in modo pacifico che l'utente, tramite i servizi messi a disposizione dall'operatore dei *social network*, ha la possibilità di dare "sfogo a diritti primari, quali l'identità personale, la libertà di espressione e di pensiero, quella di associazione, ed altri"[10] e che la partecipazione a tali piattaforme rappresenti nell'attualità un elemento rilevantissimo per la vita di relazione dei suoi utenti, atteso che esse non rappresentano "solo una occasione ludica, di intrattenimento, ma anche un luogo, seppure

---

nendo conto di coloro che siano incapaci di esprimere il loro consenso, come i minori. Nondimeno la direttiva 2000/31/CE si preoccupa di tutelare i minori dai reati che possano essere commessi mediante l'uso della rete.

[9] G. Resta e V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 2, p. 430 ss. osservano come nell'economia digitale sia frequente la prassi dello scambio di contenuti e servizi digitali contro dati personali, definita *tying*. Per lo più, si tratta di un'offerta gratuita di servizi che, in realtà, avviene secondo uno schema economico tipico dello scambio sinallagmatico in cui i dati personali costituiscono il corrispettivo per l'accesso al servizio. Gli utenti-consumatori fruiscono, a titolo solo apparentemente gratuito, di contenuti o servizi digitali – come posta elettronica, messaggistica istantanea e *social network* – offrendo in cambio al professionista la possibilità di conoscere e trattare i propri dati personali non tecnicamente necessari alla fornitura offerta. Può, infatti, accadere che il professionista, quale corrispettivo dei contenuti o dei servizi digitali resi al consumatore, richieda a quest'ultimo, non solo i dati personali strettamente necessari per rendere possibile l'esecuzione della fornitura, ma anche altri dati assai utili per mettere a punto più efficaci strategie di *marketing*.

[10] Trib. Trieste, 27 novembre 2020, n. 2032, in *Riv. dir. internet*, 2021, 1, 93 ss., con nota di P. Mazza, *L'esperibilità del rimedio* ex *art. 700 c.p.c. a seguito della disattivazione dell'*account *su* Facebook*: l'ultimo episodio della saga chiude (ma non del tutto) le porte alla concessione della tutela d'urgenza*. In dottrina si rinvia a C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei* social networks, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 4, p. 1329 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

virtuale, di proiezione della propria identità, di intessitura di rapporti personali, di espressione e comunicazione del proprio pensiero"[11].

È indubbio che anche i minori, al pari degli adulti, hanno il diritto ad esprimere le proprie opinioni all'interno dei *social media*, così come di interagire con gli altri utenti della rete, realizzando se stessi e svolgendo la propria personalità. Il tema è, quindi, quello che riproduce l'antica discussione circa l'opportunità o meno di un'anticipazione della capacità di agire prima del compimento del diciottesimo anno di età[12].

Se tale soluzione potrebbe essere accolta con una certa prudenza per gli atti di natura patrimoniale che si perfezionano *on line*, limitando la validità solo per quelli della vita quotidiana, vale a dire volti a soddisfare le esigenze per una crescita equilibrata o aventi ad oggetto i bisogni di vita di tutti i giorni, diversamente bisognerebbe

[11] Trib. Bologna, 10 marzo 2021, n. 5206, in *Riv. dir. internet*, 2021, 3, p. 495 ss., con note di A. Iandoli e di A. Liguori, *Risarcibilità del danno non patrimoniale determinato dalla disattivazione, senza giusta causa, del profilo* Facebook; in *Tecnologie e dir.*, 2021, 2, 123 ss., con nota di V. Conte, *Recesso* ad nutum *nei social media, corrispettività e rilevanza della buona fede posteriore all'inadempimento*; in *www.medialaws.eu*, 11 giugno 2021, con nota di L. Albertini, *Responsabilità di Facebook per chiusura immotivata dell'account con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali*; in *www.giustiziacivile.com*, 13.10.2021, con nota di S. Scandola, *Recesso e responsabilità del gestore di un social network in caso di disattivazione ingiustificata del profilo di un utente*.

[12] Sulla possibilità per i minori di autodeterminarsi nelle scelte esistenziali qualora abbiano raggiunto una adeguata capacità di discernimento si rinvia a P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 498 s., il quale avverte come "l'interesse del minore si identifica anche con il raggiungimento di una autonomia personale e di giudizio e si può concretizzare anche nella possibilità di esprimere scelte e proposte alternative che possono riguardare i più diversi settori, dagli interessi culturali a quelli politici ed affettivi, purché sia salvaguardata la sua integrità psicofisica e la globale crescita della sua personalità". Riconosce un ruolo determinante alla capacità di discernimento del minore allorquando, all'esito di una necessaria valutazione casistica, si possa ragionevolmente ritenere che quest'ultimo sia in grado di prendere autonomamente una scelta di tipo esistenziale che lo riguardi, avendo ormai raggiunto, in merito alla decisione in questione, una maturità tale da renderlo in tutto e per tutto equiparabile ad una persona adulta P. Stanzione, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, p. 111.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

opinare con riferimento a quegli atti che rappresentano esercizio di libertà fondamentali, rispetto alle quali la nostra Costituzione riconosce a tutti il relativo diritto, a prescindere dalla classe di età alla quale il soggetto risulti riconducibile[13]. Sarebbe, infatti, un controsenso, rispetto a tali atti, riconoscerne in via astratta la mera titolarità ma non anche il concreto esercizio[14].

2. In tale quadro, già di per sé complesso, si inserisce un nuovo problema, attinente all'uso dei servizi basati sull'intelligenza artificiale da parte dei minori[15]. Sempre più spesso, infatti, bambini e adolescenti interagiscono con tecnologie basate sull'intelligenza artificiale, utilizzando giocattoli ad assistenza vocale, interrogando assistenti virtuali o usando *software* di apprendimento adattivo[16].

Sebbene l'art. 5, comma 1, lett. *b*), del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 vieti l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di intelligenza artificiale che sfruttino le vulnerabilità delle persone a causa della loro età, al fine di distorcerne il comportamento, provocando loro anche solo potenzialmente un danno significativo, non

[13] Nemmeno l'esigenza di tutelare il minore da decisioni in grado di arrecare pregiudizio al suo patrimonio potrebbe giungere, infatti, all'estrema conseguenza di privarlo di diritti e libertà costituzionali che la Carta Costituzionale riconosce a tutti gli individui, a prescindere, cioè dalla fascia d'età a cui essi appartengono.

[14] Sulla inammissibilità di una scissione tra titolarità ed esercizio delle situazioni esistenziali cfr. P. Stanzione, *Diritti fondamentali dei minori*, cit., p. 112.

[15] Discorre dell'intelligenza artificiale come di un "fenomeno rivoluzionario, di portata globale, in grado di incidere trasversalmente sui modelli culturali, sociali, economici, politici e giuridici, dando luogo a processi spesso concatenati" C. Perlingieri, *Intelligenza Artificiale tra princípi e regole*, in *AI Law*, 2025, 1, p. 35. A mettere in risalto i dubbi posti dall'utilizzo della nuova tecnologia da parte dei minori è S. Barbaro, *Il consenso dei minori in materia di trattamento dei dati tra responsabilità genitoriale, libertà di espressione e intelligenza artificiale*, in *Annali del Dipartimento jonico*, 2024, p. 10, secondo cui "lo sviluppo di dispositivi di intelligenza artificiale generativa fruibili *online* e rivolti specificamente a minori e a soggetti vulnerabili suscita interrogativi e incertezze in relazione alle modalità con cui i dati personali degli utenti vengono gestiti e trattati".

[16] M.L. Borgese, *La duplice radice dell'Intelligenza Artificiale: fra le esigenze di innovazione e la tutela dei più fragili*, in *Media Laws*, 2024. 1, p. 385 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

può escludersi che per i minori di età possano porsi una serie di rischi anche rispetto all'uso di programmi di intelligenza artificiale non espressamente vietati. Non va, infatti, trascurato che anche i sistemi operativi non rientranti nel divieto di cui al richiamato art. 5 del Regolamento possano incoraggiare comportamenti pericolosi per gli utilizzatori che si trovano nella fascia dei bambini e degli adolescenti[17]. Rispetto ai servizi basati sull'uso dell'intelligenza artificiale si è, quindi, prospettato il problema di individuare il limite di età prima del quale la fruizione di tale tecnologia dovrebbe essere interdetta. V'è, però, da chiedersi a quale età esattamente il minore sarebbe capace di servirsi dei programmi basati sull'utilizzo di intelligenza artificiale in cambio, ad esempio, del consenso al trattamento dei propri dati personali.

La questione si è posta innanzi al Garante della *privacy* che, con il provvedimento n. 112 del 30.3.2023, ha sospeso in via provvisoria il servizio *ChatGPT*, evidenziando che pur essendo riservato esclusivamente alle persone che abbiano compiuto almeno 13 anni, esso difetti di qualunque meccanismo in grado di verificare l'effettiva età degli utenti. A parere del Garante, quindi, l'assenza di un siffatto strumento di verifica avrebbe esposto gli infratredicenni al rischio di ricevere dall'applicazione risposte del tutto inidonee rispetto al loro grado di sviluppo e alla relativa autoconsapevolezza[18].

In modo similare, la stessa Autorità, con provvedimento n. 39 del 2 febbraio 2023, ha sanzionato la società sviluppatrice e gestrice dell'applicazione denominata Replika, consistente in una *chatbot*, con interfaccia scritta e vocale, basata sull'intelligenza artificiale in grado di generare un "amico virtuale", configurabile anche come *partner* romantico o mentore. Dall'istruttoria svolta era, infatti, emersa l'assenza di filtri per i minori di età e la proposizione di risposte assolutamente inadeguate rispetto all'età degli utenti.

[17] Non può, infatti, escludersi che il sistema gestito dall'intelligenza artificiale possa proporre anche ai minorenni contenuti sessuali espliciti e sollecitare l'invio di materiale pornografico oppure giungere a suggerire comportamenti estremi quali il suicidio o l'uccisione di persone care.

[18] Per un approfondimento della vicenda si rinvia a C. GRIECO, *Intelligenza Artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023, p. 153 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

Ma la questione è all'attenzione anche del legislatore italiano che si è proposto di intervenire sul punto. Il Disegno di legge del 20 maggio 2024, n. 1146, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro della Giustizia, recante "Disposizioni e delega al governo in materia di intelligenza artificiale", infatti, prevede che "l'accesso alle tecnologie di intelligenza artificiale dei minori di anni quattordici richiede il consenso di chi esercita la responsabilità genitoriale[19]. Il minore degli anni diciotto, che abbia compiuto quattordici anni, può esprimere il proprio consenso per il trattamento dei dati personali connessi all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, purché le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento dei dati connesse all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale siano facilmente accessibili e comprensibili" (art. 4, comma 4). Nel disegno di legge viene, quindi, fissato a 14 anni il limite di età prima del quale il minore non sarebbe autonomo nel ricorrere ai servizi di intelligenza artificiale.

Al netto della questione relativa all'esistenza di un limite fisso, che rischia di porsi in antitesi con la necessità di garantire a tutti il godimento delle libertà fondamentali[20], v'è da riflettere rispetto ad un ulteriore problema destinato a incidere sui minori, impattando questi ultimi con l'intelligenza artificiale anche in modo inconsapevole, allorquando i loro dati personali vengono catturati ed elaborati da particolari algoritmi che forniscono consigli su quali video guardare, quali notizie leggere, quale musica ascoltare, con chi stringere amicizia o chi seguire sui *social*[21].

---

[19] Per un primo commento su alcuni aspetti del disegno di legge si rinvia a AA.VV., *L'applicazione dell'AI Act in Italia e la tutela del consumatore*, a cura di M. Rabitti e F. Bassan, Roma, 2025, *passim*.

[20] Nega l'opportunità di una suddivisione tra *grands enfants* e *petits enfants* P. STANZIONE, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, p. 132, in quanto ogni valutazione non può prescindere da una specifica situazione da valutarsi caso per caso a prescindere dall'età del minore.

[21] In ordine alla differenza tra algoritmi e intelligenza artificiale si veda la chiara puntualizzazione operata dal Consiglio di Stato secondo cui "l'algoritmo è una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato. Tale nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione, ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

Ci si trova, così, sin dalla tenera età, in un contesto in cui al soggetto sono offerti contenuti personalizzati. Se ciò può sembrare anche un aspetto positivo, considerato che in tal modo si evita di esporre i minori a contenuti non adatti alla loro età, dall'altro il soggetto viene posto innanzi a informazioni, opinioni e contenuti che riflettono e rafforzano le proprie convinzioni preesistenti, senza offrire un confronto con prospettive diverse o contrarie, rendendo difficile l'apertura ad alternative ed enfatizzando la radicalizzazione e la polarizzazione delle proprie idee.

3. Di fronte alla diffusione di svariati servizi basati sull'uso dell'intelligenza artificiale liberamente accessibili anche a bambini e adolescenti e concretamente in grado di incidere sul loro sviluppo e di condizionarne i convincimenti e, più in generale, la formazione, si rende necessaria un'attività educativa, svolta, *in primis*, dalle famiglie e dagli istituti scolastici, tesa a orientare le giovani generazioni verso un uso consapevole di tali strumenti e a prepararle ad affrontare, prima, e a evitare, poi, tutti i possibili rischi.

Peraltro, anche se il minore accede a tali piattaforme senza dover corrispondere somme di denaro, egli agisce comunque come un consumatore che conclude un contratto di servizio con un operatore professionale. Di qui l'esigenza di garantire, anche nella sua qualità di consumatore, appunto, il diritto all'educazione rispetto all'uso delle nuove tecnologie poste alla base delle applicazioni utilizzate. Partendo dall'assunto per cui, nell'ambito della categoria dei consumatori, i minori costituiscono una sottocategoria particolarmente vulnerabile, in quanto più esposta al rischio di essere coinvolti in una contrattazione che non soddisfi i propri interessi, il codice considera,

---

umano, che dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare. Cosa diversa, invece, è l'intelligenza artificiale, dal momento che, in questo caso, l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico" (Cons. Stato, 25 novembre 2021, n. 7891, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 3, p. 363, con nota di A. Di Martino, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

del resto, quello all'educazione come uno dei principali diritti dei consumatori, prevedendo che le attività a tal fine destinate "prendano, in particolare considerazione, le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili", tra cui naturalmente rientrano i minori (art. 4, comma 2)[22]. Infatti, alla tradizionale asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra il consumatore e il professionista, nel caso in cui il primo sia un minore, si aggiunge anche un ulteriore squilibrio tra i contraenti dato dall'assenza, da parte del minore, di un adeguato bagaglio culturale necessario per affrontare opportunità e rischi del mercato.

Posto, peraltro, che l'educare è attività che non si limita a fornire dati al destinatario di essa, che non tende, cioè, semplicemente a informare[23], ma è finalizzata piuttosto alla più complessa funzione di formare il soggetto, è proprio con riferimento ai minori che l'educazione al consumo trova la sua vera giustificazione e il suo senso più profondo[24]. In concreto, l'educazione del consumatore minore di età

[22] Per un commento alla norma si vedano i contributi di L. Valle, *Sub art. 4*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, pp. 94 ss.; D. Memmo, *Sub art. 4*, in *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da M. Franzoni, Torino, 2008, pp. 25 ss.; S. Sorrentino, *Sub art. 4*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2012, pp. 33 ss.; P. Manes, *Sub art. 4*, in *Codice del consumo*, a cura di R. Rolli, Piacenza, 2010, pp. 119 ss.; R. Morzenti Pellegrini, *Sub art. 4*, in Aa.Vv., *Codice del consumo*, Milano, 2006, pp. 37 ss.; G. Gabellone, *Sub art. 4*, in Aa.Vv., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009, pp. 34 ss.; A.G. Parisi, *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in Aa.Vv., *La tutela del consumatore*, a cura di P. Stanzione e A. Musio, *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XXX, Torino, 2009, pp. 27 ss.; G. Sciancalepore, *Sub art. 4*, in Aa.Vv., *Commentario al codice del consumo*, a cura di P. Stanzione e G. Sciancalepore, Milano, 2006, pp. 4 ss.

[23] Diversamente dagli obblighi d'informazione, infatti, l'educazione si caratterizza per un approccio critico ai dati offerti, permettendo di elaborare le notizie ricevute e di trasformarle in conoscenza. L'educazione mira, cioè, a fornire gli strumenti necessari per comprendere le notizie offerte dal professionista, evitando il rischio che si trasformino in una mera elencazione di dati indecifrabili.

[24] Rispetto ai minori, infatti, tale attività può contribuire in modo più evidente, in quanto prestata a favore di chi è naturalmente predisposto all'apprendimento e alla formazione, a costruire un nuovo modo di pensare e di orientare che consenta di far trovare preparato chi, per la sua naturale condizione legata all'età, è meno attrezzato ad affrontare le sfide e le insidie del mercato.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

consisterà in tutte quelle attività non promozionali orientate a favorire la consapevolezza dei diritti e dei suoi interessi, nonché a spiegare i meccanismi di funzionamento del mercato e le caratteristiche dei beni e dei servizi, rendendo così chiaramente percepibili benefici e costi[25].

Naturalmente il compito educativo affidato, in particolare, ai genitori espone questi ultimi a nuove occasioni di responsabilità, dalle cui conseguenze possono, com'è noto, sottrarsi non già dimostrando di aver indicato ai figli regole, conoscenze o corretti modelli di comportamento, ma fornendo loro insegnamenti adeguati e sufficienti alla costruzione di una corretta vita di relazione e di rapporti umani affettivamente significativi per la migliore realizzazione della loro personalità[26]. A siffatto principio non si sottrae nemmeno il compito educativo relativo all'uso delle applicazioni basate sull'intelligenza artificiale, tant'è che i più recenti orientamenti giurisprudenziali estendono la responsabilità genitoriale ai casi di mancato controllo dei figli che, sfruttando le nuove tecnologie, abbiano ingenerato danni ingiusti nei confronti di terzi[27]. Si impongono, così, in

[25] L'educazione comprende, insomma, tutte quelle attività d'istruzione che non abbiano per oggetto il singolo bene o servizio di una specifica impresa o marca, ma la categoria generale alla quale il bene o il servizio appartiene, al fine di migliorare la capacità di agire in qualità di acquirente di beni e di servizi. Si sofferma sull'urgenza di "una forte sensibilizzazione e alfabetizzazione digitale dei genitori e dei minori, che potrebbe essere attuata attraverso l'organizzazione di corsi di formazione ad opera delle amministrazioni locali sui rischi derivanti dalla *datafication* e circolazione dei dati in rete" S. BARBARO, *op. cit.*, p. 25.

[26] Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2006, 5, p. 511. Nello stesso senso cfr. Cass., 6 dicembre 2011, n. 26200, in *Giust. civ.*, 2013, 7-8, I, p. 1526, secondo cui "i criteri in base ai quali va imputata ai genitori la responsabilità per gli atti illeciti compiuti dai figli minori consistono, sia nel potere-dovere di esercitare la vigilanza sul comportamento dei figli stessi, sia anche, e soprattutto, nell'obbligo di svolgere adeguata attività formativa, impartendo ai figli l'educazione al rispetto delle regole della civile coesistenza, nei rapporti con il prossimo e nello svolgimento delle attività extrafamiliari".

[27] Cfr. Trib. Brescia, 4 marzo 2025, in *Ius Famiglie*, fasc., 7 maggio 2025, p. con nota di A. Michinelli, *Responsabilità genitoriale per atti illeciti di minore incapace: condanna al risarcimento per diffamazione tramite Instagram*. Nel caso di specie, il Tribunale ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno subito da una minorenne in conseguenza di condotte diffamatorie realizzate da una coetanea, au-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

capo alle famiglie, nuovi oneri di prevenzione e di indirizzo verso un uso corretto e responsabile delle tecnologie digitali, in generale, e dell'intelligenza artificiale, in particolare.

4. Oltre al tema dell'educazione dei minori all'uso corretto e responsabile dell'intelligenza artificiale e al di là della questione relativa alla necessaria alfabetizzazione tecnologica dei genitori affinché siano effettivamente in grado di esercitare in modo consapevole il *munus* loro affidato dalla Costituzione di educare la prole (art. 30 Cost.), si ravvisa un altro e non certo secondario aspetto che attiene all'esigenza di progettare i sistemi operativi basati sull'intelligenza artificiale che promuovano modelli comportamentali virtuosi e funzionali al sano ed equilibrato sviluppo della personalità e al rispetto dei valori costituzionali[28].

Non è mancato, peraltro, chi ha evidenziato la necessità di evitare il verificarsi di eventuali danni derivanti da un utilizzo improprio delle moderne applicazioni digitali dando attuazione al principio generale di precauzione e di garantire, così, più efficacemente i diritti fondamentali tutelati dalla Carta costituzionale, tra i quali, in particolare, la dignità umana, la libertà di espressione e di informazione, compresi la libertà e il pluralismo dei *media*, il diritto alla vita privata, alla protezione dei dati personali, alla non discriminazione,

---

trice di contenuti realizzati con l'uso di programmi di intelligenza artificiale e, poi, diffusi su *Instagram*. In particolare, la condotta incriminata era consistita nella modifica di fotografie della vittima in modo da renderle a contenuto pornografico e nella successiva pubblicazione delle stesse sul *social network*. Secondo quanto affermato dal Giudice lombardo "non risulta che l'utilizzo dei *social network* e della rete, mondi peraltro caratterizzati da notevoli insidie, sia stato oggetto di adeguata vigilanza a opera di coloro che vi erano tenuti, vale a dire i genitori, tanto è vero che la figlia era riuscita addirittura a bloccarne l'accesso. Neppure giova il richiama operato dai convenuti alla mancanza di "competenze tecnico-informatiche per verificare l'eventuale esistenza di profili *fake* che non risultino dal profilo ufficiale salvato su di un dispositivo". Infatti, la vigilanza sull'uso dei *social netowrk* da parte della figlia avrebbe dovuto, stanti le più volte rimarcate criticità comportamentali della medesima, essere costante ed elevata. Mentre così non è stato. Anzi, proprio tale *deficit* di competenze tecnico-informatiche avrebbe dovuto indurre gli odierni convenuti a calibrare la sorveglianza sulla figlia in maniera ancora più rigorosa".

[28] C. PERLINGIERI, *Intelligenza Artificiale tra princípi e regole*, cit., p. 35 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

e, più in generale, i diritti del minore e dei consumatori[29]. L'idea sottesa a tale soluzione è quella di prevenire il più possibile situazioni dannose, anticipando l'operatività degli strumenti di tutela dei valori costituzionali fin dal momento dalla progettazione delle applicazioni basate sull'intelligenza artificiale[30].

L'obiettivo, in particolare, è quello di consentire che i sistemi operativi siano ideati, già in fase di progettazione, in modo tale da tenere conto degli interessi di rango costituzionale, i quali dovrebbero essere, pertanto, patrimonio culturale nella disponibilità dei tecnici programmatori dei sistemi digitali. In altri termini, oltre ad una necessaria opera di educazione dei minori, in quanto utilizzatori delle applicazioni basate sull'intelligenza artificiale, e alla altrettanto opportuna attività formativa riservata alle famiglie, altrimenti non in grado di controllare e vigilare la prole, né di offrire ad essa modelli comportamentali positivi si pone, altresì, un'esigenza di formare ed educare anche gli sviluppatori dei sistemi operativi al rispetto dei principi e dei valori contenuti nella Carta Costituzionale[31].

In tal senso opera, del resto, la scelta fatta dal Regolamento UE 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (meglio noto come *Digital Services Act*)[32] il cui considerando n. 71 stabilisce che "i

[29] Cfr. F. Piraino, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2023, I, 146.

[30] In argomento si vedano le considerazioni di D. Mendola, *Non fungible token. Le nuove prospettive della fiscalità digitale*, in Aa.Vv., *NFT. Profili generali, applicativi, comparatistici e tributari*, a cura di V. D'Antonio e A. Musio, Pisa, 2024, p. 341.

[31] Evidenzia come per un corretto utilizzo dello strumento digitale, sia opportuno garantire la sussistenza di un substrato di principi, quali trasparenza, affidabilità e certezza, tesi a creare le condizioni indispensabili per un utilizzo dell'intelligenza artificiale rispettoso dei diritti costituzionali C.A. Ciaralli, *Intelligenza artificiale, decisione politica e transizione ambientale: sfide e prospettive per il costituzionalismo*, in *Federalismi.it*, 28 giugno 2023.

[32] Per un commento al Regolamento UE 2022/2065 si rinvia a F. Casolari, *Il Digital Services Act e la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Giur. it.*, 2024, 2, p. 462; E. Birritteri, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, in *Media Laws*, 2023, 2, p.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

fornitori di piattaforme online utilizzate dai minori dovrebbero adottare misure adeguate e proporzionate per proteggere i minori, ad esempio progettando le loro interfacce *online* o parti di esse con il massimo livello di *privacy*, sicurezza e protezione dei minori per impostazione predefinita". Il legislatore europeo, in sostanza, chiarisce che già nella fase di ideazione e progettazione dei servizi digitali gli operatori del settore debbano impegnarsi per garantire i diritti fondamentali degli utenti e, in particolar modo, dei minori che, in considerazione della loro vulnerabilità, restano più esposti al pericolo di subire danni in conseguenza dell'uso di applicazioni basate sull'intelligenza artificiale.

In modo non difforme il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 (anche noto come *Artificial Intelligence Act*)[33], ha fissato, anche per gli sviluppatori di applicazioni basate sull'intelligenza artificiale, l'obiettivo di garantire i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la salute, la sicurezza, la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente (considerando n. 1)[34]. In sostanza, il legislatore europeo, nell'affrontare lo

52 ss.; R. Sabia, *L'*enforcement *pubblico del* Digital Services Act *tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, in *Media Laws*, 2023, 2, p. 88 ss.; M.A. Astone, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contr. e impr.*, 2022, 4. p. 1050; M. Lembo, *L'intelligenza artificiale, l'identità digitale ed il Digital Service Act: dalla disciplina comunitaria a quella nazionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2024, 4, p. 993.

[33] Per un primo commento al testo del Regolamento si rinvia ai seguenti contributi: Aa.Vv., *Intelligenza artificiale commentario. Regolamento (UE) 2024/1689 - AI ACT. Linee guida Commissione europea pratiche vietate. Disegno di legge sull'intelligenza artificiale*, a cura di A. Mantelero, G. Resta, G.M. Riccio, Milano, 2025, *passim*; N. Zorzi Galgano, *Il Regolamento UE 2024/1689 del 13 giugno 2024 sul c.d. alto rischio inaccettabile: le pratiche inerenti sistemi di intelligenza artificiale vietate dal legislatore europeo*, in *Contr. e impr.*, 2025, 1, p. 45; I. Speziale, *Le linee guida della Commissione europea in materia di pratiche di intelligenza artificiale vietate*, in *Contr. e impr.*, 2025, 2, p. 333; R. Petruso e G. Smorto, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 4, p. 989; E. Maestri, *Introduzione e note di sintesi al Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (testo ufficiale e integrale)*, Napoli, 2024, *passim*.

[34] Il legislatore ha, poi, ribadito la necessità di garantire, sin dalla fase della progettazione dei modelli di intelligenza artificiale, il rispetto dei principi di inter-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

specifico tema dei servizi di intelligenza artificiale, si è mosso con l'intento di orientare lo sviluppo di tale innovativa tecnologia verso una direzione che consenta innanzitutto il perseguimento dell'interesse primario della persona e ciò anche attraverso l'introduzione di obblighi per i progettisti di sistemi basati sull'intelligenza artificiale. In particolare, questi ultimi saranno tenuti al rispetto di *standard* tecnici in grado di consentire l'accesso al mercato europeo soltanto a quelle applicazioni ritenute affidabili e conformi ai valori dell'UE e ai diritti umani[35].

5. Se, da un lato, si prospetta un problema di educare i minori ad interagire in maniera consapevole con i sistemi di intelligenza artificiale e a proteggersi dagli attentati che tale tecnologia può generare rispetto ai valori della vita privata, della sicurezza *online*, della non discriminazione e dai rischi di una manipolazione psicologica da parte di algoritmi allenati ad influenzare le esperienze *online*, dall'altro lato, si ravvisa anche la necessità di educare i bambini a sfruttare le opportunità che l'intelligenza artificiale offre nei vari ambiti, quali l'apprendimento, il gioco, le relazioni, l'espressione del sé e della propria creatività.

Tuttavia, anche le indubbie utilità di un uso consapevole di tale tecnologia possono nascondere delle insidie, come quella di un affievolimento delle capacità critiche degli utilizzatori che tendono ad affidarsi ai risultati proposti dalle applicazioni senza essere sfiorati dal

---

vento e sorveglianza umani, di robustezza tecnica e di sicurezza, di vita privata e di *governance* dei dati, di trasparenza, di diversità, di non discriminazione e di equità, benessere sociale e ambientale, nonché di responsabilità (considerando n. 27), ammonendo che, "se progettati e utilizzati in modo inadeguato, tali sistemi possono essere particolarmente intrusivi e violare il diritto all'istruzione e alla formazione, nonché il diritto alla non discriminazione, e perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, delle persone con disabilità o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale" (considerando n. 56) e che "se non debitamente progettati, sviluppati e utilizzati, possono violare i loro diritti fondamentali e comportare gravi conseguenze per la vita e la salute delle persone, tra cui l'esclusione finanziaria e la discriminazione" (considerando n. 58).

[35] M.C. Oristano, *La protezione dei diritti fondamentali nel regolamento dell'Unione europea sull'intelligenza artificiale*, in *www.opiniojuris.it*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

dubbio circa la correttezza e la completezza delle informazioni ricevute. Rispetto a siffatto problema, profetica è la storia contenuta nella novella, dal titolo "La macchina per fare i compiti", scritta nel 1973 da Gianni Rodari, in cui si racconta di un innovativo macchinario, programmato per svolgere automaticamente i compiti scolastici, proposto in vendita in cambio del cervello dei loro utilizzatori.

Il racconto prosegue prospettando la conclusione dell'affare tra il venditore dell'apparecchio e il padre del protagonista e la conseguente consegna del cervello di quest'ultimo, che, a quel punto, comincia a volteggiare in aria a causa della sua leggerezza, costringendo il genitore a rinchiuderlo in un'angusta gabbia per non perderlo. Intenzione dell'Autore sembra essere quella di ammonire, non solo i bambini, per natura recalcitranti ad assumersi le proprie responsabilità, ma anche i genitori, del fatto che il costante ricorso a sistemi automatizzati possa di fatto condurre a uno svuotamento delle capacità cognitive o, nella migliore delle ipotesi, ad un rallentamento del loro sviluppo, con il conseguente rischio di diventare facilmente vittime di manipolazioni, perdendo, in definitiva, quote significative della propria libertà.

Ad ogni modo, come in ogni settore, anche le moderne tecnologie basate sull'intelligenza artificiale necessitano di misure ispirate ai principi di ragionevolezza e proporzionalità[36] e non già di regole che

[36] Sui principi di ragionevolezza e di proporzionalità si veda M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994, p. 1 ss. Per la teorizzazione di un principio di proporzionalità nel nostro ordinamento giuridico i cui riferimenti normativi sarebbero rinvenibili sia a livello costituzionale (artt. 36, 38, 42, 53, Cost.) sia a livello codicistico (artt. 1480, 1492, 1584, 1622, 1635, 1636, 1668 c.c.), cfr. P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, p. 334 ss. In merito alla differenza tra i concetti di ragionevolezza e proporzionalità si rinvia a G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss. Con specifico riferimento a come risolvere l'inquadramento sistematico del potere repressivo dei *social network* alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza cfr. M. Ciancimino, *La libertà di espressione nel mondo digitale: alcune coordinate civilistiche in tema di contenuti controversi sui* social network, in *Dir. fam e pers.*, 2022, 1, p. 360 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

demonizzano tutto ciò che rappresenta una novità e che fissano inutili e inapplicabili divieti, non essendo verosimile che ai bambini e agli adolescenti possa essere interdetto l'uso dell'intelligenza artificiale per giocare o per studiare[37]. Al contrario occorre tener conto di questa nuova tecnologia nei percorsi didattici e guidare i ragazzi, spiegandone vantaggi e rischi e preparandoli ad un utilizzo virtuoso a supporto dell'apprendimento o anche solo del divertimento.

Il tema resta quello di individuare la strada affinché i giovani possano sviluppare una consapevolezza critica e una capacità di discernimento nei confronti delle tecnologie che usano e così essere in grado di valutare con cognizione di causa i risultati proposti dai sistemi basati sulla tecnologia dell'intelligenza artificiale. Solo così si potrà fugare il rischio di una concentrazione in poche mani delle soluzioni proposte ai problemi con la inevitabile riduzione dei punti di vista e delle interpretazioni. Questo compito formativo spetta alla comunità educante[38], costituita *in primis* dalla famiglia e dalla scuola[39], ma anche dalle Università, luogo istituzionalmente preposto alla formazione del pensiero critico, linfa della nostra democrazia costituzionale.

---

[37] Sui rischi corsi dai minori per l'uso di videogiochi basati sulla tecnologia dell'intelligenza artificiale cfr. E. Battelli, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Dir. fam. e pers.*, 2022, 3, p. 1096 ss.

[38] Della comunità educante fanno parte tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nella crescita educativa dei fanciulli. A proposito della funzione educativa, deve tenersi conto che tra Stato e comunità intermedie si realizza una forma di sinergia particolarmente evidente, essendo imprescindibile il ruolo della famiglia e della scuola e non secondario quello recitato da altri attori, quali associazioni di volontariato, culturali e sportive, enti religiosi o imprese.

[39] N. Maccabiani, *Protezione e empowerment dei minori nell'era dell'intelligenza artificiale: coordinate costituzionali*, in *Riv. biodir.*, 2024, 1, p. 356 evidenzia come "ora più di prima diventa essenziale che queste comunità siano anzitutto in grado di assolvere a tale *officium*, supportando il minore nella strutturazione di una personalità attrezzata per autodeterminarsi in modo libero e critico. Dotandolo quindi di una basilare *soft skill*, volta alla «liberazione dell'intelligenza» (umana) dalle "trappole" dell'intelligenza artificiale, affinché sia promossa e valorizzata al massimo la libertà di pensiero, e recuperata la kantiana dignità umana, intesa come capacità di scelte morali".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

Abstract

Educare i minori ad interagire in maniera consapevole con i sistemi di intelligenza artificiale impone alla famiglia e alla scuola il compito, innanzitutto, di proteggerli dagli attentati che tale tecnologia può generare rispetto ai valori della vita privata, della sicurezza *online*, della non discriminazione e, più in generale, dai rischi di una manipolazione psicologica da parte di algoritmi allenati ad influenzare le esperienze *online*. Non meno rilevante è, però, anche la necessità di fare in modo che bambini e adolescenti imparino a sfruttare le opportunità che l'intelligenza artificiale offre nei vari ambiti, quali l'apprendimento, il gioco, le relazioni, l'espressione del sé e della propria creatività. Al legislatore, dunque, il compito di prevedere misure ispirate ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e non solo inutili e inapplicabili divieti.

Educating minors to interact consciously with artificial intelligence systems imposes on the family and school the task, first of all, of protecting them from the attacks that this technology can generate with respect to the values of private life, online safety, non-discrimination and, more generally, from the risks of psychological manipulation by algorithms trained to influence online experiences. No less relevant, however, is also the need to ensure that children and adolescents learn to exploit the opportunities that artificial intelligence offers in various areas, such as learning, play, relationships, self-expression and creativity. The legislator, therefore, has the task of providing for measures inspired by the principles of reasonableness and proportionality and not just useless and inapplicable prohibitions.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-9-Musio

Federico Onnis Cugia

INTERSEZIONI TRA NORMATIVA DI SANITÀ ANIMALE E GARANZIA PER VIZI NELLA VENDITA

Sommario: 1. La gerarchia delle fonti della garanzia per i vizi nella vendita di animali. – 2. Il rapporto tra l'art. 1496 c.c. ed il codice del consumo. – 3. Vizi, mancanza di qualità essenziali e *aliud pro alio*. – 4. La vendita di animale colpito da malattie infettive. – 5. Il quadro giuridico della sanità animale: la *Animal Health Law*.

1. La compravendita di animali risulta singolare sia per l'oggetto – essendo l'animale, a differenza di tutte le altre cose suscettibili di alienazione, un essere vivente[1] – sia per i vizi, rappresentati sostanzialmente da malattie, la cui sussunzione nella categoria giuridica di vizio o mancanza di qualità è frutto di una forzatura interpretativa[2].

[1] Sono numerose le indagini in ordine alla sussistenza di una qualche forma di "soggettività attenuata" dell'animale: oggi la relazione con l'animale, in termini giuridici, non si concepisce più solo come relazione di proprietà. Sul tema, oltre ai lavori scientifici contenuti nell'opera collettanea di E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, Roma, 2022, cfr. P. Zatti, *Chi è il padrone del cane?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 135 ss.; D. Cerini, *Il diritto e gli animali: note gius-privatistiche*, Torino, 2012; S. Peron, *Brevi note sugli animali d'affezione*, in *Riv. giur. sarda*, 2015, p. 359 ss.; L. Delogu, L. Olivero, *Animali d'affezione e garanzia per vizi tra codice civile e di consumo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 268 ss.; C. Fossà, *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del* pet *da bene (di consumo) a* tertium genus *tra* res *e* personae*?*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 527 ss.; C. Pilia, *La costituzionalizzazione delle tutele civilistiche degli animali: l'affermarsi di una prospettiva di sostenibilità*, in *Pers. merc.*, 2022, p. 643 ss. Per una nozione di animale elaborata dalla giurisprudenza cfr. Pret. Cremona, 20 gennaio 1988, in *Riv. dir. agr.*, 1989, II, p. 44 ss., con nota di G. Vignoli, *Le nozioni giuridiche di animale, di fauna selvatica, di animale domestico e di animale mansueto*.

[2] Cfr. R. Landi, *«Un toro è tale anche se sterile»? Assenza di capacità riprodut-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

L'art. 1496 c.c., infatti, stabilisce che la garanzia per i vizi nella vendita di animali è regolata dalle leggi speciali o, in mancanza di queste, dalle consuetudini locali e, in terza istanza, dalle norme di cui agli artt. 1490 ss. c.c.

La gerarchia obbligatoria tra le tre fonti di norme menzionate conferisce al *mos regionis* il particolare risalto che gli è proprio nell'ordinamento giuridico dell'agricoltura[3], anteponendo la sua prevalenza rispetto alla disciplina codicistica.

Deve osservarsi che per escludere l'intervento delle regole di diritto comune, la semplice presenza di leggi speciali o usi non è di per sé sufficiente: ciò avviene solo se tali norme regolano specificamente il vizio[4]. Inoltre, le leggi speciali e gli usi non possono essere estesi per analogia a situazioni non esplicitamente previste[5].

Le leggi speciali e le consuetudini possono non solo definire i difetti coperti dalla garanzia, ma anche regolare ogni altro aspetto della relativa disciplina. In particolare, possono prevedere forma e modalità della denuncia, i termini di decadenza della prescrizione dell'azione (che possono essere più lunghi o più brevi a seconda dei singoli difetti)[6] e possono aggiungere ulteriori oneri per l'acquirente

---

tiva e progettualità negoziale nella compravendita di un toro da monta, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1178.

[3] E che per G. Bolla, *Consuetudini agrarie e necessità di procedere ulteriormente alla loro raccolta*, in *Riv. dir. agr.*, 1947, p. 101 ss. e, più diffusamente, in *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, p. 195 ss., assume una rilevanza particolare per la conoscenza dei fatti giuridici agrari, in quanto «ove si proceda allo studio del diritto agrario partendo dalla "realtà viva dei fatti", sarà veramente possibile accertare le condizioni dell'esperienza giuridica, le forme concrete storiche degli istituti giuridici, i dogmi che ne sono il prodotto». Di recente, tali aspetti sono stati ripresi da P. Grossi, *Fattualità del diritto pos-moderno: l'emersione di un diritto «agrario» in Italia*, in *Dir. agroal.*, 2016, spec. p. 22 ss. Sugli usi in generale e senza pretesa di completezza cfr. W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, p. 91 ss.; C.E. Balossini, *Il diritto delle consuetudini e degli usi*, Milano, 1974; P. Virgadamo (a cura di), *Diritto privato consuetudinario*, Napoli, 2025.

[4] P. Greco, G. Cottino, *Della vendita (art. 1470-1547)*[2] , in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 296; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*[2] , Torino, 1993, p. 930.

[5] D. Rubino, *La compravendita*[2] , Milano, 1962, p. 867.

[6] Cass., 21 febbraio 1969, n. 595, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1471 ss., con nota (senza titolo) di B. Novella. In dottrina cfr. P. Greco, G. Cottino, *Della vendita*, cit., p. 296; D. Rubino, *La compravendita*, cit., 868.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

oltre a quello della denuncia dei difetti o addirittura escludere completamente quest'ultima. Possono estendere o limitare i presupposti della garanzia (come ad esempio includendo difetti facilmente riconoscibili o anche quelli che non presentino la gravità richiesta dall'art. 1490, comma 1, c.c.; limitandola ai soli difetti che presentino una certa gravità, maggiore di quella considerata sufficiente dalla norma pocanzi citata; consentendo il risarcimento del maggior danno anche quando non vi sia colpa del venditore; oppure ammettendo la stessa risoluzione e la riduzione del prezzo solo in caso di colpa). Ancora, possono aumentare o restringere il contenuto della garanzia, ossia i rimedi da questa offerti, consentendo solo la riduzione del prezzo – e non anche la risoluzione – per determinati difetti[7] o quando il difetto non superi una determinata gravità, purché non rendano eccessivamente difficile al compratore l'esercizio della garanzia[8]. Tuttavia, rimane incerto se gli usi possano legittimamente escludere l'azione *quanti minoris*[9].

Talora, gli usi stabiliscono che il giorno della consegna costituisca il momento iniziale di decorrenza del termine utile per la denun-

[7] Cass., 28 novembre 1953, n. 3617.

[8] C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 935. Cfr. anche Cass., 30 giugno 1982, n. 3929, la quale ha individuato l'unico limite al rinvio agli usi nel rispetto delle norme imperative e inderogabili e Cass., 21 febbraio 1969, n. 595, cit., la quale, in una prospettiva più ampia, si è basata sul rispetto dei principi dell'ordine pubblico e del buon costume. In discorso, appaiono connotate da una certa originalità le posizioni espresse da D. CUSANI, *La disciplina normativa della vendita di animali*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, IV, p. 126 ss. (il quale osserva che trattandosi *ex* art. 1496 c.c. di prevalenza dell'uso sulla legge, si dovrebbe parlare di uso "ingiusto" e mai di uso illegittimo) e da C. FRASSOLDATI, *L'azione redibitoria nelle vendite di animali e il suo regolamento consuetudinario*, in *Riv. dir. agr.*, 1956, p. 211, secondo cui gli usi incontrano il limite dell'art. 2965 c.c. qualora rendano eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto.

[9] In senso affermativo, cfr. Cass., 21 febbraio 1969, n. 595, cit.; si veda, però, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 933, il quale ritiene che l'esclusione sia legittima solo in quanto si possa ravvisare in tale azione l'esercizio di un rimedio particolare del compratore. Viceversa, gli usi non possono validamente escludere l'azione estimatoria se si ammette che la riduzione del prezzo è un rimedio generale che risponde all'esigenza di conservazione del contratto. A nostro giudizio, un limite al negare la possibilità di esperire l'azione estimatoria può essere individuato nell'ultimo periodo dell'art. 1492, comma 1, c.c. laddove esclude la facoltà di scelta del compratore nel caso in cui gli usi, per determinati vizi, escludano la risoluzione.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

cia. Tuttavia, per quanto riguarda i difetti occulti, il termine per la denuncia non può iniziare prima della loro scoperta, a meno che non permetta di scoprire eventuali difetti latenti e insieme dia al compratore un tempo sufficiente per effettuare la denuncia[10].

Nell'applicare le regole stabilite dagli usi, è importante considerare che l'uso locale ha precedenza su quello nazionale e che gli usi da prendere in considerazione sono quelli del luogo in cui è stato concluso il contratto, non quelli del luogo in cui è emerso il difetto[11].

2. Quantunque autorevole dottrina abbia ritenuto che le leggi speciali cui l'art. 1496 c.c. dà primario rilievo siano solo quelle relative ad animali[12], in quanto la norma testé citata non guarda alla qualità dei contraenti ma solo all'oggetto della vendita[13], recente giurisprudenza di legittimità ha precisato che la sua interpretazione non può rimanere cristallizzata al tempo della adozione del codice civile. La sua applicazione deve tener conto dell'evoluzione del sistema normativo nel suo complesso e, in particolare, della sopravvenuta disciplina posta a tutela del consumatore e del suo riflesso sulle norme codicistiche che regolano la compravendita, con conseguente prevalenza – allorché, ovviamente, ricorrano gli inderogabili presupposti soggettivi[14] – della disciplina giusconsumeristica di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo)[15].

---

[10] Cass., 27 febbraio 1954, n. 599, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 266 ss.; Cass., 7 febbraio 1955, n. 346.

[11] Cfr. D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 867.

[12] D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 867.

[13] In tal senso anche M. Bacigaluppi, *Per la raccolta delle consuetudini agrarie. Usi locali in tema di vizi redibitori nella vendita di animali (art. 1496 c. civ.)*, in *Riv. dir. agr.*, 1947, p. 287.

[14] S. Cherti, *Vendita di animali: gli animali da compagnia sono "beni di consumo"*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 781 s.

[15] Così, Cass., 25 settembre 2018, n. 22728, in *Contr.*, 2019, p. 19 ss., con nota di M. Faccioli, *L'applicabilità della disciplina sulla vendita dei beni di consumo alla vendita di animali*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 777 ss., con nota di S. Cherti, *Vendita di animali*, cit. e in *Danno resp.*, 2019, p. 70 ss., con nota di F. Bertelli, *Applicabilità del codice del consumo alla compravendita di animali*; Cass., 6 dicembre 2022, n. 35844, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, p. 232 ss., con nota di M. Faccioli, *La*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

La Suprema Corte, argomentando a partire dal combinato disposto degli artt. 1469-*bis* c.c. e 135, comma 2, cod. cons. (norma, quest'ultima, *ratione temporis* applicabile)[16], ha evidenziato come nell'attuale assetto normativo della disciplina della compravendita si registra una chiara preferenza del legislatore per la normativa del codice del consumo relativa alla vendita ed un conseguente ruolo "sussidiario" assegnato alla disciplina codicistica: nel senso che, in tema di vendita di beni di consumo, si applica in primo luogo la disciplina di cui agli artt. 128 ss. cod. cons., potendosi ricorrere alla disciplina del codice civile solo per quanto non previsto dalla fonte speciale.

Se in vigenza della originaria formulazione dell'art. 128 cod. cons. parte della dottrina ha criticato tale impostazione, dal momento che la nozione di bene di consumo pareva essere circoscritta ai soli beni suscettibili di essere fabbricati o prodotti (mentre, argomentando *ex* art. 2135 c.c., gli animali verrebbero, semmai, allevati)[17], il problema appare essere definitivamente superato dal recepimento della direttiva (UE) 2019/771[18], con cui l'ambito di applicazione della disciplina di cui agli artt. 128 ss. cod. cons. espressamente ricomprende la vendita di animali vivi[19]. Scelta – questa di estendere

tutela consumeristica dell'acquirente di un animale d'affezione; Cass., 6 dicembre 2024, n. 31288, in *Contr.*, 2025, p. 131 ss., con nota di G. Manduzio, *Difetti di conformità nella vendita di animali di compagnia o di affezione: problematiche emergenti dall'applicazione del codice di consumo*.

[16] La disciplina previgente al recepimento della direttiva (UE) 2019/771 (ad opera del d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170) continua ad essere applicabile per i contratti conclusi fino al 31 dicembre 2021. La nuova disciplina – che ha abrogato il secondo comma dell'art. 135 cod. cons., sostituito dall'art. 135-*septies*, comma 1 – presenta un contenuto sensibilmente diverso, che lascia aperti diversi interrogativi in ordine alla portata del rinvio alle disposizioni del codice civile in tema di formazione, validità ed efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione del contratto e il diritto al risarcimento del danno. In argomento v., per tutti, A. Luminoso, *La vendita*[2] , in *Trattato* Cicu-Messineo, Milano, 2022, p. 582 ss.

[17] C. Fossà, *Frammenti di oggettività*, cit., p. 549; M. Pittalis, *L'animale domestico è un "bene di consumo"?*, in *Quotidiano giuridico Pluris*, 1° ottobre 2018, p. 4.

[18] V. la precedente nt. 16.

[19] Così il novellato art. 128, comma 2, lett. *e*), n. 3), cod. cons., ma già nella disciplina previgente M. Faccioli, *L'applicabilità*, cit., p. 24; A. Luminoso, *La vendita*, in *Trattato* Cicu-Messineo, Milano, 2014, p. 539, nt. 36; F. Bocchini, *La ven-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

l'ambito di applicazione della disciplina giusconsumeristica agli animali vivi – che, invero, era rimessa dalla medesima direttiva ai singoli Stati membri (art. 3, par. 5)[20]. Se l'Italia ha inequivocabilmente deciso di non avvalersi della facoltà di escludere gli animali vivi dall'oggetto della disciplina, altri Stati quali Francia, Portogallo e Spagna hanno invece preferito la via dell'*opt-out*.

Senza voler divagare rispetto al tema qui affrontato e con la doverosa premessa che la precisa valutazione del legislatore italiano non si pone in alcun modo in contrasto con le esigenze del benessere degli animali, che il TFUE (all'art. 13)[21] riconosce «*in quanto esseri senzienti*» (ma pur sempre privi di capacità giuridica)[22], allo stesso tempo l'identificarli come beni di consumo suscita qualche perplessità in ragione soprattutto delle conseguenze che tale qualificazione comporta, *in primis* circa l'esperibilità dei rimedi primari della sostituzione e della riparazione[23]. Se il secondo può essere letto in una chiave di «trattamento medico in grado di emendare il difetto della bestia»[24], l'unicità (*rectius*, infungibilità) dell'animale d'affezione e la rilevanza della componente relazionale nel rapporto tra proprietario e bene rende probabilmente incompatibile il ricorso al rimedio della sostitu-

---

dita di cose mobili (artt. 1510-1536)[2], in *Commentario* Schlesinger, Milano, 2004, p. 343 e, in termini ancor più espliciti, A. CIATTI, *L'ambito di applicazione*, in M. BIN-A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato* Galgano, XXXI, Padova, 2003, p. 124 s., sebbene sottolineando il problema di coordinamento con l'art. 1496 c.c., che «il legislatore non ha ritenuto di dover risolvere».

[20] Cfr. R. SENIGAGLIA, *Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 1774 s., il quale osserva come «la vendita di beni di consumo, quando ha ad oggetto un animale vivo, riguarda per lo più animali di affezione»; M. FACCIOLI, *La tutela consumeristica*, cit., p. 236 s.

[21] In argomento, per tutti, rimarcando il carattere agraristico della tematica, E. SIRSI, *Il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2011, p. 220 ss.

[22] Nello stesso senso, S. CHERTI, *Vendita di animali*, cit., p. 783. V. anche F. BERTELLI, *Applicabilità del codice del consumo*, cit., p. 75.

[23] C. FOSSÀ, *Frammenti di oggettività*, cit., p. 548.

[24] M. FACCIOLI, *La tutela consumeristica*, cit., p. 237. V. però R. SENIGAGLIA, *Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione*, cit., p. 1783, che osserva come la riparazione possa apparire impraticabile allorché rischi di far morire l'animale o deturparlo.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

zione. Ma, anche sotto questo profilo, il *framework* normativo introdotto dalla citata direttiva (UE) 2019/771 permette all'interprete di adottare un approccio casistico, che consente di rendere inoperativi i rimedi primari del ripristino della conformità del bene «purché il rimedio prescelto non sia impossibile (…) tenuto conto di tutte le circostanze» (art. 125-*bis*, comma 2, cod. cons.), con la possibilità di esperire le alternative azioni edilizie *ex* art. 125-*quater* cod. cons.[25].

In ogni caso, sarebbe stato probabilmente preferibile sfruttare l'occasione che ha invece saputo cogliere il legislatore spagnolo (con la *Ley* 7/2023 del 28 marzo 2023, *de protección de los derechos y el bienestar de los animales*) per porre ordine alla materia dell'*animal welfare* (attualmente, nel nostro Ordinamento, atomizzata in numerose e disorganiche fonti normative)[26], anche facendo leva sul novel-

[25] R. SENIGAGLIA, *Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione*, cit., p. 1783.

[26] Nel nostro Ordinamento la disciplina in materia di animali è stata connotata da una preponderante rilevanza alle preoccupazioni sanitarie, a partire dall'art. 55 l. 22 dicembre 1888, n. 5849 sull'ordinamento dell'amministrazione e dell'assistenza sanitaria del Regno e, successivamente, con l'art. 193 del testo unico delle leggi sanitarie di cui al r.d. 1° agosto 1907, n. 636, in applicazione del quale è stato adottato il Regolamento speciale di polizia veterinaria approvato con d.m. Interno 6 maggio 1914, abrogato dal citato d.P.R. 320/1954. Come si vedrà diffusamente al § 5, a seguito dell'emanazione del Regolamento (UE) 2016/429 del 9 marzo 2016 relativo alle malattie animali trasmissibili (anche conosciuto come *Animal Health Law* - AHL), il d.P.R. 320/1954 è stato abrogato dal d.lgs. 5 agosto 2022, n. 134, che ha completato la disciplina di fonte eurounitaria. Con specifico riguardo al tema del benessere animale, lo stesso non appare sconosciuto al legislatore del 1942, che non solo in diverse disposizioni del codice civile ha tenuto conto delle peculiarità del bene in discorso (si pensi alle norme in materia di occupazione di cui agli artt. 923-926 e alla responsabilità del proprietario *ex* art. 2052), ma ha altresì offerto un primo frammento della disciplina con l'art. 1049 a mente del quale il proprietario del fondo vicino deve fornire l'acqua di sopravanzo alla casa (o alle sue dipendenze) al fine di soddisfare la necessità dell'alimentazione degli animali. Ancora, a seguito della riforma della disciplina codicistica del condominio (per mezzo della l. 11 dicembre 2012, n. 220), il novellato art. 1132, comma 5, ha espressamente escluso che si possa vietare la convivenza con animali domestici. Il codice penale, invece, che originariamente contemplava i reati di uccisione o danneggiamento di animali altrui (art. 648), di omessa custodia e mal governo di animali (art. 672) e di maltrattamento di animali (art. 727), è stato novellato ad opera della l. 20 luglio 2004, n. 189 che ha inserito nel libro secondo il Titolo IX-*bis*, rubricato «Dei delitti contro il sentimento per gli animali» (artt. 544-*bis* ss.) e sosti-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

lato art. 9 cost., che al comma 3 prevede – come è noto – una riserva di legge per «i modi e le forme di tutela degli animali». La legge spagnola, infatti, disciplina la compravendita di animali da compagnia

---

tuito il predetto art. 727 c.p. con la previsione della fattispecie dell'abbandono di animali. Di grande rilevanza è anche l'art. 131-*bis* (introdotto dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28) che ha escluso la possibilità di ritenere l'offesa di particolare tenuità quando l'autore del reato ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali. La testé evocata rubrica del Titolo IX-*bis* è stata recentemente sostituita, ad opera della l. 6 giugno 2025, n. 82, in «Dei delitti contro gli animali», segnando un evidente mutamento del bene giuridico tutelato: dal sentimento umano verso gli animali all'animale in quanto essere senziente e vittima diretta del reato. Tale intervento normativo ha apportato numerose modifiche al codice penale (con l'aumento delle pene per i reati di cui agli artt. 544-*bis*, 544-*ter*, 544-*quater*, 544-*quinquies*, 638 e 727 c.p., oltre all'introduzione di nuove circostanze aggravanti all'art. 544-*septies*), al codice di procedura penale (con l'inserimento dell'art. 260-bis relativo all'affido definitivo dell'animale oggetto di sequestro o confisca) e al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (includendo i delitti contro gli animali tra i reati presupposto). È stato, inoltre, introdotto il divieto di custodire animali di affezione tenendoli legati con catena o con altro strumento di contenzione similare che ne impedisca il movimento, salvo che ciò sia imposto da documentate ragioni sanitarie o da temporanee esigenze di sicurezza.

La l. 28 dicembre 2015, n. 221 ha novellato, invece, l'art. 514 c.p.c., inserendo tra i beni mobili assolutamente impignorabili gli animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali, nonché quelli impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli. Altre tappe significative della legislazione italiana sulle questioni giuridiche concernenti gli animali sono rappresentate dalla l. 14 agosto 1991, n. 281 (Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo), che per prima al mondo ha positivizzato il principio secondo cui lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente; il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 116 in materia di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici; la l. 4 novembre 2010, n. 201 che ha ratificato la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia del 13 novembre 1987; il d.p.c.m. 28 febbraio 2003 recante disposizioni in materia di benessere degli animali da compagnia e *pet-therapy*; nonché l'ordinanza del Ministro della salute del 6 agosto 2013 concernente la tutela dell'incolumità pubblica dall'aggressione dei cani (che fa seguito a quella del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 3 marzo 2009). Per un approfondimento cfr. G. SETTANNI, M. RUGGI, *Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 480 ss.; C. FOSSÀ, *Frammenti di oggettività*, cit., p. 528 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

(artt. 55 ss.) toccando quegli aspetti che poi, nella prassi, spesso stanno a fondamento delle ragioni che fanno sorgere il contenzioso in materia: il venditore di animali da compagnia (cani, gatti e furetti)[27] deve consegnare gli animali di almeno due mesi di età, in buono stato di salute e con i trattamenti obbligatori per età e specie (senza che ciò incida sulla sua responsabilità per vizi o difetti occulti come regolata dal codice civile spagnolo), nel rispetto di precisi obblighi informativi prenegoziali da soddisfare per iscritto (così come analoghi requisiti di forma devono essere rispettati per il contratto di vendita) e delle regole dettate in materia di annunci *on-line* (col divieto di vendita diretta) e di cessione a titolo gratuito o adozione. Ebbene, l'esperienza spagnola dimostra come una disciplina speciale e distinta della vendita della *res* senziente "animale", diversa da quella degli altri beni di consumo, possa tenere conto delle sue peculiarità senza per ciò slegarsi dai principi in tema di garanzia per vizi, nel nostro Ordinamento già a loro volta speciali e forse maggiormente adeguati alle peculiarità *trans commercium* del bene che forma oggetto della vendita.

Infine, deve certamente ritenersi ammissibile la previsione di una garanzia convenzionale [*ex* artt. 128, comma 2, lett. *n*), e 135-*quinquies* cod. cons.] volta ad integrare e rafforzare la tutela contrattuale del compratore[28]. Un'ulteriore aspetto problematico è se l'animale debba (o possa, a seconda dei casi) essere considerato un bene usato o meno, ai fini dell'applicabilità della previsione di cui all'art. 128, comma 5, cod. cons.[29].

3. Se, quindi, l'acquisto di animali avvenuto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana – sia per appagare i bisogni alimentari propri e della propria famiglia o finalizzate a fornire all'uomo

[27] Come individuati dall'Allegato I al Regolamento (UE) n. 576/2013 del 12 giugno 2013 sui movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia.

[28] In argomento, per tutti, v. P. Corrias, *La garanzia convenzionale nella vendita dei beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 714 ss.

[29] La vendita di animali avviene, normalmente, a distanza di tempo dalla loro nascita: si veda, ad esempio, l'ordinanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 6 agosto 2008 che, all'art. 2, vieta la vendita di cani di età inferiore ai due mesi.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

l'*affectio*[30] – estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata dal compratore è regolato dalle norme del codice del consumo, in tutti gli altri casi in cui non sussista un rapporto *business-to-consumer*, in mancanza di leggi speciali[31] o, in via gradata, degli usi locali sono applicabili le disposizioni del codice civile sulla garanzia per vizi redibitori di cui agli artt. 1490 ss. c.c.

Assumendo come modello un animale sano e normalmente produttivo, la garanzia di diritto comune è dovuta dal venditore indipendentemente dalla colpa e per il solo fatto oggettivo della loro presenza. Essa è esclusa soltanto se, ai sensi dell'art. 1491 c.c., il compratore era a conoscenza dei vizi o se gli stessi erano facilmente riconoscibili, salvo, in quest'ultimo caso, che il venditore abbia dichiarato che l'animale ne era esente. Pertanto, qualora l'animale sia risultato affetto da malattia manifestatasi alcuni giorni dopo la consegna, costituisce onere probatorio posto a carico del venditore dimostrare che la malattia sia stata provocata da fattori sopraggiunti alla consegna del bene[32], anche attraverso la produzione di docu-

[30] M. Faccioli, *La tutela consumeristica*, cit., p. 236 (ma già in Id., *L'applicabilità*, cit., p. 24).

[31] Non potendo risultare accoglibile l'impostazione di una isolata giurisprudenza di merito (Pret. Cremona, 20 marzo 1998, in *Giur. merito*, 1999, p. 57 ss.) secondo cui la l. 281/1990 esclude l'applicazione delle specifiche norme sussidiarie in tema di vizi degli animali compravenduti quando l'animale d'affezione possieda esclusivamente tale caratteristica e non anche quando abbia una oggettiva destinazione economico-funzionale tale da poter considerare l'animale una vera e propria *res* ancor prima che essere vivente. Così, nel primo caso «dovrà allora prevalere la disciplina che tutela l'animale d'affezione risultando incompatibile ogni diversa eventuale contrastante disposizione ricompresa nel novero di quelle sussidiariamente previste dall'art. 1496 c.c., nel secondo caso dovrà invece essere la prima a cedere il passo alle seconde dovendosi ritenere che nell'ottica della corretta convivenza tra uomo ed animale sia maggiormente meritevole di tutela l'attitudine che l'animale ha a fornire all'uomo utilità e vantaggi di natura economica», con la conseguenza che il proprietario dell'animale d'affezione debba farsi carico di tutti gli aspetti relativi alla cura, alla custodia e al mantenimento tratteggiati e valorizzati dalla citata legge quadro in materia di animali di affezione.

[32] Cfr. Cass., 17 maggio 2004, n. 9330, in *Contr.*, 2004, p. 1120 ss., con nota di A. Maniaci, *Vendita di animali: vizi, difetti e rimedi*: la S.C. cassò la sentenza impugnata (Trib. Treviso, 27 dicembre 1999) che aveva rigettato la domanda di risoluzione del contratto di vendita dell'acquirente di un cucciolo di pastore tedesco af-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

PER ESIGENZE DI IMPAGINAZIONE ELIMINATO IL CAPOVERSO. È POSSIBILE?

mentazione di laboratorio, oltre ad esame clinico veterinario[33]. La garanzia è invece esclusa quando il vizio sia dichiarato rilevante solo in quanto assuma una determinata manifestazione[34].

L'art. 1496 c.c. trova applicazione anche con riferimento all'ipotesi di mancanza di qualità promesse o essenziali. Anche in tal caso, la conoscenza della malattia dell'animale da parte del compratore al tempo della conclusione del contratto nega la garanzia ex art. 1491 c.c.[35]. Non vi è, infatti, alcuna ragione sostanziale per escludere tale maggior estensione, avendo il codice attuale eliminato ogni apprezzabile differenza di disciplina tra le due categorie dei vizi e della mancanza di qualità[36]. Si è al riguardo osservato, d'altro canto, come gli usi si occupino di imperfezioni dell'animale e come tali imperfezioni siano a volte considerate nel loro effetto, cioè nella mancanza di qualità essenziali. In un rilievo più generale si è avuto modo di notare come, pur rimanendo le due categorie concettualmente distinte[37], la

---

fetto da malattia congenita che ne aveva causato la morte ritenendo che l'attore non avesse assolto l'onere probatorio su di lui incombente di dimostrare che il difetto patologico e letale non fosse dipeso da cause accidentali sopravvenute all'acquisto.

[33] Cass., 29 aprile 2016, n. 8488.

[34] Cfr. Cass., 15 gennaio 1976, n. 128, secondo cui, premesso che le leggi speciali e gli usi prevalgono sul codice civile, nella vendita di bovini sospetti di brucellosi si deve aver riguardo al Regolamento di polizia veterinaria, secondo il quale l'animale può considerarsi affetto da brucellosi solo quando la diagnosi sia convalidata da esami di laboratorio e da prove allergiche da praticarsi su tutti gli animali recettivi del gruppo, per cui non può ritenersi affetto da tale malattia l'animale – e non può quindi risolversi la vendita per vizio redibitorio – solo perché esso abbia risposto positivamente alla sieroagglutinazione per essere stato sottoposto a trattamento immunizzante. V. anche la più risalente Cass., 30 dicembre 1959, n. 3596.

[35] A. Luminoso, *La vendita*[2] , cit., p. 517, 525.

[36] D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 869 ss.; P. Greco, G. Cottino, *Della vendita*, cit., p. 298; A. Luminoso, *La vendita*[2] , cit., p. 546; Cass., 31 gennaio 1962, n. 179, cit.; Cass., 6 novembre 1991, n. 11834; Trib. Cagliari, 25 maggio 1994, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 35 ss., con nota di A. Bertocchi, *Vendita di animali. Mancanza di qualità promesse o essenziali*, che ha riconosciuto una mancanza di qualità promesse in un caso in cui l'animale venduto come cane da guardia non era in grado di svolgere il «servizio di guardia».

[37] Né si intende, attraverso il ricorso agli usi, modificare la legge, ossia estendere l'ampiezza delle due categorie (dei vizi in senso stretto e della mancanza di

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

mancanza di qualità essenziali all'uso normale altro non sia che un aspetto consequenziale del vizio[38].

Avendo invece riguardo alle qualità promesse, esse sono generalmente estranee alla regolamentazione consuetudinaria[39]. Non manca, però qualche eccezionale riferimento a qualità particolari e, in tal caso, gli usi devono ugualmente ritenersi applicabili[40].

Se l'animale tuttavia presenta caratteristiche diverse da quelle pattuite si ritiene debba ravvisarsi un vero e proprio inadempimento ovvero l'ipotesi di vendita di *aliud pro alio*. La figura giuridica di conio giurisprudenziale dell'*aliud pro alio* ricorrerebbe però non in ogni ipotesi di mancanza di qualità anche essenziali della cosa venduta, perché queste ipotesi sono regolamentate specificamente dall'art. 1497 c.c., ma avviene nella più grave ipotesi, non specificamente disciplinata, di consegna di cosa diversa da quella pattuita.

Come precisato dalla Suprema Corte[41], ricorre l'ipotesi della consegna di *aliud pro alio* nel caso della vendita di un animale privo delle caratteristiche funzionali necessarie a soddisfare i bisogni dell'acquirente. Si sarà quindi innanzi a tale fattispecie qualora la diversità tra la cosa venduta e quella consegnata incide sulla natura e, se-

---

qualità) così come da questa delimitate, «ma si tratta, semplicemente, di un momento pregiuridico, dato che la legge non fissa essa i concetti di vizio e di mancanza di qualità, e non delimita essa l'ampiezza delle due categorie, ma ricava tutto ciò dalle comuni concezioni della pratica»: così, precisamente, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 873.

[38] C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 932.

[39] R. LANDI, *«Un toro è tale anche se sterile»?*, cit., p. 1183.

[40] C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 932.

[41] Così Cass., 19 dicembre 2013, n. 28419, in *Foro it.*, 2014, I, c. 488 ss., con nota (senza titolo) di A. PALMIERI, che ha cassato App. Salerno, 8 febbraio 2007, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1171 ss., con nota critica di R. LANDI, *«Un toro è tale anche se sterile»?*, cit. (spec. a p. 1196 e 1203): nel caso di specie, la Corte ha escluso la qualificabilità in termini di *aliud pro alio datum* della consegna di un toro viziato da *impotentia generandi*, data l'ontologica evidenza che un toro resta tale anche in mancanza di capacità riproduttiva, residuandone, inoltre, diverse e sia pur ridotte utilizzazioni, a cominciare dall'uso alimentare per altri esseri viventi. L'infertilità del toro, costituendo una patologia congenita dell'animale, va ricondotta a giudizio della Corte d'Appello alla categoria dei vizi redibitori *ex* art. 1490 c.c. o, al limite, a quella della mancanza di qualità essenziale di cui all'art. 1497 c.c.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

gnatamente, sull'individualità, consistenza e destinazione di quest'ultima sì da potersi ritenere che essa appartenga ad un genere del tutto diverso da quello posto a base della decisione dell'acquirente di effettuare l'acquisto, ovvero nel caso in cui il bene presenti difetti che gli impediscono di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (c.d. inidoneità ad assolvere la funzione economico-sociale), facendolo degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto[42]. Pertanto, ove l'oggetto della prestazione del venditore sia connotato da peculiari qualità individuanti, a fronte della contestazione dell'acquirente circa la difformità fra quanto pattuito e quanto consegnatogli, deve essere il venditore a dimostrare l'appartenenza dell'oggetto alla particolare *species* convenuta.

Tale conformazione viene sicuramente a mancare nell'ipotesi di vendita di un cavallo non da corsa o di una mucca non da latte quando gli animali siano stati acquistati per destinarli a tale impiego, così come riteniamo che ricorra la figura giuridica dell'*aliud pro alio* anche nel caso di vendita di un animale di cui servirsi per finalità riproduttive nell'ambito dell'attività di allevamento (anche in forma amatoriale) della stessa razza, ma di taglia diversa (ad esempio, nel caso di consegna di un barboncino "*nano*" in luogo di un barboncino "*toy*"), perché tale diversità si concreta nella mancanza nella merce venduta delle qualità minimali necessarie per un suo qualsiasi utile impiego, in quanto inidoneo alla funzione alla quale l'animale era destinato.

La consegna di *aliud pro alio*, dando luogo all'azione contrattuale di risoluzione o, in alternativa, di esatto adempimento, ai sensi dell'art. 1453 c.c.[43], è inoltre svincolata dai termini di decadenza e

[42] Nei sensi suddetti si vedano, *ex plurimis* e tra le più recenti, Cass., 14 maggio 2024, n. 13214, in Giur. it., 2025, p. 42 ss., con nota di C. De Luca, *Vendita di* aliud pro alio*: natura, funzione e regime giuridico*; Cass., 25 agosto 2023, n. 25230; Cass., 7 febbraio 2022, n. 3700; Trib. Cuneo, 28 maggio 2021; App. Ancona, 25 maggio 2021; Cass., 23 marzo 2017, n. 7557. Specificamente in tema di compravendita di animali v. Cass., 18 maggio 2011, n. 10916, che ha ravvisato aversi *aliud pro alio* nel caso di animali venduti affetti da brucellosi e perciò inidonei a qualunque impiego poiché, per la loro malattia, dovevano essere abbattuti.

[43] Da ultimo, Trib. Rovigo, 2 ottobre 2023.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c.[44] nonché dall'operatività della norma di cui all'art. 1491 c.c.[45].

In caso di vizi rilevanti il compratore, ai sensi dell'art. 1492 c.c., potrà domandare a sua scelta la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi o normative specifiche escludano la risoluzione. Se poi gli animali venduti muoiono in conseguenza dei vizi (malattia), il compratore avrà diritto alla risoluzione del contratto; se invece la morte sopravviene per caso fortuito o per colpa del compratore, egli non potrà che domandare la riduzione del prezzo[46]. Analogamente, dovrà necessariamente avvalersi di tale rimedio il compratore che abbia alienato a un terzo l'animale[47].

Nella vendita di animali che siano indicati nel contratto con riferimento al loro numero, si ha vizio quando ricorre un difetto inerente alle dimensioni, peso, misura o caratteristiche dei singoli capi; quando invece vengano consegnati animali in possesso delle caratteristiche pattuite, ma in numero inferiore a quello previsto, si ha inadempimento parziale e il compratore avrà diritto alla consegna del quantitativo mancante o alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto, senza che a dette azioni siano applicabili le condizioni e i termini di cui all'art. 1495 c.c.[48].

L'azione redibitoria prevista per i vizi relativi alla vendita di animali è soggetta ai brevi termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1495 c.c.[49]. Pertanto, nell'ipotesi in cui i vizi non siano stati denunciati entro otto giorni dalla scoperta (e gli usi non prevedano

---

[44] Cass., 18 maggio 2011, n. 10916, cit.

[45] A. LUMINOSO, *La vendita*[2], cit., p. 521.

[46] Ancora, A. LUMINOSO, *La vendita*[2], cit., p. 531, il quale vede nella regola espressione del principio *res perit domino*.

[47] Per C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 960 non è possibile per la parte domandare la risoluzione del contratto poiché, con l'alienazione, ha definitivamente utilizzato la prestazione. In giurisprudenza prevale invece la tesi secondo cui l'alienazione è un comportamento che manifesta una rinunzia tacita del compratore a valersi del rimedio risolutorio: in tal senso v. Cass., 11 maggio 1984, n. 2891; Cass., 23 gennaio 1988, n. 521; Cass., 29 luglio 2013, n. 18202.

[48] A. LUMINOSO, *La vendita*[2] , cit., p. 546; Cass., 6 novembre 1991, n. 11834, cit.

[49] Cass., 11 febbraio 2014, n. 3021, in tema di vendita di cane senza *pedigree*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

diversamente), deve ritenersi estinto il diritto di garanzia a favore del compratore per l'inutile decorso del tempo previsto per il suo esercizio.

Anche in caso di vendita di animali il termine di denuncia dei vizi decorre dal momento dell'acquisita certezza della loro esistenza da parte del compratore[50].

Sennonché, alla luce di quanto diffusamente esaminato *supra* (§ 2), ove l'acquirente sia un consumatore la denuncia del difetto della cosa venduta è soggetta alla disciplina delle vendite consumeristiche, che oggi non contempla più l'onere di denunciare il difetto di conformità e fissa il termine di prescrizione dell'azione diretta a far valere i difetti manifestatisi entro due anni dalla consegna, non dolosamente occultati dal venditore, in ventisei mesi dalla consegna del bene (art. 133, comma 3, cod. cons.)[51].

La denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del vizio o l'ha occultato. Nel caso di vendita di animali, il celamento dei vizi della cosa venduta, per dispensare il compratore dall'onere della denuncia ai sensi dell'art. 1495, comma 2, c.c., non può consistere nel semplice silenzio da parte del venditore, ma esige una particolare attività illecita dello stesso, effettuata con artifici appositamente diretti a nascondere l'esistenza della malattia. In assenza

[50] Cass., 30 agosto 2000, n. 11452. Precisa tuttavia la Suprema Corte che il termine per la denuncia dei vizi della cosa venduta decorre dal ricevimento del bene soltanto per i vizi apparenti, mentre per i vizi non rilevabili attraverso un sommario e rapido esame della cosa il termine decorre dalla loro scoperta, la quale ricorre allorché il compratore abbia acquisito la certezza oggettiva dell'esistenza del vizio. Nel caso di specie il giudice di legittimità affermò che nella vendita di animali il termine per la denuncia dei vizi principia non dalla consegna dei capi, ma solo quando il morbo che li aveva colpiti si era manifestato con sintomi inequivocabili.

[51] L'art. 132 cod. cons., nel testo antecedente al d.lgs. 170/2021, assoggettava la denuncia del difetto della cosa venduta al termine di decadenza di due mesi dalla data di scoperta del difetto. Così, Cass., 25 settembre 2018, n. 22728 e Cass., 6 dicembre 2022, n. 35844, citt. hanno ritenuto che a tutela del consumatore – ove un consumatore vi sia – dovesse applicarsi non il breve termine di decadenza di otto giorni dalla scoperta del vizio previsto dall'art. 1495 c.c., ma il più lungo termine di due mesi dalla scoperta all'epoca dei fatti previsto dall'art. 132 cod. cons. Sul mancato mantenimento, nella nuova normativa delle vendite consumeristiche, dell'onere per il consumatore di denunciare il difetto di conformità al venditore entro due mesi dalla scoperta si vedano anche le considerazioni di M. FACCIOLI, *La tutela consumeristica*, cit., p. 238 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

di prova certa della preesistenza di una malattia al momento della vendita e contestuale consegna dell'animale, non può certo ipotizzarsi una malafede del venditore per aver sottaciuto i vizi. In ogni caso, tale attività capziosa non può di certo esser ravvisata nella mancata consegna della certificazione veterinaria di sanità non sussistendo, tra l'altro, alcun obbligo in tal senso per il venditore nella vendita di animali, dal momento che esso non rientra in quello generale della consegna dei titoli e dei documenti relativi alla proprietà e all'uso della cosa venduta di cui all'art. 1477, comma 3, c.c.[52].

In ogni caso, quando il compratore opta per la risoluzione del contratto, il venditore dovrà restituire il prezzo di acquisto e rimborsare al compratore le spese e i pagamenti legittimamente fatti per la vendita. Il compratore, dal canto suo, dovrà restituire gli animali qualora non periti a causa della malattia. Il venditore sarà inoltre tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa: in tal senso, è frequente l'ipotesi che altri animali di proprietà del compratore vengano contagiati dai capi malati vendutigli.

4. La presenza di difetti degli animali non sempre configura un inesatto adempimento della vendita. In particolare, la giurisprudenza maggioritaria[53] e parte della dottrina[54] hanno ritenuto che al ricor-

[52] Cass., 28 giugno 1993, n. 7134, che cassa Giud. Conc. Lodi, 17 gennaio 1989, secondo cui il brevissimo lasso temporale tra la vendita di un animale e l'accertamento sullo stesso di una patologia dermatologica indurrebbe logicamente a presumere che l'animale sia stato venduto già portatore della predetta malattia, ritenendo che il venditore abbia occultato i vizi in questione e osservando, in proposito, che il cane, per regolarità, sarebbe dovuto esser venduto accompagnato da certificazione veterinaria di sanità, con la conseguente dispensa degli acquirenti dalla denuncia dei vizi medesimi ai sensi dell'art. 1495, comma 2, c.c.; Cass., 22 febbraio 2011, n. 4278.

[53] Tra le tante, v. Cass., 21 dicembre 1954, n. 4571, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 133 s.; Cass., 17 giugno 1959, n. 1863, in *Foro pad.*, 1959, p. 57 (s.m.); Cass., 31 gennaio 1962, n. 179, in *Giur. agr. it.*, 1962, II, p. 575 ss., con nota di E. FAVARA, *Ancora sulla vendita di animali affetti dalle malattie previste dal regolamento di polizia veterinaria 8 febbraio 1954, n. 320*; Cass., 15 ottobre 1963, n. 2752, in *Foro it.*, 1964, I, c. 582 ss.; Cass., 15 dicembre 1964, n. 2875, in *Riv. dir. agr.*, 1964, II, p. 408 s.; Cass., 14 luglio 1966, n. 1731, in *Giur. agr. it.*, 1967, II, p. 357 s., con nota di S. BARTOLUCCI, *Rilievi sulla vendita di animali bovini affetti da tubercolosi*, e in *Giur.*

OCCORREREBBE PORTARE IL RICHIAMO 54 SULLA RIGA SUCCESSIVA O ANTICIPARE LA 53. GRAZIE

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

rere dell'ipotesi di malattia contemplate nelle disposizioni regolamentari di polizia veterinaria di cui al d.P.R. 320/1954 – ora abrogato ad opera del d.lgs. 134/2022, che ha completato la disciplina di matrice eurounitaria di cui al Regolamento (UE) 2016/429 – sussiste(sse) un divieto (affermato, più che dimostrato)[55] di commerciabilità dell'animale affetto da una delle malattie infettive e contagiose ivi elencate e, di conseguenza, la vendita stipulata contravvenendo a tale divieto debba considerarsi nulla per illiceità dell'oggetto.

Recentemente[56], la Suprema Corte ha affermato che il divieto di alienazione – determinante la nullità del contratto – sussiste anche se l'incommerciabilità di cui trattasi emerge non dal regolamento predetto, ma da altre disposizioni normative, sempre che sia prevista per la specie dell'animale oggetto della vendita.

Ebbene, siamo indotti a ritenere che la tesi della nullità della vendita per illiceità dell'oggetto sia stata applicata prevalentemente in maniera dogmatica dalla giurisprudenza di legittimità, non avendo tenuto in debita considerazione il fatto che manca una norma che espressamente sancisca l'incommerciabilità dell'animale: le disposizioni di polizia veterinaria prendono in considerazione, più precisa-

---

it., 1967, I, 1, c. 208 ss., con nota redazionale critica; Cass., 28 settembre 1967, n. 2224, in *Foro pad.*, 1968, I, p. 282 ss.; Cass., 9 giugno 1972, n. 1782, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 1684 ss., con nota di F. Vigotti, *Riflessioni in tema di illiceità dell'oggetto e incommerciabilità per motivi di ordine pubblico*; Cass., 24 gennaio 1979, n. 530; Cass., 29 giugno 1981, n. 4221; Cass., 29 aprile 2016, n. 8488; Cass., 28 agosto 2020, n. 17930. Per le affermazioni nella giurisprudenza di merito si vedano i tanti richiami in L. Gardani Contursi Lisi, *La compravendita*[2], Torino, 1985, p. 446 s.

[54] A. Luminoso, *La vendita*[2], cit., p. 545; C.M. Bianca, *La vendita*, cit., p. 927 ss.; G. Mirabelli, *Dei singoli contratti (artt. 1470-1765 c.c.)*[3], Torino, 1991, p. 117. D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 871, nell'aderire alla tesi della nullità del contratto di vendita di animali affetti da qualcuna delle malattie infettive previste dal Regolamento di polizia veterinaria, sottolinea come l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione *ex* art. 1422 c.c. e il venditore è tenuto comunque alla restituzione del prezzo eventualmente pagato (che soggiace all'ordinario termine di prescrizione decennale). Il venditore può poi essere tenuto, a titolo di responsabilità precontrattuale, al risarcimento del danno nella misura dell'interesse negativo (art. 1338 c.c.).

[55] Per utilizzare le fedeli parole di A. Bertocchi, *Vendita di animali. Mancanza di qualità promesse o essenziali*, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 38.

[56] Cass., 28 agosto 2020, n. 17930, cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

mente, una serie di malattie contagiose, statuendo varie misure profilattiche e repressive – in ragione della gravità delle stesse – che vanno dal sequestro e isolamento degli animali ammalati (o sospetti) fino al loro abbattimento e distruzione dei residui. Pertanto, eccettuato tale ultimo caso, le altre misure solo indirettamente ed in via di fatto intaccano la commerciabilità del bene. Se tale impostazione ha trovato applicazioni *tranchant*, che ritenevano illecito l'oggetto per il solo fatto della constatazione nell'animale compravenduto di una delle malattie individuate nell'ordinamento di polizia veterinaria[57], altre sentenze si sono soffermate con maggiore attenzione sulle ragioni a sostegno della tesi in commento, precisando che pur in mancanza di una norma che sancisca espressamente l'incommerciabilità di una *res*, essa può ugualmente desumersi dall'idoneità o meno a formare oggetto di private contrattazioni[58] o, comunque, dalla *ratio* che giustifica le misure cautelative[59].

Per quanto limitate, si registrano però posizioni di dissenso alla tesi della nullità. Nella giurisprudenza di legittimità[60], l'unico arresto

[57] Così Cass., 28 settembre 1967, n. 2224, cit.

[58] Cfr. Cass., 9 giugno 1972, n. 1782, cit., che precisa come la nullità della vendita di animale affetto da una delle malattie elencate nel Regolamento di polizia veterinaria è sempre stata fatta discendere dai provvedimenti di isolamento e di sequestro degli animali infetti. Per L. GARDANI CONTURSI LISI, *La compravendita*, cit., p. 444, la sentenza da ultimo citata parrebbe fissare due ipotesi di incommerciabilità, affiancando alla categoria delle cose che sono classificate *ex lege res extra commercium* per ragioni di ordine pubblico, quella in cui rientrano tutte quelle ipotesi in cui l'incommerciabilità del bene può essere ricavata dall'analisi delle norme relative alla categoria a cui esso appartiene, indipendentemente da una positiva statuizione. In termini ancora più espliciti Cass., 21 dicembre 1954, n. 4571, cit., che ha riconosciuto come nonostante il legislatore non abbia espressamente qualificato come incommerciabili gli animali infetti, l'incommerciabilità dei capi ammalati è postulata dalla *ratio legis* in quanto al verificarsi di una delle malattie infettive elencate viene tolta al proprietario la disponibilità dell'animale, che è messo a disposizione dell'autorità amministrativa per evidenti ragioni di ordine e di sanità pubblica. Si veda altresì Cass., 22 febbraio 2011, n. 4278, cit., secondo cui, in difetto di una esplicita previsione normativa, solo se l'animale è affetto da una delle malattie contagiose per le quali è previsto l'isolamento od il sequestro si può ipotizzare una sua incommerciabilità, nonché Cass., 10 agosto 1977, n. 3690.

[59] Così Cass., 4 luglio 1966, n. 1731, cit.

[60] Cass., 17 aprile 1970, n. 1113, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 218 ss., con nota di M. SARGENTI, *Nota minima (ed inutile) sulla compravendita di animali*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

dissonante ha scartato la soluzione della nullità per la «esasperata sottigliezza esegetica»[61] della necessaria compresenza dei caratteri «infettivo *e* diffusivo»[62] della malattia (come testualmente previsto dall'art. 1 d.P.R. 320/1954), per cui deve escludersi la nullità della relativa vendita quando, per una malattia infettiva ma non anche diffusiva, l'animale sia stato abbattuto con conseguente distruzione delle carni ovvero sia morto naturalmente e ne sia stata pure ordinata la distruzione. In dottrina, invece, si registra un maggiore rigore metodologico nei differenti approcci che hanno messo in discussione l'influenza del Regolamento di polizia veterinaria sulla validità del rapporto contrattuale.

Se tesi più risalenti hanno escluso che le misure di carattere igienico, pur ponendo limitazioni al commercio, fossero di per sé sufficienti a far sorgere un vincolo di inalienabilità dal momento che il principio consensualistico consente il trasferimento del diritto di proprietà anche in presenza di un divieto di muovere di luogo in luogo gli animali[63], dubbi sul fondamento della soluzione rigorosamente unitaria della giurisprudenza sono stati espressi anche da chi[64], autorevolmente, ha sottolineato come l'ordinamento di polizia

---

[61] Così M. SARGENTI, *Nota minima (ed inutile) sulla compravendita di animali*, cit., p. 219. Esprimono perplessità anche P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 303.

[62] Enfasi aggiunta.

[63] L. FERRI, *Nota a Trib. Venezia, 18 febbraio 1949*, in *Giur. it.*, I, 2, 1949, c. 608. In giurisprudenza di merito, nello stesso senso, v. App. L'Aquila, 6 novembre 1957, in *Riv. giur. umbro-abruzz.*, 1958, p. 341 s., che, nel non aderire all'orientamento giurisprudenziale prevalente, osserva anche che «Per quanti sforzi di ermeneutica si facciano, non si riesce a rinvenire, infatti, nel citato Regolamento di Polizia Veterinaria, alcuna disposizione che riguardi il commercio, considerato sotto il profilo giuridico, degli animali affetti da malattie infettive o diffusive del bestiame».

[64] P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 301 ss.; posizioni ancor più risolute sono state sostenute da C. CINGOLANI, *Vendita di animali affetti da malattie contagiose. Applicazione della garanzia per i vizi*, in *Dir. e giur.*, 1968, p. 230 ss., spec. p. 232 s.; M. SARGENTI, *Vizi, mancanza di qualità e malattie nella compravendita di animali*, in *Foro pad.*, 1969, III, p. 17 ss., spec. p. 22 ss. Si vedano anche M. BACCIGALUPI, *Osservazioni a pret. Collesano, 3 gennaio 1951*, in *Nuovo dir.*, 1951, p. 290 (e, dello stesso Autore, ma in termini meno espliciti, *Note sulle clausole di garanzia nella compra-vendita di animali*, in *Riv. dir. agr.*, 1950, I, p. 196) e A. SQUILLANTE, *Nota a Cass., 6 luglio 1956, n. 2486 e 8 ottobre 1956, n. 3402*, in *Giur. agr.*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

veterinaria preveda un trattamento delle varie malattie piuttosto articolato, differente a seconda del loro carattere e della loro pericolosità. Inoltre, le misure non riguardano i soli capi ammalati o sospetti, ma anche quelli sani semplicemente entrati in contatto con loro, per i quali la legge si accontenta dell'adozione di determinate cautele: ma ciò con la doverosa precisazione che un animale sano o sospetto di malattia è esente da vizi. Gli Autori da ultimo citati escludono l'imperatività delle norme del Regolamento di polizia veterinaria, che in nessun caso vieta la vendita *tout court* di animali affetti da malattie infettive o diffusive. La nullità del contratto di vendita appare semmai ammissibile nel solo caso della vendita di un animale che, a causa del tipo di malattia da cui era affetto al tempo della vendita, debba essere abbattuto senza che se ne possano utilizzare i resti[65].

5. La questione della vendita di un animale colpito da malattia infettiva deve essere oggi affrontata alla luce del citato Regolamento (UE) 2016/429 del 9 marzo 2016 relativo alle malattie animali trasmissibili (anche conosciuto come *Animal Health Law* - AHL), entrato in vigore il 21 aprile 2021. Questo è stato definito dalla Corte di Cassazione il quadro giuridico generale di tutta la sanità animale, dal commercio intracomunitario, all'ingresso nell'Unione di animali e prodotti, dall'eradicazione delle malattie, ai controlli veterinari, passando per la notifica delle malattie fino ad arrivare al sostegno finanziario in relazione alle diverse specie animali[66].

Senza avventurarsi in una dettagliata disamina della AHL[67], è appena il caso di osservare come la stessa individua le responsabilità

it., 1957, II, p. 498, secondo cui nei casi di vendita di animale affetto da una malattia prevista dall'ordinamento di polizia veterinaria, dovrebbe pur sempre ammettersi la validità dell'alienazione stipulata quale *emptio spei* o sotto condizione. In questi casi, secondo i due Autori, oggetto della compravendita non sarebbe l'animale, ma la speranza o probabilità di una guarigione o di una malattia meno grave. In tal senso si veda anche App. L'Aquila, 6 novembre 1957, cit., secondo cui sarebbe arbitrario escluderne la possibilità di guarigione.

[65] Ancora, P. Greco, G. Cottino, *Della vendita*, cit., p. 302.

[66] Cass., 28 agosto 2020, n. 17930, cit.

[67] Sui cui cfr. G. Ruffo, M. Beghetto, E. La Greca, P. Fossati, *Regolamento (UE) n. 2016/429, Regolamento delegato (UE) N. 2018/1629 e D.P.R. n. 320/54:*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

di allevatori, veterinari e altri soggetti coinvolti nella cura degli animali, ricorrendo ad un maggiore utilizzo delle nuove tecnologie per le attività legate alla salute degli animali mediante la sorveglianza dei patogeni e l'identificazione elettronica nonché la registrazione degli animali. La normativa si basa su un approccio *One Health*[68], che consente una diagnosi precoce e un miglior controllo delle malattie degli animali, non considerandole più quali singole malattie ma organizzandole in categorie per un più efficace monitoraggio dei patogeni animali resistenti agli antimicrobici. Stabilisce norme per la prevenzione e il controllo delle malattie trasmissibili agli animali o all'uomo, con priorità e classificazione delle malattie elencate che suscitano preoccupazione a livello dell'Unione europea. L'art. 5 AHL dispone che le norme specifiche per la prevenzione e il controllo delle malattie si applicano alle malattie elencate nell'articolo medesimo e nell'all. II di tale Regolamento[69].

---

analisi comparativa e riflessi pratico-applicativi in sanità pubblica veterinaria, in *Rass. dir. leg. med. leg. vet.*, 2018, p. 21 ss.

[68] Per utilizzare la prima definizione normativa contenuta in una fonte eurounitaria [precisamente, all'art. 2, n. 5), Regolamento (UE) 2021/522 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 marzo 2021 che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 («programma UE per la salute» - *EU4Health*)], l'approccio *One Health* è «un approccio multisettoriale che riconosce che la salute umana è connessa alla salute animale e all'ambiente e che le azioni volte ad affrontare le minacce per la salute devono tenere conto di queste tre dimensioni». In via del tutto generale, con questo concetto si intende promuovere una visione olistica della salute, la cui attuazione è essenziale non solo per il progresso scientifico, ma anche per l'elaborazione di politiche efficaci e coerenti finalizzate ad affrontare le sfide globali. In argomento, v. F. Coli, *L'approccio* One Health, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 489 ss.; F. Coli, H. Schebesta, *One Health in the EU: The Next Future?*, in *European Papers*, 2023, p. 301 ss.; S. Masini, One health*: una cerniera tra salute umana, sanità animale ed ecosistemi*, in *Riv. dir. agr.*, 2023, I, p. 95 ss. [dello stesso Autore, v. anche *Materiali di diritto veterinario (Una proposta per riordinare la didattica)*, *ibidem*, p. 679 ss., nel quale offre pregevoli spunti per la ricerca di una coerenza nell'articolato tessuto di disposizioni di interesse veterinario presente nel nostro Ordinamento].

[69] L'all. II AHL è stato modificato dal Regolamento delegato (UE) 2018/1629 della Commissione del 25 luglio 2018 che modifica l'elenco delle malattie figuranti all'allegato II del regolamento 2016/429 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle malattie animali trasmissibili e che modifica e abroga taluni atti in materia di sanità animale («normativa in materia di sanità animale»).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

Le norme della AHL si applicano solo a specie e gruppi di specie che possono trasmettere le malattie elencate (perché sono ricettive ad esse o agiscono da vettori) e richiedono varie misure di gestione, inclusi programmi di eradicazione, misure di sorveglianza e controlli sull'ingresso e sugli spostamenti di animali e di prodotti di origine animale nell'Unione europea.

Gli artt. 8 e 9 AHL stabiliscono i criteri per la redazione di un elenco delle specie soggette alle norme di prevenzione e controllo delle malattie previste dal Regolamento nonché i metodi di applicazione delle norme di prevenzione e controllo alle malattie elencate, ragione per cui il legislatore eurounitario ha completato la disciplina con il Regolamento di esecuzione (UE) 2018/1882 del 3 dicembre 2018[70].

Il Regolamento di esecuzione, nello specifico, individua le cinque categorie delle malattie (dalle più pericolose "A" alle meno rischiose "E")[71] a cui applicare le norme di prevenzione e controllo *ex* art. 9 AHL e le specie che possono trasmetterle. I gruppi di malattie sono categorizzati basandosi sulla priorità e sul rischio in ragione della potenziale gravità del loro impatto sulla sanità pubblica o animale, l'economia, la società o l'ambiente.

Ciascuna malattia può essere sussunta in una o più categorie.

---

[70] Regolamento di esecuzione (UE) 2018/1882 della Commissione del 3 dicembre 2018 relativo all'applicazione di determinate norme di prevenzione e controllo delle malattie alle categorie di malattie elencate e che stabilisce un elenco di specie e gruppi di specie che comportano un notevole rischio di diffusione di tali malattie elencate.

[71] Nello specifico, tra le malattie di categoria "A" sono ricomprese quelle che non si manifestano normalmente nell'Unione e che, non appena individuate, richiedono l'adozione immediata di misure di eradicazione; quelle di categoria "B" devono essere oggetto di controllo in tutti gli Stati membri allo scopo di eradicarle in tutta l'Unione; le malattie di categoria "C" necessitano di misure per evitarne la diffusione in parti dell'Unione che ne sono ufficialmente indenni o che hanno già adottato programmi di eradicazione per la malattia; quelle di categoria "D" richiedono misure per evitarne la diffusione a causa del loro ingresso nell'Unione o dei movimenti tra Stati membri; le malattie di categoria "E", infine, sono malattie per le quali si presenta unicamente la necessità di adottare le misure di notifica e comunicazione (artt. da 18 a 23 AHL) e di sorveglianza all'interno dell'Unione (artt. da 24 a 30 AHL), senza imporre divieti nel movimento.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

Orbene, tra le misure di prevenzione e controllo viene data particolare rilevanza all'uso di restrizioni dei movimenti degli animali e dei prodotti che potrebbero diffondere una malattia infettiva, anche se nella consapevolezza delle potenziali considerevoli ripercussioni economiche del divieto, che ben può interferire con il funzionamento del mercato interno[72]. La AHL, però, prevede prescrizioni (art. 126 ss.) relative ai movimenti di animali tra Stati membri e a condizione che gli animali non mostrino sintomi di malattie, provengano da uno stabilimento che è privo di mortalità anormale la cui causa è indeterminata, che non è soggetto a restrizioni dei movimenti ovvero non è situato in una zona soggetta a restrizioni e che non siano stati in contatto con altri animali ai quali si applicano le restrizioni dei movimenti. Anche nell'ordinamento interno il divieto di movimento è contemplato solo per i trasferimenti tra Stati membri, con la previsione di una sanzione amministrativa in caso di violazione (e salvo che il fatto non costituisca reato: artt. 24 ss. d.lgs. 136/2022).

Limitando il discorso all'essenziale, in quanto l'economia del presente lavoro non consente di approfondire una disciplina così proteiforme e complessa, siamo portati ad aderire a quella tesi orientata estensivamente che già nel previgente ordinamento veterinario sottolineava la maggior ampiezza e differente natura delle sue finalità e dei suoi scopi rispetto al solo tema della commerciabilità dell'animale[73]. Ebbene, le differenti *nuances* del trattamento delle malattie rispetto alla loro gravità fanno sì che esso si risolve solo in alcuni casi nell'abbattimento e nel divieto di vendita dei resti[74], mentre in altri è

[72] Cfr. il Considerando 112 AHL.

[73] P. Greco, G. Cottino, *Della vendita*, cit., p. 302.

[74] Si veda, oggi, anche il Regolamento delegato (UE) 2020/689 della Commissione del 17 dicembre 2019 che integra il regolamento (UE) 2016/429 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme relative alla sorveglianza, ai programmi di eradicazione e allo *status* di indenne da malattia per determinate malattie elencate ed emergenti, a mente del cui art. 27 in seguito alla conferma di una malattia, dovrebbero essere allontanati almeno tutti gli animali riconosciuti come casi confermati. Quando tali animali sono soppressi, l'autorità competente dovrebbe avere la possibilità di decidere se effettuare la macellazione (il che significa che le loro carni saranno destinate a entrare nella filiera alimentare) oppure l'abbattimento (di talché, le carni non potranno destinate a tale scopo).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

ritenuta sufficiente l'adozione di determinate cautele preventive e repressive di varia natura, che comunque toccano solo indirettamente e di fatto la commerciabilità degli animali infetti o anche semplicemente entrati in contatto con altri capi ammalati. Per questo, appare maggiormente condivisibile l'orientamento che limita il discendere della nullità dalla sola ipotesi dell'implicito divieto assoluto di vendita di quei capi che devono essere abbattuti e i cui resti debbano essere distrutti[75]. In tutti gli altri casi, non potrà che applicarsi la disciplina della garanzia di cui all'art. 1496 c.c., anche per non vanificare la precisa gerarchia delle fonti individuata da tale norma.

Abstract

Dopo aver delineato la peculiare gerarchia delle fonti stabilita dall'art. 1496 c.c. e il relativo rapporto con il codice del consumo, il contributo affronta i temi della garanzia per vizi, della mancanza di qualità e della diversità della cosa nella vendita di animali. L'analisi si concentra poi sull'accertamento della sussistenza di un divieto di commerciabilità degli animali affetti da malattie infettive e contagiose, inquadrando tale profilo alla luce del Regolamento (UE) 2016/429 (noto anche come *Animal Health Law* – AHL).

After outlining the peculiar hierarchy of sources established by Article 1496 of the Italian Civil Code and its relationship with the Consumer Code, the paper addresses the issues of warranty for defects, lack of quality, and non-conformity in the sale of animals. The analysis then focuses on determining whether a prohibition on the commercialisation of animals affected by infectious and contagious diseases exists, examining this aspect in light of Regulation (EU) 2016/429 (also known as *the Animal Health Law* – AHL).

[75] Ancora, P. Greco, G. Cottino, *Della vendita*, cit., p. 302.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-10-OnnisCugia

APPROFONDIMENTI TEMATICI

Giulia Bazzoni

VERSO 'TRE PIANI' DI *ACCOUNTABILITY* PER L'AUTOMOBILE INTELLIGENTE

Sommario: 1. L'avvento di Waymo, il robot taxi. – 2. Le sezioni di Waymo *driver* e i regolamenti europei. – 3. Il principio di responsabilizzazione nel GDPR. – 4. L'*Accountability* nell'*Artificial Intelligence Act* e nel *Digital Services Act*. – 5. La diversa aggettivazione di rischio e di danno nei regolamenti. – 6. *Accountability* e *liability* a confronto. – 7. Il rapporto tra *accountability* e *liability* in caso di sinistri stradali causati da Waymo. – 8. Quali nuove responsabilità per Waymo?

1. Ipotizzando uno scenario futuro, nei prossimi anni Waymo – il robot taxi creato da Google Alphabet e già collaudato negli Stati Uniti – potrebbe approdare nelle città europee, le quali, con la loro architettura antica, strade strette, denso traffico e variegata mobilità pedonale, costituiranno un test cruciale per la tecnologia di guida autonoma[1].

Waymo viene descritto oggi come il primo taxi a livello cinque di automazione, già attivo in numerose città americane[2]. Si tratta di

[1] Per quanto riguarda l'implementazione di queste tecnologie nelle città europee, è fondamentale tenere a mente la differenza di approccio rispetto a questi strumenti e, in particolare, rispetto all'intelligenza artificiale tra Stati Uniti ed Europa. In specie, se gli Stati Uniti tendono a confidare nell'autoregolamentazione del mercato, l'Europa considera la regolamentazione come uno strumento essenziale per garantire la democrazia costituzionale e i diritti fondamentali. Questa distinzione è analizzata nel recente saggio di C. Pinelli, *L'AI Act: gestione del rischio e tutela dei diritti*, in *Giur. it*., 2025, p. 452 ss. così anche A. Bradford, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford, 2023.

[2] Per maggiori dettagli relativamente alle caratteristiche di Waymo, si rimanda al sito ufficiale *waymo.com/*. Cfr. C. Knoll, *When Nobody is behind the wheel in*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

un servizio di trasporto a guida totalmente autonoma che opera 24 ore su 24, sette giorni su sette, *fully electric*. I tre aggettivi che meglio descrivono questa autovettura sono: *convenient*, *consistent* e *safe*[3].

Questo robot taxi è stato addestrato per essere il miglior conducente possibile e significativamente più sicuro rispetto ad un uomo[4]. Sul sito ad esso dedicato si può leggere che il 94% degli incidenti negli Stati Uniti sono causati da un errore umano.

Waymo è dotato di un sistema integrato di sensori complementari e *radar* con microelettronica di ultima generazione e video-camere ad alta definizione di tipo termico che gli permettono di poter vedere ad una distanza di tre campi da calcio in tutte le direzioni, giorno e notte[5].

---

car-obsessed Los Angeles, in *New York Times*, 20 march 2024, *www.nytimes.com/2024/03/20/us/los-angeles-waymo-driver.html*. In proposito, nel settembre 2016, il Dipartimento dei Trasporti americano e la *National Highway Traffic Safety Administration* hanno definito 5 livelli di automazione per i veicoli: – livello 0: Nessuna automazione. Il conducente ha il pieno controllo del veicolo; livello 1-3: Automazione parziale. Il sistema assiste in specifiche operazioni (frenata, gestione velocità), ma il controllo finale resta al conducente; livello 4: Automazione elevata. Il veicolo può operare autonomamente in condizioni predefinite, permettendo al conducente di distogliere completamente l'attenzione dalla guida; livello 5: Automazione completa. Il sistema gestisce tutte le funzioni di guida in qualsiasi condizione, indipendentemente dall'intervento umano. Questa classificazione intende offrire un quadro normativo per lo sviluppo e l'implementazione delle auto a guida autonoma, definendo gradi progressivi di tecnologia e responsabilità. In proposito, si rimanda al documento, in *open access* intitolato *Preliminary Statement of Policy Concerning Automated Vehicles*, *www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/automated_vehicles_policy.pdf*. Per un commento, cfr. D.A. Riehl, *Car Minus Driver. Autonomous Vehicle Regulation, Liability and Policy*, in *The Computer & Internet Lawyer*, 2018, p. 1 ss.

[3] Si rimanda al *Paper* pubblicato sul sito il 20 dicembre 2023, intitolato *Waymo significantly outperforms comparable human benchmarks over 7+ million miles of rider-only driving*, *waymo.com/blog/2023/12/waymo-significantly-outperforms-comparable-human-benchmarks-over-7-million/*.

[4] Prima di essere messo in strada, Waymo ha percorso oltre 20 milioni di miglia su strade pubbliche e circa 10 miliardi di miglia in simulazione digitale. In merito, A.J. Hawkins, *Waymo has 7.1 million driverless miles - how does its driving compare to humans?*, in *The Verge*, 20 December 2023, *www.theverge.com/2023/12/20/24006712/waymo-driverless-million-mile-safety-compare-human*.

[5] Le sperimentazioni di Waymo sono state compiute perlopiù nella San Francisco *Bay area* con una flotta completamente elettrica. Waymo utilizza un sensore

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

Tale veicolo è connesso poi ad un computer che calcola e analizza istantaneamente tutti i dati rilevati dai sensori, permettendogli di percepire dettagliatamente ciò che lo circonda. In particolare, l'automobile può determinare con precisione la propria posizione nel reticolo stradale e la propria velocità. Essa è in grado, altresì, di conoscere la situazione del traffico, di calcolare la rotta più efficiente ottimizzando percorso, soste e tempi di utilizzo, come pure di decifrare ogni entità circostante (pedoni, ciclisti, animali etc.); infine, la macchina sa leggere e comprendere tutti i segnali stradali[6]. In sostanza, Waymo può compiere lunghi tragitti senza l'intervento del conducente, mantenendosi sempre in contatto con gli altri autoveicoli della flotta[7].

---

altamente tecnologico di nome Lidar che crea un'immagine tridimensionale a partire da ciò che si trova intorno al veicolo. Il sensore misura le dimensioni e la distanza degli oggetti intorno al veicolo e ne costruisce una rappresentazione tridimensionale. Per quanto riguarda le telecamere, invece, si tratta di soluzioni di tipo termico che lavorano congiuntamente ai sensori per garantire il campo visivo più ampio possibile, per catturare più dettagli e fornire immagini nitide negli ambienti di guida complessi. Le videocamere di ultima generazione a lungo raggio e il sistema di visione a 360° possono individuare un pedone che attraversa la strada a 500 metri di distanza. Le telecamere perimetrali, inoltre, lavorando congiuntamente ai Lidar perimetrali, forniscono agli algoritmi di apprendimento automatico ulteriori dettagli per identificare gli oggetti in modo affidabile. Il Radar fornisce un ulteriore strato di informazioni rispetto a Lidar e telecamere con la sua capacità di vedere e misurare istantaneamente la velocità di un oggetto anche in condizioni meteorologiche difficili. Risulta migliorata anche la rilevazione degli oggetti sulle lunghe distanze, il che è molto importante per garantire al veicolo un tempo di reazione più lungo e avere la certezza di evitare gli ostacoli. Per maggiori dettagli, si rimanda al sito ufficiale di Waymo, *waymo.com*.

[6] In specie, la tecnologia di *autonomous driving* è basata sul pilota automatico. Si tratta di un sistema che è in grado di comunicare con le altre vetture e l'infrastruttura stradale. Di fatto, l'autopilota è un *software* che controlla l'auto attraverso una serie di sensori altamente tecnologici. In via generale, sulle *driverless cars* e le questioni attinenti alla rivoluzione che apporteranno nella mobilità si rimanda a E. Al Mureden, '*Event data recorder' e 'advanced driver assistance systems': la 'spinta gentile' verso la mobilità del futuro*, in *Contr. impr.*, 2022, p. 390 ss.; M.A. Geistfeld, *A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation*, in *California L. Rev.*, 2017, p. 1161 ss.

[7] In via generale, sul tema delle *driverless cars* si rimanda al recentissimo volume di E. Al Mureden, *Diritto dell''automotive'. Dalla fabbrica alla strada: tra regole, mercato, tecnologia e società*, Bologna, 2024; nonché G. Calabresi, E. Al Mu-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

Per quanto attiene al rapporto con i trasportati, anzitutto, Waymo è dotato di un sistema vocale bidirezionale che gli permette di dialogare con il cliente e di rispondere alle specifiche richieste[8]. Da ultimo, il robot-taxi monitora i parametri vitali dei trasportati nell'abitacolo e, in caso di emergenza, è programmato per intervenire[9].

Poste le premesse circa le indiscutibili potenzialità di Waymo, si constata come siffatte *driverless cars* siano l'emblema di una rivoluzione *disruptive* della mobilità[10]. Esse rappresentano il precipitato di una molteplicità di progressi tecnologici che stanno trasformando in

---

REDEN, '*Driverless cars'. Intelligenza artificiale e future della mobilit*à, Bologna, 2021. Si osservi, inoltre, M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili*, in *Contr. impr*., 2020, p. 732 ss.; F.P. PATTI, *The European road to authonomous vehicles*, in *Fordham International L. Jour.*, 2019, p. 125 ss.; in via critica, G.F. SIMONINI, *Dialogo tra un veicolo con sistemi elettronici intelligenti ed il conducente: riescono davvero a comprendersi o 'fingono' di farlo?*, in *Danno resp*., 2024, p. 431 ss.

[8] A.J. HAWKINS, *How will driverless cars 'talk' to pedestrians? Waymo has a few ideas*, *The Verge*, 13 October 2023, *www.theverge.com/2023/10/13/23913251/waymo-roof-dome-communicate-intent-pedestrian-driver*.

[9] Sul punto, è divenuto recentemente un caso mediatico quello dell'auto Tesla con guida autonoma che ha condotto in ospedale un uomo colpito da crisi iperglicemica e infarto. Sul punto si rimanda all'articolo online pubblicato sul Corriere della sera di P. OTTOLINA, *Una Tesla con guida autonoma ha portato in ospedale un uomo colpito da crisi iperglicemica e infarto*, in *Corriere della sera*, 14 aprile 2024, disponibile online su *www.corriere.it/tecnologia/24_aprile_14/una-tesla-con-la-guida-autonoma-ha-portato-in-ospedale-un-uomo-colpito-da-crisi-iperglicemica-e-infarto-ba339b52-f6eb-4777-8015-52dd6a94bxlk.shtml*.

[10] Per *disruptive innovation* si intende «*an innovation that creates a new market and value network, which eventually disrupts an existing market and value network, typically displacing established market leading firms*» cfr. in proposito, M.C. GRATH, *Autonomous Vehicles, Opportunities, Strategies and Disruptions*, Poland, 2018, p. 141. Di conseguenza, secondo l'Autore, «*autonomous vehicles will create an extreme degree of disruptions*» perché questa evoluzione «*will displace a huge existing industry, transportation, along with all its supporting industries*». Si sofferma sull'argomento anche M. CAMERON, *Realising the potential of Driverless Vehicles*, Wellington, 2018 e A. Herrmann, W. Brenner, R. STADLER, *Autonomous Driving, How the Driverless Revolution Will Change the World*, Bingley, 2018, p. 31 ss. In proposito, è d'obbligo richiamare poi E. AL MUREDEN, *'Autonomous cars' e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive 'de jure condendo'*, in. *Contr. impr*., 2019, p. 895 ss., spec. p. 901, in cui viene evidenziato compiutamente il carattere *disruptive* di tale innovazione.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

modo strutturale il sistema dei trasporti, il quale si caratterizza sempre più per l'automazione della guida e la connessione tra autoveicolo e infrastrutture[11].

Il repentino incedere di tale livello di automazione richiederà, tuttavia, una nuova stagione di (complessa) uniformazione normativa. In proposito, l'Unione europea ha approvato recentemente diversi atti regolativi dedicati – in senso ampio – alla tecnologia, nel tentativo di instaurare un rapporto di maggiore complementarità tra diritto e tecnica.

È ragionevole pensare, pertanto, che i diversi regolamenti andranno ad incidere ad ampio spettro sul mondo dell'automazione della guida e, concordemente, anche su servizi come Waymo[12]. Pertanto, è utile sezionare, come in una tomografia, le aree tecniche che compongono il robot-taxi per provare a comprendere a quali discipline Waymo sarà tenuto a conformarsi una volta che le sue flotte approderanno in Europa.

2. Dall'esame delle componenti tecniche di Waymo, è possibile individuare una sequenza complessa di dati (personali e non), algoritmi e piattaforme[13]. In specie, i dati fungono, in primo luogo, da risorsa fondamentale per l'addestramento del robot taxi. Terminata questa prima fase di test – tendenzialmente compiuta in simulazione virtuale – la macchina, una volta su strada, continua comunque a raccogliere dati per mezzo dei propri sensori e li elabora in tempo reale, mantenendo costantemente aggiornato il proprio *database*.

---

[11] Si rimanda sul tema a G. Calabresi, E. Al Mureden, *Driverless cars*, cit., p. 95 ss.

[12] Il disegno strategico comprende, da una parte, la protezione dei dati personali ai sensi del Reg. 2016/679/UE; dall'altra, la nuova disciplina dei servizi digitali, *i.e.* il *Digital Services Act* ovverosia il Reg. 2022/2065/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la Direttiva 2000/31/CE. Destinato ad integrarsi con tale impianto è poi il nuovo Regolamento sull'intelligenza artificiale, *i.e.* Reg. 2024/1689/UE.

[13] Rispetto a tale sequenza tra dati, algoritmi e piattaforme per i sistemi 'intelligenti', si rimanda a G. Resta, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2022, p. 971 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

In secondo luogo, come detto, ogni autovettura è connessa con le altre appartenenti alla flotta, al fine di scambiarsi vicendevolmente informazioni, sotto forma – appunto – di dati. Gli algoritmi rappresentano, invece, gli strumenti per mezzo dei quali estrarre valore dai dati: essi sono il centro di controllo della macchina, meglio ancora la 'mente' che va a definire i comportamenti dell'automobile. Infine, per utilizzare Waymo sarà necessario scaricare una applicazione che rimanderà ad una piattaforma tramite cui si potrà prenotare una corsa, acquistare abbonamenti, indicare la propria destinazione, osservare la rotta presa dal *driver robot* durante la corsa, lasciare recensioni e, infine, chattare con l'autovettura[14].

Ebbene, su ciascuno di questi tre elementi che caratterizzano il servizio di Waymo *driver* è possibile appuntare specifici segmenti di regolazione europea: il GDPR per la gestione dei dati (personali), l'AI Act per quanto riguarda la regolazione degli algoritmi di intelligenza artificiale e il *Digital Services Act* per quanto attiene i requisiti della piattaforma[15]. Ecco che il servizio di Waymo – una volta ap-

[14] Rispetto alla funzionalità della applicazione, si rimanda direttamente al sito di *waymo.com/waymo-one/*.

[15] In via generale, si interrogano sulla regolazione dei sistemi automatizzati 'intelligenti' e sulle responsabilità attribuibili, A. Amidei, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in *Giur. it*, 2021, p. 100 ss.; G. Di Rosa, *Quali regole per i sistemi automatizzati intelligenti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 823 ss.; A. Fusaro, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, II, p. 1344 ss.; U. Salanitro, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ*., 2020, p. 1246 ss.; si vedano poi i contributi di R. Cingolani, D. Andresciani, *Robots, macchine intelligenti e sistemi autonomi: analisi della situazione e prospettive*; F. Rodi, *Gli interventi dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive* e L. Ulissi, *I profili di responsabilità della macchina dell'apprendimento nell'interazione con l'utente*, tutti contenuti in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020, rispettivamente, pp. 23 ss.; 187 ss. e 435 ss.; P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Napoli, 2020; C. Trevisi, *La regolamentazione in materia di intelligenza artificiale, robot, automazione: a che punto siamo*, in *Riv. dir. media*, 2018, p. 447 ss.; E. Palmerini, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev*., 2016, p. 1816 ss.; A. Zornoza, M. Laukyte, *Robotica e diritto: riflessioni critiche sull'ultima iniziativa di regolamentazione in Eu-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

prodato in Europa – dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione di tutti i regolamenti indicati.

Si tratta, a ben vedere, di regolamenti fortemente complementari tra loro, in quanto rispondenti alla medesima *ratio*, ossia assicurare la costituzione di un mercato unico digitale europeo 'resiliente'[16]. In specie, i tre atti normativi presentano una comune struttura fondata sul c.d. *risk based approach*, ossia un modello che – senza l'imposizione di limitazione eccessive – mira a trovare un corretto bilanciamento tra supporto all'innovazione tecnologica e gestione di ogni forma di rischio che possa compromettere la sicurezza[17]. Invero, esso intende stimare e mitigare i rischi relativi alla tecnica attraverso varie fasi di operative: l'identificazione del rischio, la sua analisi, l'eventuale azione di trattamento e, infine, il monitoraggio.

È un sistema che si propone, quindi, di governare dinamicamente la *techne*, imponendo obblighi e responsabilità proporzionali al grado di rischio che il prodotto tecnologico comporta[18]. Da questo contesto e dalla necessaria collaborazione fra giuristi ed informatici nel regolare tale settore, deriva la predilezione per un approccio di conformazione *ex ante* degli strumenti informatici a livelli di sicu-

---

ropa, in *Contr. impr. eur.*, 2016, p. 808 ss.; U. Pagallo, *Even Angels Need the Rules: AI, Roboethics, and the Law*, in *IOS Press*, 2016, p. 214 ss.; C. Perlingieri, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1236 ss.; altresì A. Santosuosso, C. Boscarato, F. Caroleo, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 494 ss.

[16] Così, G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1670 ss., in particolare p. 1671 dove mette in risalto come «l'intelligenza artificiale si basa sui dati».

[17] Cfr. S. Tommasi, '*Digital Services Act' e 'Artificial Intelligence Act*': *tentativi di futuro da armonizzare*, in *Pers. merc.*, 2023, p. 279 ss.; R. Gellert, *The role of the risk-based approach in the General data protection Regulation and in the European Commission's proposed Artificial Intelligence Act: Business as usual?*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 2021, p. 15 ss.

[18] In proposito, G. De Gregorio, P. Dunn, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market L. Rev.*, 2022, p. 473 ss., dove gli Autori mettono in risalto come «*In the last years, risk has become a proxy and a parameter characterizing the European regulation of digital technologies*».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

rezza prestabiliti[19]. Sicché, nei testi dovrebbe delinearsi – in astratto – una visione comune circa le modalità di responsabilizzazione dei soggetti di volta in volta designati[20].

Di conseguenza, l'assunzione delle diverse misure procedimentali dovrebbe assicurare un livello di sicurezza idoneo agli *standard* di tutti i regolamenti, data la sequenzialità con cui dati, algoritmi e piattaforme si completano vicendevolmente. Ciò nonostante, se è vero che ciascuno di questi regolamenti si fonda sul medesimo approccio al rischio, risulta altrettanto evidente, da un esame dei tre testi, come essi rappresentino espressioni molto diverse di tale logica e connessa *accountability*.

In specie, se nel primo caso (GDPR) gli strumenti di gestione del rischio vengono rimessi del tutto ai privati e servono per determinare la conformità delle misure al quadro normativo, nel secondo caso (IA), invece, è il legislatore a catalogare il livello di rischio implicato nella produzione e fornitura di determinate categorie di sistemi intelligenti, mentre nel terzo (DSA) è stata prediletta una via di mezzo tra queste due prospettive *lato sensu* antitetiche.

La questione che si pone, per servizi come Waymo, è quindi come sintetizzare questo approccio diversamente declinato nei regolamenti entro un unico schema operativo.

3. Tratteggiate le linee generali si comprende come i tre regolamenti rappresentino un punto di riferimento nella disciplina dei servizi del futuro come Waymo, motivo per cui è opportuno un confronto tra i differenti approcci prospettati.

Partendo dal Reg. 2016/679/UE, esso segue una prospettiva che può essere definita *bottom up*, vale a dire che le misure di mitigazione sono rimesse alla piena discrezionalità del titolare del trattamento, il quale è tenuto a valutare, di volta in volta, l'azione tecnica e organizzativa da prediligere[21]. Il principio di *accountability* – che

[19] In tal senso, A. MANTELERO, *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, a cura di G. Finocchiaro, Bologna, 2019, p. 287 ss.

[20] S. TOMMASI, *Digital Services Act*, cit., p. 281.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

può essere tradotto con principio di rendicontazione o di responsabilizzazione – rappresenterebbe, dunque, una strategia tesa a ridurre fortemente oneri legislativi imposti 'dall'alto'[22]. Invero, l'approccio fondato sul rischio nel GDPR riguarderebbe quello che può essere definito, in sintesi, un 'rischio di conformità': quanto minore sarà la conformità delle misure specifiche adottate rispetto al livello di sicurezza previsto dal regolamento, tanto maggiori saranno le conseguenze sul piano delle responsabilità[23].

La logica regolativa prescelta punta alla piena responsabilizzazione di coloro che trattano dati personali, dacché la valutazione del rischio è rimessa alla discrezionalità del soggetto individuato come titolare del trattamento[24]. In specie, ai sensi dell'art. 24 del Reg.

---

[21] In generale, sul *risk-based approach* nell'ambito della *data protection law*, si consideri R. GELLERT, *We have always managed risk in Data Protection Law: Understanding the similarities and differences between the Rights-based and the Risk-based approaches to Data protection*, in *European Data Protection L. Rev*., 2016, p. 481 ss.

[22] Il concetto di *accountability*, in realtà, è già presente dal 1980 nelle linee guida OECD *(Organisation for Economic Cooperation and Development)*, secondo cui «*A data controller should be accountable for complying with measures which give effect to the [material] principles stated above*». In proposito anche, G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1 ss. Si precisa, tuttavia, che la traduzione in principio di responsabilizzazione non riesce a rendere efficacemente la portata del concetto e dunque richiede un ulteriore sforzo interpretativo affinché venga colto per intero il significato. Cfr. D. BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali e «nuova» responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev*., 2019, p. 2151 ss. Così anche E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 120, evidenzia come «Quello di *accountability* è un concetto difficilmente traducibile in una parola della nostra lingua e reso, nella versione italiana del regolamento, con il termine responsabilità. In realtà esso si colloca a metà tra la responsabilità e la *compliance*, perché il titolare deve essere *compliant* rispetto alla normativa in esame».

[23] Cfr. G. GELLERT, *Understanding the notion of risk in the Generale Data Protection Regulation*, in *Computer Law & Security Rev*., 2018, p. 279 ss.

[24] G. AMORE, *'Fairness', 'Transparency' e 'Accountability', nella protezione dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 2020, p. 414 ss., la quale evidenzia come si è passati ad un modello imperniato sul principio di responsabilizzazione del titolare del trattamento. Rispetto alla figura del titolare e del responsabile, si rinvia, inoltre, al contributo di A. MANTELERO, *Gli autori del trattamento dati: titolare e responsabile*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2799 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

2016/679/UE, a costui viene imposta l'assunzione di misure tecniche e organizzative preventive poste a garanzia della correttezza del trattamento dei dati personali[25]. Parimenti, nell'ipotesi di rischio elevato, il titolare deve compiere una valutazione d'impatto delle misure da lui prescelte; ciò a conferma della rilevanza che il GDPR attribuisce al *risk based approach*[26]. Oltretutto, spetta al titolare fornire le prove del rispetto delle prassi da lui prescelte, ossia della rispondenza delle misure adottate, per metodo e contenuti, a ciò che in base a contesto, costi e finalità poteva essergli effettivamente richiesto. In definitiva, è in capo al titolare la prova della sua *compliance* al regolamento[27].

Il principio di *accountability* presuppone, quindi, che il titolare del trattamento sia il soggetto situato nella migliore posizione possibile per valutare e gestire il rischio[28]. La proattività diviene cardine del sistema, dal momento che al titolare è richiesto, in via prudenziale, un *agere* responsabile, vale a dire la predisposizione – ancor

[25] Per un'analisi più approfondita dell'art. 24 si vedano M. Siano, *Art. 24*, in *GDPR e Normativa Privacy commentario*, a cura di G.M. Riccio, G. Scorza e E. Belisario, Vicenza, 2022, p. 300 ss.; F. Cairoli, S. Cavalcanti, *Art. 24*, in *Commentario al Regolamento UE 2016/679 e al codice della privacy aggiornato*, a cura di A. D'Agostino, L.R. Barlassina e V. Colarocco, Milano, 2019, p. 175 ss.

[26] Sulla valutazione di impatto si rimanda, in particolare, al commento dell'art. 35 Reg. 2016/679/UE di E. Battelli, G. D'Ippolito, in *Comm. cod. civ. - Delle Persone*, *Leggi Collegate*, II, *Il Regolamento Parlamento Europeo 27 aprile 2016m n. 2016/679/UE*, a cura di A. Barba e S. Pagliantini, Torino, 2019, p. 663 ss.

[27] Cfr. J. Lindqvist, *New challenges to personal data processing agreements: is the GPDR fit to deal with contract, accountability and liability in a world of the Internet of Things*, in *International Jour. of Law and Inf. Tech.*, 2018, p. 45 ss., in spec. p. 57 in cui viene esplicitato come «*a controller must be able to demonstrate in a measurable way that it has complied with the EU data protection obligations*».

[28] In particolare, G. Finocchiaro, *Il principio di 'accountability'*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2778 ss., laddove viene fatto presente come l'*accountability* «costituisce il nucleo della riforma europea e realizza un nuovo sistema normativo nel trattamento dei dati personali e nella protezione dei diritti della persona»; Si vedano, inoltre, i contributi, rispettivamente della stessa Autrice, *Quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, nonché di A. Mantelero, *La gestione del rischio*, entrambi in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2106/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, a cura di G. Finocchiaro, Bologna, 2017, p. 1-26 e p. 473-526; così anche G.G. Codiglione, *'Risk based approach' e trattamento dei dati personali*, in *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. Sica, V. D'Antonio e G.M. Riccio, Padova, 2016, p. 55 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

prima dell'inizio del trattamento effettivo – di misure adeguate alla natura, alla finalità, al contesto e all'ambito di applicazione del trattamento[29].

Di conseguenza, è la stessa inosservanza di questo atteggiamento precauzionale, da parte del titolare, che determina illiceità e ingiustizia nel trattamento. Questo perché, secondo lo spirito del GDPR, la persona affida i dati al titolare sul presupposto per cui quest'ultimo si comporti, in relazione agli stessi, in modo *compliant* al dettato normativo[30]. All'opposto, il titolare del trattamento sarà esente da responsabilità ogniqualvolta dimostrerà – tramite esibizione di certificazioni o documentazioni – l'avvenuta adozione di misure tecniche e organizzative concretamente idonee a prevenire l'evento dannoso[31].

4. Per quanto attiene, invece, il *Digital Services Act* e l'*Artificial Intelligence Act*, come detto, essi andranno a coadiuvare il GDPR nella regolazione dei servizi digitali. Entrambi gli atti normativi si basano su un modello incentrato sul rischio e sulla sua gestione[32]. In

[29] In proposito, D. Poletti, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it*., 2019, p. 2783 ss., in particolare p. 2784 s.

[30] V. G. Calabrese, *Il danno da perdita di controllo dei dati personali nel pensiero della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2023, I, p. 1112 ss., spec. p. 1113 s.

[31] Precisano, con riferimento al contenuto della prova liberatoria, R. Caterina, S. Thobani, *Il diritto al risarcimento dei danni*, in *Giur. it*., 2019, p. 2808 ss. che, laddove vi sia stata una violazione del regolamento, il titolare o il responsabile possono essere esonerati da responsabilità «dimostrando di aver adempiuto i propri obblighi e, dunque, che non erano disponibili misure tecniche atte a mitigare il rischio (purché il rischio di verificazione dei danni e l'entità degli stessi fossero sufficientemente bassi, dovendosi altrimenti astenere dal trattamento), o che i costi delle misure di prevenzione erano eccessivi rispetto a una bassa probabilità e/o gravità del rischio».

[32] Rispetto all'approccio all'AI Act si rimanda a G. Finocchiaro, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf. inform.*, 2022, p. 303 ss.; J. Chamberlain, *The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2022, p. 1 ss. D. Iacovelli, M. Fontana, *Nuove sfide della tecnologia e gestione dei rischi nella proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: set di*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

particolare, si delinea una logica proporzionale e cumulativa nell'imposizione di obblighi a mano a mano che aumentano i rischi, i quali – a differenza di quanto accade nel GDPR – vengono predefiniti dal legislatore secondo una prospettiva *top down*[33].

Partendo dal regolamento sull'intelligenza artificiale, il legislatore europeo ha prediletto, in sintesi, un approccio normativo orizzontale, volto a disciplinare il fenomeno nel suo complesso[34]. Lo

---

training, algoritmi e qualificazione dei dati. Profili critici, in *Il diritto dell'economia*, 2022, p. 107 ss. Mentre per un'introduzione alle novità del *Digital Services Act*, B. Saavedra Servida, *La responsabilità degli 'internet service provider': dal 'safe harbour' al principio di 'accountability'*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, p. 135 ss.; G. Finocchiaro, *Responsabilità delle piattaforme e tutela dei consumatori*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, p. 730 ss.; S. Del Gatto, *Il 'Digital Services Act': un'introduzione*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, p. 724 ss.

[33] S. Tommasi, *Digital Services Act*, cit., p. 281; G. Natale, *Il nuovo regolamento europeo AI Act*, in *Dir. int*., 2024, p. 201 ss.

[34] In breve, il testo finale del Reg. 2024/1689/UE è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale in data 12 luglio 2024 ed è volto a stabilire disposizioni armonizzate sull'intelligenza artificiale16; in proposito, è stato prediletto un approccio normativo orizzontale, volto a disciplinare l'intelligenza artificiale nel suo complesso, e non in singoli settori o specifiche materie. Si è trattato di un *iter* molto complesso e una negoziazione molto serrata tra gli Stati membri ma anche tra gli *stakeholders*, soprattutto per quanto riguarda i *General Purpose AI models*. Per maggiori dettagli sul contenuto del regolamento e le vicende legate alla sua approvazione si rimanda a F. Ferri (a cura di), *L'Unione europea e la nuova disciplina sull'intelligenza artificiale: questioni e prospettive*, in *Riv. quad. aisdue*, 2024, p. 6 ss.; A. Amidei, *La proposta di regolamento UE per un 'Artificial Intelligence Act': prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità da intelligenza artificiale*, in *Tecn. dir.*, 2022, p. 1 ss.; G. Alpa, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contr. impr*., 2021, p. 1003 ss.; G. Floridi, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosofical Approach*, in *Philos. technol*., 2021, p. 215 ss.; G. Finocchiaro, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf. inform*., 2022, p. 303 ss.; C. Casonato, M. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2021, p. 415 ss.; A. Adinolfi, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europeo tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. Dorigo, Pisa, 2020, p. 13 ss.; M. Zanichelli, *Ecosistemi, opacità, autonomia: le sfide dell'intelligenza artificiale in alcune proposte recenti della Commissione europea*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2020, p. 67 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

scopo sarebbe quello di promuovere un'IA affidabile, nel rispetto dei valori fondamentali centrati sull'uomo e sull'equità, secondo concreti standard di trasparenza e conoscibilità in grado di assicurare robustezza, sicurezza e protezione dei diritti in condizioni effettive di responsabilità.

In proposito, è il legislatore stesso a configurare i livelli di rischio e connessi gradi di responsabilità entro cui vanno fatti rientrare i diversi sistemi di intelligenza artificiale, stabilendo, in via precauzionale, come il rischio vada affrontato[35]. In merito, i diversi livelli hanno una struttura, per così dire, verticale: più alto è il rischio insito nell'utilizzo di un determinato sistema intelligenza artificiale, maggiori saranno le responsabilità di chi sviluppa, implementa e usa quel sistema, sino a giungere a un divieto di utilizzo delle applicazioni e delle tecnologie il cui rischio è considerato inaccettabile (come prevede l'art. 5)[36]. Il cuore di questo approccio consiste, dun-

[35] Cfr. da ultimo U. RUFFOLO, *'Artificial Intelligence Act' e AI generativa*, in *Giur. it*., 2025, p. 438 ss., spec. p. 443 ss. dove si sofferma sul tema del rischio sistemico; v. anche S. TOMMASI, *Digital Services Act*, cit., p. 281; G. FINOCCHIARO, *La proposta*, cit., p. 309 ss.; T. MAHLER, *Between risk management and proportionality: The risk-based approach in the EU's Artificial Intelligence Act Proposal*, in *Nordic Yearbook of Law and Informatics*, 2022, p. 245 ss.

[36] Ai sensi dell'art. 5: «si annoverano i sistemi che sfruttano tecnologie subliminali per manipolare i comportamenti di una persona; quelli che abusano di persone vulnerabili e fragili; modelli volti a categorizzare real-time le persone fisiche in base ai loro dati biometrici per dedurne la razza, le opinioni politiche, l'appartenenza sindacale, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'orientamento sessuale. Questi ultimi sistemi possono essere utilizzati per fini di sicurezza pubblica ma esclusivamente nel caso di ricerca di vittime di rapimento, tratta di esseri umani o persone scomparse, o per prevenire una minaccia di un attacco terroristico. Sono vietati poi i sistemi di *social scoring* 'per la valutazione o la classificazione di persone fisiche o di gruppi di essi'. Altri sistemi vietati sono quelli di polizia predittiva, che sfrutta gli algoritmi per prevedere le probabilità con cui può essere commesso un reato e tutte le informazioni ad esso legato. Proibiti sono anche i sistemi AI che svelano le emozioni delle persone sul posto di lavoro o nelle istituzioni scolastiche, ad eccezione in cui tali sistemi non vengano utilizzati per motivi medici o di sicurezza. Nell'ambito produttivo – saranno quindi vietati gli utilizzi di strumenti di sorveglianza *real time* dei dipendenti, ma anche i c.d. software di *affective computing*, ossia quelle applicazioni volte a leggere le nostre emozioni per sfruttarle. Un rischio oggi sempre più reale».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

que, nel determinare *ex ante* quali sistemi di IA debbano essere oggetto di intervento normativo[37].

Nel *Digital Services Act*, invece, vi è una struttura che può essere definita 'piramidale' ossia prevede una serie di *due diligence obligations* gravanti sui prestatori di servizi digitali che si strutturano secondo quattro livelli ad 'intensità crescente': dalla 'base' della piramide ove sono indicate le misure applicabili a tutti i prestatori, fino all'apice, in cui sono previsti gli obblighi più stringenti attribuiti alle piattaforme online e ai motori di ricerca di dimensioni molto grandi[38].

Il passaggio di ogni 'gradone' di *compliance* comporta la sottoposizione dell'operatore all'obbligo di conformarsi ad alcune disposizioni ulteriori che si aggiungono (e non si sostituiscono) a quelle degli stadi precedenti. Si tratta, quindi, di una pervasività graduata degli obblighi gravanti sui prestatori basata sulle specifiche attività compiute dai prestatori[39].

Entrambi i regolamenti lasciano un ampio margine di apprezzamento ai soggetti designati nel definire in dettaglio le misure da as-

---

[37] R. GELLERT, *The role*, cit. p. 26.

[38] Per maggiori dettagli circa le novità introdotte si leggano i contributi di L. D'AGOSTINO, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato e alla luce del nuovo Digital Services Act*, in *Media Laws*, 2, 2023, p. 16 ss.; M.L. BIXIO, *Gli obblighi applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari, ai prestatori di servizi di hosting e ai fornitori di piattaforme online* (artt. 11-32 - Capo III, Sez. 1, 2, 3, 4), in *Dir. int*., 1, 2023, p. 21 ss.; V. COLAROCCO, M. COGODE, *Gli obblighi applicabili a piattaforme online di dimensioni molto grandi (Artt. 33-34 - Capo III, Sez. 5)*, in *Dir. int*., 2023, p. 27 ss.; F. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 146 ss.

[39] M.L. BIXIO, *Gli obblighi*, cit., p. 21. In particolare, per quanto riguarda le piattaforme di grandi dimensioni, la prima *due diligence obligation* aggiuntiva attiene all'obbligo di effettuare *assesment* concernenti l'individuazione, l'analisi e la valutazione degli eventuali «rischi sistemici» derivanti dalla progettazione, dal funzionamento o dall'uso dei loro servizi e dei relativi sistemi (anche algoritmici). In proposito, l'art. 34 del *Digital Services Act* esige un'analisi specifica «e proporzionata ai rischi sistemici, tenendo in considerazione la loro gravità e la loro probabilità». Non solo, il DSA disciplina anche la fase successiva al *risk assessment*, imponendo l'adozione di «misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci, adattate ai rischi sistemici specifici individuati a norma dell'articolo 34, prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali». L'art. 35 contempla poi un elenco molto fitto di alcune possibili *mitigation measures*. Così, L. D'AGOSTINO, *Disinformazione*, cit., p. 2 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

sumere, menzionando, in via generale, le *policies* da adottare al fine di gestire e mitigare i rischi connessi all'impatto dei loro servizi sui diritti fondamentali e interessi individuali e collettivi. La strategia prescelta parrebbe essere quella di lasciare liberi i soggetti designati di costruire le proprie 'regole interne' in autonomia secondo una logica *taylor made*.

I regolamenti forniscono indicazioni di carattere ampio sugli obiettivi da raggiungere, come pure una metodologia di analisi dei rischi e un elenco di possibili contromisure da considerare[40]. Sarebbe dunque riduttivo interpretare le previsioni contenute nei due regolamenti come semplici obblighi di condotta; appare invece più corretto ritenere che il legislatore abbia inteso costruire un sistema basato su una forma di *accountability* modulata in base alle circostanze.

Si può dedurre, allora, che Waymo, una volta approdato con le proprie flotte in Europa, sarà sottoposto a gradi diversi di responsabilizzazione, proprio perché i modelli di approccio al rischio prescelti dai regolamenti seguono linee non del tutto convergenti. Di conseguenza, non parrebbe corretto parlare di un unico principio di responsabilizzazione ma di un'*accountability* multilivello, che si modula in base alla scelta del legislatore se predefinire o meno le misure di prevenzione del rischio.

Partendo da questi presupposti, emergono due questioni critiche che meritano approfondimento. La prima riguarda come il concetto di rischio si inserisca all'interno del processo di responsabilizzazione e quali implicazioni quest'ultimo comporti sul tradizionale

[40] Sul concetto di *meta-regulation* o *enforced-self regulation*: v. N. ZINGALES, *The DSA as a Paradigm Shift for Online Intermediaries' Due Diligence*, in *Putting the DSA into Practice. Enforcement, Access to Justice and Global Implications*, ed. by J. van Hoboke, J.P. Quintais, N. Appelman, R. Fahy, I. Buri, M. Straub, Berlin, 2023, p. 213 s., il quale, da un lato, evidenzia che «*This approach, which on the one hand leaves businesses with a significant amount of discretion in the implementation of regulatory principles, and on the other involves a process of continuous evaluation and monitoring of the results, has been called 'metaregulation' or 'enforced self-regulation': 'meta' because one (macro) regulator oversees another (micro) regulator in their management of risk; 'enforced' because, in case of inadequacy of the self-regulatory practices, the (macro) regulator has the power to take enforcement measures*», e, dall'altro lato, che «*while the shift to a meta-regulatory model should be welcomed for enabling reflexive and adaptive regulation, we must also be weary of its risk of collapsing in the absence of well-resourced and independent institutions*».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

paradigma della responsabilità giuridica. La seconda, invece, concerne il rapporto che sussiste tra questo piano di anticipazione del rischio e il suo effettivo manifestarsi, con particolare attenzione ai casi di sinistri stradali e alla possibile attribuzione di responsabilità per danni a carico di Waymo.

Tali questioni corrono lungo linee parallele dal momento che, in merito alle auto a guida autonoma, emerge il tema cruciale di come questi sistemi recepiranno le diverse misure di *accountability* e di come la corretta o errata implementazione delle stesse dovrà essere valutata nella determinazione delle responsabilità in caso di incidenti che vedono coinvolti il robot-taxi.

5. Partendo dal primo dei due punti evidenziati, come accennato, una delle criticità maggiori rilevabili nel disegno regolativo europeo risiede nell'assenza di una definizione uniforme di che cosa si intenda per rischio. In effetti, si è osservata la presenza di aggettivazioni differenti di rischio così come di danno, che potrebbero determinare difficoltà nella classificazione unitaria delle condotte lecite o vietate, come pure nella definizione di *best practice* da adottare in logica coordinazione con il principio di *accountability*[41].

Più precisamente: nel GDPR non si riscontra una definizione predefinita di rischio. Per quanto concerne, invece, il concetto di danno, al *considerando* 75 come pure all'art. 82 esso viene qualificato come danno patrimoniale e non patrimoniale (qualificato testualmente come danno materiale e immateriale)[42].

[41] Dello stesso parere S. Tommasi, *Digital Services Act*, cit., p. 293 ss.

[42] Il tema del danno risarcibile ai sensi dell'art. 82 GDPR è questione ampiamente dibattuta in dottrina; per maggiori dettagli si rinvia, *ex multis*, a G.M. Riccio, *Dati personali e rimedi: diritti degli interessati e profili risarcitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, p. 1125 ss.; S. Serravalle, *Il danno da trattamento dei dati personali nel GDPR*, Napoli, 2020; E. Tosi, *funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1115 ss.; Id., *Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell'art. 82 del GDPR UE*, in *Danno resp.*, 2020, p. 433 ss.; S. Patti, *Il risarcimento del danno immateriale secondo la Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, p. 1146 ss.; C. Camardi, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, p. 1136 ss.; Id.,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

Nel *Digital Services Act*, invece, assume un ruolo centrale il concetto di rischio sistemico previsto, ai sensi dell'art. 34, esclusivamente per le piattaforme di grandi dimensioni e definito come un rischio inevitabile (appunto inerente al sistema) anche se da attenuare e derivante dalla progettazione, dal funzionamento del servizio e dei relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici[43]. Ebbene, all'interno dell'articolo dedicato ai rischi sistemici non si fa riferimento specifico al concetto di danno, bensì a tutte quelle pratiche che possono determinare effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali ovvero causare «gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona».

Nel caso dell'AI Act, invece, sono indicate diverse categorie di rischio; categorie che, se per un verso, prendono in considerazione le medesime attività descritte dal DSA, per altro verso, non assumono la medesima distinzione legata alla dimensione della piattaforma o del motore di ricerca[44].

Relativamente al concetto di danno, poi, l'art. 5 dell'AI Act, dedicato alle pratiche proibite, dà rilievo non più, solamente, al danno fisico e mentale, ma adotta una concezione più ampia. Esso parla infatti di *significant harm* ovverosia di danno significativo alla persona o ad un gruppo di persone, quale elemento qualificante una pratica di intelligenza artificiale vietata[45]. In considerazione di ciò, tale configurazione potrebbe aprire a frontiere 'nuove' di danno tecnologico, dal momento che si tratta di una concezione più ampia sia di quella riscontrata nel GDPR che nel DSA.

Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali, in *Jus civile*, 2020, p. 786 ss.; C. Scognamiglio, *Danno e risarcimento nel sistema del Rgpd: un primo nucleo di disciplina euro unitaria della responsabilità civile?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, p. 1150 ss.; G. Calabrese, *Il danno da 'perdita di controllo dei dati personali'*, cit., p. 1112 ss.

[43] Cfr. L. D'Agostino, *Disinformazione*, cit., p. 35 ss.

[44] Dello stesso parere S. Tommasi, *Digital Services Act*, cit., p. 293 ss.

[45] Tale articolo ha subito significativi emendamenti rispetto alla versione originaria contenuta nella proposta. In particolare, si fa riferimento, più ampiamente, al concetto di danno significativo per le persone, e non più, invece, al più ristretto ambito del danno fisico o psicologico. Rileva questo aspetto ancora, S. Tommasi, *Digital Services Act*, cit., p. 295 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

Rispetto a tali aggettivazioni, si possono evidenziare tratti discrepanti tra i regolamenti che potrebbero causare difficoltà di coordinamento pratico, soprattutto per attività complesse come quella del robot-taxi. Facendo qualche esempio, per quanto attiene la piattaforma mediante cui avverrà l'interazione con Waymo, sarà necessario vagliare se i sistemi di raccomandazione per le offerte commerciali o i sistemi di selezione della pubblicità utilizzati, quandanche ammessi dal DSA quale forma di rischio sistemico, rientrino – al contrario – nelle pratiche di intelligenza artificiale vietate ai sensi dell'art. 5 dell'AI Act, perché ritenuti indebitamente manipolativi della volontà dell'utente. Non sarebbe infatti coerente con il sistema di prevenzione tale divaricazione nella definizione di rischio. Si pone poi la questione se, da un lato, il titolare del trattamento possa valutare liberamente e privatamente il rischio relativo al trattamento dei dati personali; mentre, dall'altro lato, il produttore dei sistemi di IA, che si basano proprio sulla lettura ed elaborazione algoritmica di tali dati, sia invece vincolato a seguire una valutazione già precostituita[46].

6. A monte del discorso precedente, emerge come i regolamenti siano l'emblema del fatto che la natura della responsabilità sta acquisendo una dimensione polisemica, meglio ancora, polifunzionale. Sicurezza, prevenzione e precauzione del rischio sembrano essere stati assunti infatti nel novero dei principi ordinanti la tecnologia da parte del legislatore europeo[47].

[46] Non solo, si pongono numerose criticità tra l'esigenza di disporre di un'ingente mole di dati ai fini dello sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale, da un lato, e la necessità di osservare il principio di minimizzazione dettato dal GDPR, dall'altro. Così, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, p. 80 s.

[47] È opportuno specificare, in proposito, che la dottrina – ben prima dell'entrata in vigore di questi regolamenti – ha più volte riconosciuto i principi di prevenzione e di precauzione in riferimento all'interpretazione dell'art. 2050 c.c. Per maggiori dettagli, si rimanda a U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2007; così anche F. SANTONASTASIO, *Principio di precauzione e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa per sua natura. Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contr. impr. eur.*, 2001, p. 21 ss. il quale ricostruisce l'incidenza del principio di precauzione sulla nozione di attività pericolosa, individuando in esso un concetto suscettibile di estendere l'ambito applicativo dell'art.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

Si tratta di enunciati che, a dire il vero, lambiscono da tempo la nozione di attività pericolosa; concetto all'interno del quale rientrano anche il trattamento dei dati personali, come pure la progettazione di sistemi di intelligenza artificiale o la moderazione di contenuti[48]. La novità dei regolamenti consiste allora nell'aver formalizzato questo tipo di approccio.

Si assiste ad una determinazione precostituita di obblighi aventi natura perlopiù procedimentale e deflativi del rischio, in favore degli interessati e degli utenti. Viene individuato poi il soggetto gravato di tali obblighi, a cui viene rimesso un certo margine di discrezionalità rispetto a come interpretarli e attuarli.

Sembra costituirsi, dunque, un nesso sempre più inscindibile tra l'attività del trattamento o di produzione da una parte, la dimensione organizzativa dall'altra e, infine, la predisposizione di misure idonee alla salvaguardia degli interessati-utilizzatori[49]. C'è chi ha parlato, a

---

2050 c.c. anche nel caso in cui non vi sia certezza in merito al rischio cagionato da talune attività. Sul punto anche E. Del Prato, *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 634 ss. Si rinvia, inoltre, a C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 787 ss., per il quale «gli obblighi in cui si concretizza la precauzione […] dalla prospettiva privatistica non sembrano aggiungere significati diversi a quello che trova sintetica espressione nella categoria della colpa». Da ultimo, si considerino i recenti contributi in materia di A. Cioni, *L'influenza indiretta del diritto europeo: il caso dei danni cagionati dai prodotti pericolosi per una riscoperta dell'art. 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 956 ss., come anche, C. Ippoliti Martini, *Il principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, Milano, 2022.

[48] A ben vedere, prima dell'entrata in vigore del Reg. 2016/679/UE, era chiaro il rimando all'art. 2050 c.c. contenuto nel d.lgs. 196/2003 all'art. 15 (ora abrogato). In tal senso, il trattamento dei dati personali è stato inteso dall'ordinamento come attività rischiosa di per sé. Per tutti, si rimanda all'attenta ricostruzione di G. Navone, *Ieri, oggi e domani della responsabilità civile da illecito trattamento dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 132 ss., il quale precisa come «il nostro legislatore volle riferirsi non soltanto alla lettera, ma anche, e forse soprattutto, alla storia applicativa dell'art. 2050 c.c. Per tal modo, infatti, si estese ai dati conseguenti all'illecito trattamento dei dati personali lo statuto normativo della responsabilità per esercizio di attività pericolose».

[49] Così, relativamente alla dimensione del trattamento dei dati personali, M. Renna, *Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1343 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

questo proposito, di cambiamento culturale, dal momento che la normativa incoraggia alla proattività sin dalle prime fasi di progettazione[50].

Alla luce di quanto esposto, il principio di *accountability* sembra orientarsi verso la definizione di una specifica responsabilità di natura procedimentale o, più precisamente, organizzativa, che può essere classificata all'interno della categoria della responsabilità oggettiva per rischio di impresa[51]. È quest'ultimo un modello di responsabilità già adottato dal legislatore europeo anche nella configurazione di altre fattispecie di responsabilità civile, quali la responsabilità da prodotto difettoso (con riferimento al rischio di sviluppo), la responsabilità ambientale e, *de iure condendo*, nell'ambito delle proposte regolative volte a disciplinare la responsabilità derivante dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale[52].

---

[50] In tal senso, L. Califano, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano e C. Colapietro, Napoli, 2017, p. 34, la quale evidenzia come «il regolamento intende uscire dalla logica del mero adempimento formale agli obblighi di legge, per approdare ad un cambiamento culturale importante, in cui la prima aspirazione per titolari e responsabili deve essere quella di ridurre, prevenendoli, i rischi di operazioni non consentite, o comunque non conformi».

[51] Si faccia riferimento, soprattutto, a E. Tosi, *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1115 ss.; A. Mantelero, *Rischio e responsabilità nel reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 144.

[52] Si sofferma sul punto G. Calabrese, *Il danno da perdita di controllo dei dati personali*, cit., p. 1114. Sul tema della sicurezza dei prodotti, per tutti si v. E. Al Mureden, *Sicurezza dei prodotti e responsabilità del produttore*, in *Profili attuali di diritto dei contratti per l'impresa*, a cura di M.N. Bugetti, Torino, 2020, p. 249 ss.; Id., *Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'Unione europea*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 686 ss.; Id., *Sicurezza ragionevole degli autoveicoli e responsabilità del produttore nell'ordinamento italiano e negli Stati Uniti*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1505 ss.; G. Alpa (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Milano, 2019; P. Pardolesi, *Riflessioni sulla responsabilità da prodotto difettoso in chiave di analisi economica del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 87 ss.; R. D'Arrigo, *La responsabilità del produttore. Profili dottrinali e giurisprudenziali dell'esperienza italiana*, Torino, 2006. Più risalente sul punto, F. Galgano, *Responsabilità del produttore*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 995.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

In questa prospettiva non pare azzardato ritenere che tutti i testi normativi prediligano una prospettiva di anticipazione dell'evento dannoso derivante da un'attività di impresa. In specie, essi prevedono, al loro interno, una serie di figure che si pongono in logica coordinazione con la prospettiva 'responsabilizzante' del soggetto individuato, di volta in volta, dalla normativa; si pensi, ad esempio, alle informazioni obbligatorie da rendere, agli obblighi di predisposizione di misure tecniche e di sicurezza, alle previsioni in materia di *data governance*, etc.[53].

L'introduzione del principio di *accountability* apre quindi all'idea di un agire responsabile volto alla deterrenza di possibili condotte lesive, sicché in tale modello sembrerebbe determinarsi un riposizionamento all'indietro rispetto alla tradizionale linea di responsabilità per danni. In specie, esso si propone come obiettivo principale quello della prevenzione e, solo in subordine, si preoccupa della riparazione dei danni eventualmente cagionati[54]. Proprio per la sua portata innovativa, vi è chi definisce l'*accountability* come 'principio dei principi', dal momento che la sua osservanza garantisce il rispetto di tutti gli altri principi generali[55].

In questa prospettiva, siffatto approccio sembra riflettersi anche sulla figura della *liability* giacché il binomio sicurezza (tutela *ex ante*) e responsabilità (tutela *ex post*) pare sempre più inscindibile[56].

Detta altrimenti, la figura della responsabilità sta assumendo nel contesto tecnologico una veste sempre più sfaccettata e polifunzionale. Tale evoluzione impone dunque una riflessione sui cambia-

---

[53] Cfr. A. Bernes, *Dalla responsabilità civile alla responsabilità sociale d'impresa nella protezione dei dati personali: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2023, p. 658 ss.

[54] In proposito, ancora, A. Bernes, *Dalla responsabilità*, cit., p. 658 ss.

[55] Si esprime in tal senso, rispetto soprattutto al GDPR, R. Celella, *Il principio di responsabilizzazione: la vera novità del GDPR*, in *Cyberspazio e diritto*, 2018, p. 211 ss.

[56] Rispetto all'approccio olistico dell'Unione, si rimanda a E. Bellisario, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno resp.*, 2023, p. 153 ss.; si è interrogato recentemente sul tema anche T. De Mari Casareto dal Verme, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Uno studio sui criteri di imputazione*, Trento, 2024, p. 319 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

menti che il paradigma della responsabilità sta assumendo. Alla luce dei principi europei in materia, emerge come questione fondamentale comprendere in che modo il concetto classico del *respondere* stia venendo ridefinito e trasformato dall'innovazione tecnologica e dal quadro normativo che tenta di regolarla.

Nella disamina del significato di responsabilità sembra inserirsi, infatti, un'accezione differente del termine che evoca un'aspettativa più ampia: a monte di un effettivo danno, l'*accountability* traccia l'obbligo di un'attività libera ma vigilata, a tutela dell'affidamento di un livello di sicurezza appropriato. Il presupposto giustificativo di tale arretramento della condotta consterebbe nel fatto che – mediante la prevenzione – sia possibile incidere in modo significativo sull'evento finale. Invero, i doveri di prevenzione, di mantenimento di un livello adeguato di sicurezza e di reazione tempestiva in caso di violazioni della sicurezza divengono funzionali ad assicurare la piena tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche coinvolte[57].

In tal senso, sembra rinvenirsi una certa forma di pressione su colui che ha coordinato l'attività rischiosa, per indurlo a razionalizzarla nel miglior modo possibile[58]. L'*agere* deve concretizzarsi, di fatto, in un'utilità effettiva per l'interessato, ovvero garantire quest'ultimo dal verificarsi di eventi lesivi che sono prevedibili e, dunque, risolvibili *ex ante*. Ecco che allora è possibile scorgere, in capo al titolare-fornitore, un obbligo giuridico di diligenza professionale nell'adozione di siffatte misure tecniche e organizzative; un obbligo che va oltre la mera verifica della compatibilità con le disposizioni del Regolamento, poiché le misure prescelte devono volgere alla realizzazione della massima efficacia pratica[59].

Dietro questa logica responsabilizzante di colui che trae utilità dall'utilizzo del bene tecnologico parrebbe configurarsi una visione del diritto civile con funzione regolatoria[60]. In specie, nel contesto

[57] Così, M. Renna, *Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1343 ss.

[58] Della stessa opinione, C. Camardi, *Note critiche*, cit., p. 786 ss.

[59] Ancora, A. Bernes, *Dalla responsabilità*, cit., p. 670.

[60] Sul tema del diritto civile regolatorio si osservi C. Attanasio, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022; A. Zoppini, *Diritto privato ge-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

dell'impresa *tech*, viene richiesto ai nuovi protagonisti digitali un livello sempre più alto di proattività nell'assunzione delle misure a prevenzione del rischio, accompagnato da una crescente attenzione all'impatto sociale di tali tecnologie innovative da loro sviluppate, come nel caso emblematico di Waymo.

Questa impostazione si riflette in modo significativo, tanto sulla qualificazione della condotta antigiuridica, quanto sull'attribuzione della responsabilità per l'evento dannoso.

La condotta illecita potrebbe infatti configurarsi, in astratto, ogni volta che le misure adottate risultino insufficienti o inidonee rispetto agli *standards* normativamente previsti. L'obbligo risarcitorio, pertanto, emergerebbe in tutti i casi in cui si verifichi una violazione del legittimo affidamento riposto nell'azione conforme (*compliant*) del soggetto designato quale responsabile[61]. In proposito, spetterà al titolare e al fornitore l'onere di dimostrare l'adeguatezza delle misure implementate in relazione allo specifico trattamento o alla progettazione effettuata, determinando così un'inversione dell'onere probatorio rispetto al regime classico della responsabilità civile[62].

---

nerale, diritto speciale, diritto regolatorio, in *Ars Interpretandi*, 2, 2021, p. 37 ss.; ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020; A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, p. 23 ss.; così anche ai contributi contenuti in A. ZOPPINI, M. MAUGERI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009. Si segnala, in proposito, anche le recenti riflessioni di T. DALLA MASSARA, E. NERVI, *Il contratto è politica, riflessioni sul contemporaneo in una conversazione con Giuseppe Guizzi*, Torino, 2024.

[61] A questo ultimo tema si collega anche la questione di quale sia la lesione effettivamente patita dall'utilizzatore del sistema di intelligenza artificiale e interessato al trattamento. Tendenzialmente, infatti, la lesione sofferta dall'utente di servizi digitali è difficilmente individuabile in termini di conseguenze dannose prodotte o, comunque difficilmente quantificabile, trattandosi perlopiù di un danno non patrimoniale. Questo anche in ragione del fatto che spesso si tratta di lesioni minime a livello individuale ma che coinvolgono serialmente una pluralità di utenti. Approfondisce il tema, A. BERNES, *Dalla responsabilità*, cit., p. 670.

[62] Pertanto, l'obbligo risarcitorio non discenderebbe esclusivamente dagli effetti lesivi causati all'esito del trattamento o della progettazione del sistema di intelligenza artificiale, ma anche da ciò che è successo ancora prima che essi si verificassero in concreto, cioè a fronte dell'assenza o della sostanziale inidoneità delle misure tecniche ed organizzative richieste. In merito, F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in *Circolazione e protezione dei dati perso-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

7. Delineati i tratti caratterizzanti di questa nuova forma di responsabilità, occorre soffermarsi sul secondo nodo critico precedentemente appuntato: come valutare l'interazione tra le misure di *accountability* imposte dai regolamenti e il processo decisionale autonomo di veicoli come Waymo, specialmente nell'ipotesi di incidenti che vedono coinvolto quest'ultimo[63]. La domanda che si pone è

nali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018. Scritti in memoria di S. Rodotà, a cura di R. Panetta, Milano, 2019, p. 445 ss., in spec. p. 461 laddove viene specificato che «se il danno si verifica, è del tutto inconferente il grado di colpevolezza che ha caratterizzato la loro condotta: potremmo definirla una responsabilità per pura causalità».

[63] La dottrina si è recentemente interrogata a fondo sul tema della responsabilità da sinistro stradale causato dalla circolazione di un'auto a guida autonoma. V. per tutti, A. Albanese, *Mobilità del futuro e funzione preventiva della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, p. 439 ss.; G. Calabresi, E. Al Mureden, '*Driverless cars' e responsabilità civile*, in *Dir. bancario*, 2020, p. 7 ss.; E. Al Mureden, *Autonomous car*, cit., p. 895 ss.; M. Ratti, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1182 ss.; S. Pellegatta, *Automazione nel settore 'automotive': profili di responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1419 ss.; A. Albanese, *La responsabilità civile per i danni da circolazione dei veicoli ad elevata automazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1007 ss.; F.P. Patti, *The European Road*, cit., p. 125 ss.; G. Votano, *La responsabilità da circolazione stradale nella fase di transizione dai veicoli tradizionali alle auto a guida automatica*, in *Danno resp.*, 2019, p. 330 ss.; D. Cerini, A. Pisani Tedesco (a cura di), *'Smart mobility', 'smart cars' e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, Torino, p. 2019; A. Davola, *A Model for Tort Liability in a World of Driverless Cars: Establishing a Framework for the Upcoming Technology*, in *Idaho L. Rev.*, 2018, p. 592 ss.; A. Davola, R. Pardolesi, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ('driverless')?*, in *Danno resp.*, 2017, p. 625 ss.; U. Ruffolo, *'Self-driving car', auto 'driverless' e responsabilità*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2017, p. 39 ss.; M.C. Gaeta, *Automazione e responsabilità civile automobilistica*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1725. Si segnala, in proposito, come anche negli Stati Uniti sia ancora acceso il dibattito circa il tema della responsabilità in caso d'incidente con autoveicoli a guida autonoma. In proposito, rimane aperta la questione sul soggetto che dovrebbe assumersi siffatta responsabilità. Per un maggior approfondimento del tema si segnalano i contributi di T. Winkle, *Product Development within Artificial Intelligence, Ethics and Legal Risk. Exemplary for Safe Autonomous Vehicles*, Munich, 2022; K. Atkinson, *Autonomous cars: a driving force for change in motor liability and insurance*, in *17 Scripted*, 2020, p. 125 ss.; M. Chatzipanagiotis, G. Leloudas, *Automated vehicles and third-party liability: a European perspective*, in *University of Illinois Journal of Law, Tech. and Policy*, 2020, p. 109 ss.; K.S. Abraham, R.L. Rabin, *Automated vehicles and manufacturer responsability for accidents: a new legal*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

come i sistemi di intelligenza artificiale elaboreranno e applicheranno le misure di *accountability* implementate al loro interno e come ciò potrebbe influire sull'attribuzione delle responsabilità in caso di sinistri.

È necessario tenere a mente, anzitutto, che l'indipendenza che contraddistingue sempre più la c.d. 'volontà macchinica' non consente di tracciare una linea diretta tra *input* (la programmazione umana) e *output* (le azioni del veicolo a guida autonoma). Detta altrimenti, i moderni sistemi di intelligenza artificiale sviluppano una capacità decisionale autonoma che crea una discontinuità tra queste fasi precedentemente connesse. Inoltre, questi sistemi algoritmici avanzati si contraddistinguono per un'intrinseca opacità, in quanto assimilabili a scatole nere all'interno delle quali è di fatto impossibile ricostruire il percorso logico che ha portato ad una determinata decisione[64].

La combinazione di questi due fattori rende particolarmente spinosa l'identificazione e l'attribuzione delle responsabilità qualora si verifichi un sinistro stradale che vede coinvolta una macchina a guida autonoma come Waymo. In simili ipotesi, è ragionevole prevedere l'assenza di un rapporto diretto di causa-effetto tra condotta

---

regim for a new era, in *105 Virginia L. Rev.*, 2019, p. 127 ss.; D. Adkisson, *System-Level Standards: Driverless Cars and the Future of Regulatory Design*, in *University of Hawaii L. Rev*., 2018, p. 1 ss.; T. Hresko Pearl, *Fast & furious: the misregulation of driverless cars*, in *73 New York University annual survay of american law*, 2017, p. 19 ss.; M. Geistfeld, *A Road Map for Autonomous Vehicles*, cit., p. 1611 ss.; G.E. Marchant, R.A. Lindor, *The Coming Collision between Autonomous Vehicles and the Liability System*, in *Santa Clara L. Rev*., 2012, p. 1321 ss.

[64] In quella che è stata efficacemente definita come «*Black Box Society*» da F. Pasquale, *The Black Box Society. The secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, 2015, la trasparenza dei processi che porta all'acquisizione e all'elaborazione delle informazioni relative alle operazioni algoritmiche del software incorporato nel prodotto è una questione centrale nella valutazione della difettosità. Per una prospettiva più ampia v. E. Pellecchia, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della 'black box society': qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della 'responsible research and innovation'*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1209 ss.; C.A. Tschider, *Beyond the Black Box*, in *Denver L. Rev*., 2018, p. 683 ss.; G. Sartor, F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020, p. 68 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

umana ed incidente, dal momento che tra la programmazione iniziale del veicolo e il sinistro si interpone un sistema di interazioni difficilmente prevedibili *ex ante*; come accennato, la macchina elabora costantemente dati personali ed ambientali, prende decisioni in tempo reale e si adatta alle condizioni mutevoli del traffico[65]. Ne deriva che l'avvento dei veicoli autonomi determinerà un sostanziale superamento della tradizionale centralità dell'errore umano quale principale fattore causale degli incidenti stradali.

Pertanto, l'unico parametro di valutazione dell'affidabilità di tali sistemi parrebbe essere la corretta e continuativa implementazione delle misure di sicurezza prescritte dalla normativa di riferimento. Sicché, il processo di responsabilizzazione delle macchine a guida autonoma e *lato sensu* di educazione alla scelta diverrà verosimilmente un fattore piuttosto rilevante nella ponderazione delle diverse condotte ritenute concausa dell'incidente, soprattutto nell'ipo-

[65] In proposito, occorre menzionare il c.d. *trolley problem*. La formulazione originale di questo problema coinvolgeva il conducente del tram, il cui ruolo è pienamente analogo al conducente di un veicolo autonomo (il sistema operativo), in proposito v. P. Foot, *Virtues and Vices and other essays in moral philosophy*, Berkeley, 1978, p. 19 ss. Il problema del *trolley* è stato successivamente riformulato nel seguente modo: se, dati due binari, sia o meno corretto ritenere doveroso che un osservatore sia tenuto ad impedire che il tram prosegua sulla propria strada dove si trovano cinque persone, mediante l'azionamento di un interruttore che devierebbe il tram sull'altro binario dove si trova un singolo lavoratore, il quale sarebbe dunque destinato a morire per salvarne cinque. Vedi J.J. Thomson, *The Trolley Problem*, in *94 Yale L. Journ*., 1985, p. 1395 ss.; Id., *Turning the trolley*, in *Philos Public Aff.*, 2008, p. 359 ss. Questa versione del problema del *trolley* ha attirato considerevole attenzione anche per quanto attiene le *driverless cars.* Si segnalano in proposito: H. Zhan, D. Wan, *Ethical Considerations of the Trolley Problem in Autonomous Driving: A Philosophical and Technological Analysis*, in *World Electr. Veh. Journ.*, 2024, p. 403 ss.; J. Caro Burnett, S. Kaneko, *Is Society Aeady for AI ethical decision making? Lessons from a Study on Autonomous Cars*, in *J. Behav. Exp. Econ.*, 2022, p. 101881 ss.; E. Awad, S. Dsouza, R. Kim, J. Schulz, J. Henrich, A. Shariff, J.F. Bonnefon, I. Rahwan, *The Moral Machine Experiment*, in *Nature*, 2018, p. 59 ss.; J.F. Bonnefon, A. Shariff, I. Rahwan, *The Social Dilemma of Autonomous Vehicles*, in *Science*, 2016, p. 1573 ss.; Id., *Psychological roadblocks to the adoption of self-driving vehicles*, in *Nature Human Behaviour*, 2017, p. 694 ss.; S. Nyhom, J. Smids, *The Ethics of Accident-Algorithms for Sef-Driving Cars: an Applied Trolley Problem?*, in *Ethic Theory Moral Practice*, 2016, p. 1275 ss.; F. Kamm, *The trolley mysteries*, Oxford, 2015; N.J. Goodall, *Machine Ethics and Automated Vehicles*, in *Road Vehicle Automation*, eds. by G. Meyer, S. Beiker, Dordrecht, 2014, p. 93 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

tesi in cui quest'ultime risultassero non conformi agli *standard* di sicurezza prestabiliti.

Di conseguenza, il fulcro dell'imputazione della responsabilità sembra traslare dall'elemento della condotta attiva, durante la circolazione stradale, alla diligenza nell'amministrazione *ex ante* del sistema, con riferimento soprattutto alla garanzia della sicurezza della circolazione, grazie all'implementazione delle misure imposte. Sicché, il rapporto dialettico tra *accountability* e *liability* risulterà caratterizzato da un vincolo di interdipendenza sempre più stringente, destinato a consolidarsi ulteriormente con la diffusione di tali veicoli automatizzati nel mercato unico.

È ragionevole ritenere, dunque, che il legame tra i due profili di responsabilità (*ex ante* ed *ex post*) costituirà presumibilmente un elemento distintivo del nuovo paradigma normativo in materia di circolazione dei veicoli autonomi.

In virtù del quadro tratteggiato, i soggetti gravati dagli obblighi di *compliance* europea – segnatamente il fornitore dell'algoritmo, il produttore del veicolo e il proprietario dello stesso – saranno tenuti, ciascuno nel proprio ambito di competenza, all'implementazione delle prescritte misure di sicurezza[66].

[66] Non si è volutamente accennato, in proposito, al tema dibattuto in dottrina se dotare la macchina stessa di una propria personalità al fine di assicurare una responsabilità diretta, con patrimonio con cui risponderne. In proposito, v. U. Ruffolo, *La 'personalità elettronica'*, in *Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 213 ss.; Id., *Il problema della personalità elettronica*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, II, 2020, p. 75 ss.; v. poi P. Moro, *Macchine come noi. Natura e limiti della soggettività robotica*, in *L'intelligenza artificiale*, cit., p. 45 ss.; U. Ruffolo, A. Amidei, *Intelligenza artificiale e diritti della persona: le nuove frontiere del 'transumanesimo'*, in *Giur. it*., 2019, p. 1658 ss.; E. Quarta, *Soggettività dei robots e responsabità*, in *La nuova proc. civ*., 2018, p. 1 ss.; non può che essere citato sul tema, infine, G. Teubner, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 2018, p. 155 ss., trad. it., *Soggetti giuridici digitali? Sullo 'status' privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019; sul tema, in generale, si rinvia anche ai contributi contenuti nell'ultimo fascicolo monografico 2024 di *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica europea* intitolato emblematicamente *Le soggettività*. Per quanto attiene, nello specifico, al rapporto tra autoveicolo e proprietario dello stesso, vi è chi ha richiamato l'antico rapporto tra schiavo e *dominus*, v. M. Gemelli, *Il robot come 'servus novus': spunti di comparazione e tentativi storici di approccio alla disciplina della odierna intelligenza artificiale*, in *Cammino diritto*, 2023, p. 91 ss.;

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

Tale ripartizione degli obblighi trova esemplificazione paradigmatica nel caso di Waymo, laddove la I-Pace, vettura integralmente elettrica prodotta da Jaguar, incorpora il *software* di guida autonoma sviluppato da Google Alphabet; oltre a ciò, si tenga presente che Waymo sta perfezionando numerose *partnership* commerciali con operatori di trasporto non di linea, *in primis* Uber, per la fornitura di veicoli autonomi destinati ai servizi di trasporto passeggeri e consegna alimentare[67].

Tuttavia, si appunta che la complessità tecnico-strutturale intrinseca a questi autoveicoli renderà oltremodo complessa – sul piano del binomio *accountability-liability* – una netta demarcazione degli obblighi e delle connesse responsabilità del produttore del veicolo e lo sviluppatore del *software*, attesa l'interdipendenza dei rispettivi ruoli, sia nella fase iniziale di progettazione e di realizzazione, sia nel successivo stadio di immissione del veicolo sul mercato[68].

L. Franchini, *Disciplina romana della schiavitù e intelligenza artificiale odierna. Spunti di comparazione*, in *Dir. mer. tec.*, 2020, p. 1 ss.; N. Busto, *La personalità elettronica dei robot: logiche di gestione del rischio tra trasparenza e fiducia*, in *Ciberspazio e diritto*, 2017, p. 500 ss. Si vedano, inoltre, le interviste pubblicate su rinomate testate giornalistiche di L. Floridi, *Roman Law offers a better Guide to Robot Rights than sci-fi*, in *Financial Times*, 22 febbraio 2017, p. 12 ss.; E. Cantarella, *Chi paga i danni di un robot? La risposta è nell'antica Roma*, in *Corriere della Sera*, 24 febbraio 2017, p. 25.

[67] *https://waymo.com/blog/2024/09/waymo-and-uber-expand-partnership*.

[68] In tutte le vicende che hanno coinvolto auto a guida autonoma, si è riscontrato il tema dell'interconnessione, nella definizione della responsabilità, tra produttore del *software*, produttore del veicolo e conducente (o proprietario). Si osservi, in proposito, il c.d. caso Uber-Elain Herzberg, verificatosi nel 2018, a Tempe in Arizona. Si è trattato del primo incidente mortale documentato con un veicolo a guida autonoma. Il veicolo Uber, una Volvo XC90 in modalità autonoma, investì la Signora Herzberg mentre attraversava la strada con la bicicletta. L'analisi tecnica rivelò che il sistema aveva rilevato la sua presenza sei secondi prima dell'impatto, classificandola in modo progressivo come oggetto sconosciuto, veicolo e infine bicicletta. Un secondo e mezzo prima dello scontro, il sistema aveva riconosciuto la necessità di una frenata di emergenza, ma non era progettato per avvisare l'operatore umano, che nel frattempo risultava distratto e non è pertanto intervenuto tempestivamente. Come conseguenza, Uber sospese immediatamente i test sui veicoli autonomi in Arizona e raggiunse un accordo risarcitorio privato con la famiglia della defunta Signora Herzberg. Per maggiori dettagli sulla vicenda si rimanda al seguente articolo, *https://www.bbc.com/news/technology-54175359*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

In secondo luogo, anche il proprietario si dovrà inserire in questo processo articolato di prevenzione dei rischi, dal momento che avrà l'obbligo di mantenere il veicolo costantemente aggiornato, atteso che eventuali omissioni o inesattezze nell'esecuzione degli aggiornamenti potrebbero concorrere causalmente al verificarsi di eventi dannosi[69].

Ebbene, a fronte di questa prospettiva di azione combinata tra più attori, una possibile soluzione potrebbe essere quella di stilare modelli di *best practice* utili a questi soggetti per la ripartizione e gestione delle misure preventive del rischio; tutto ciò nell'ottica di un approccio che punti a nuove forme di co-responsabilizzazione tra i soggetti, soprattutto nel caso di imprevedibili malfunzionamenti del veicolo[70].

Ciononostante, è doveroso evidenziare come – anche all'interno di questa impostazione di prevenzione del rischio condivisa tra più soggetti – permanga un ineliminabile margine di aleatorietà, in quanto gli eventi dannosi potrebbero scaturire, non tanto da un'erronea implementazione di siffatte misure, quanto piuttosto da una concatenazione di micro-decisioni algoritmiche, le quali risultano influenzate da una serie di variabili non prevedibili *ex ante*.

Nelle ipotesi di decisioni autonome da parte della macchina, che deviano da ogni pronostico e che determinano un incidente, occorrerà allora porre dei limiti all'eventuale responsabilità degli attori gravati dagli obblighi di *compliance*[71].

---

[69] Della stessa opinione sono A. Davola, R. Pardolesi, *In viaggio col robot*, cit., p. 620, in cui specificano che «bisogna prendere atto che il ripensamento della responsabilità civile nel settore automobilistico dovrà necessariamente coinvolgere la figura del proprietario del mezzo».

[70] In proposito, nel caso di difetti di funzionamento del veicolo, nonché da condotte umane anomale, potrebbe continuare ad essere disciplinato ricorrendo alle regole che attualmente governano la responsabilità del fabbricante, in proposito v. E. Al Mureden, *Event data recorder*, cit., p. 402.

[71] In merito, v. sempre E. Al Mureden, *L'Automazione della guida*, cit., p. 167 ss., in cui richiamando la c.d. *preemption doctrine*, di tradizione americana, evidenzia come la conformità del veicolo agli *standard* normativi richiesti, costituisce «un limite oltre a cui non è configurabile una responsabilità civile in capo al produttore che abbia immesso sul mercato un veicolo conforme». Di conseguenza, la

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

Per un verso, sarebbe, in effetti, sproporzionata l'attribuzione di una responsabilità a questi soggetti anche in un'ipotesi di avveramento del rischio che avviene nonostante la piena conformità del mezzo rispetto agli standard normativi richiesti. Si tratterebbe, a ben vedere, di un caso fortuito[72].

Per altro verso, tuttavia, questa impostazione rischierebbe di far ricadere sui terzi le conseguenze dannose dei rischi non previsti o non evitati che occorrono dalla guida del veicolo[73]. In questa prospettiva, difatti, il corretto adempimento degli obblighi di *accountability* potrebbe assumere una valenza protettiva per fornitori, produttori e proprietari del veicolo a guida autonoma. Difatti, l'assunzione delle misure preventive richieste potrebbe configurarsi, in astratto, come un elemento esimente della responsabilità, data l'accidentalità dell'evento nemmeno sventato dalla corretta *compliance*; aspetto particolarmente significativo se si considera la natura intrinsecamente opaca di sistemi intelligenti come Waymo. Di conseguenza, nel caso di incidenti causati da veicoli conformi agli *standard* legislativi, il tema dell'allocazione dei costi scaturenti dalle attività lesive si rivelerà verosimilmente ancora più spinoso.

In via generale, a seguito dell'introduzione di veicoli intelligenti come Wayo, si porrà sempre più il tema di dover dar vita ad un quadro normativo idoneo a fornire un sufficiente livello di certezza e di prevedibilità riguardo alle responsabilità scaturenti dalla commercializzazione e dalla circolazione di simili mezzi altamente automatizzati ed un'efficace allocazione dei costi degli incidenti causati dalla loro circolazione.

In quest'ottica, alla luce delle diverse criticità emerse, in una prospettiva *de iure condendo* autorevole dottrina suggerisce che una

---

regulatory compliance fungerebbe anche da forma di difesa per i soggetti sottoposti a tali obblighi.

[72] Si rimanda in proposito al recente saggio di A. GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, in *Contr. impr*., 2024, p. 1043 ss. spec. p. 1049 ove l'Autore specifica che «L'apparato normativo di prevenzione sembra indirizzato a far sì che i sistemi risultino conformi all'insieme di requisiti e cautele richiesti dal regolamento. Ciò può far presumere che, se i sistemi sono conformi, l'eventuale avverarsi di un rischio che neppure la conformità ha potuto evitare fuoriesca dall'area di responsabilità di fornitori, importatori, distributori, *deployer*».

[73] Nuovamente, v. A. GENTILI, *Regole*, cit., p. 1049.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

possibile soluzione sarebbe quella di «socializzare i costi dei nuovi incidenti causati dall'automazione». Tale proposta si ispira al modello statunitense del c.d. *Market Enterprise Responsability*, che prevede l'istituzione di un fondo collettivo per la gestione del rischio, alimentato direttamente dai contributi degli operatori del settore dell'automazione e finalizzato a garantire il risarcimento dei danni causati da sistemi automatizzati[74]; un'ipotesi che, a ben vedere, si porrebbe in linea con la logica alla base del principio di *accountability* quale forma di responsabilità oggettiva per rischio di impresa.

Detta soluzione offrirebbe un vantaggio duplice: per un verso consentirebbe di superare le criticità probatorie inerenti all'individuazione del nesso causale tra la condotta dei singoli attori e l'evento dannoso; per altro verso assicurerebbe una tutela più efficace ed immediata ai soggetti danneggiati, evitando loro l'onere di complesse e, soprattutto, costose azioni legali contro i giganti del *tech* dall'esito verosimilmente incerto.

Conseguentemente, l'istituzione del fondo realizzerebbe un meccanismo di equa ripartizione del rischio derivante dall'impiego di sistemi caratterizzati da livelli 4 o 5 di automazione tra tutti i soggetti della filiera, evitando una concentrazione sproporzionata degli oneri risarcitori in capo a taluni attori. Tale soluzione consentirebbe l'implementazione di un paradigma di responsabilità solidale e ripartita, idoneo a promuovere l'adozione di prassi virtuose e l'innalzamento degli *standard* di sicurezza da parte di tutti i soggetti coinvolti.

Una simile impostazione si porrebbe in linea, peraltro, con quella visione regolatoria del diritto civile a cui precedentemente si accennava, in quanto, anche nell'ipotesi di verificazione dell'evento dannoso, viene richiesto agli operatori del settore un più elevato grado di proattività, nell'ottica della socializzazione del danno e della tutela dei soggetti maggiormente vulnerabili.

8. Nella prospettiva dell'evoluzione dei sistemi di trasporto autonomo di livello 4 o 5 di automazione come esemplificato dal caso Waymo, il paradigma della responsabilità civile è chiamato ad assu-

[74] Nuovamente sul punto E. Al Mureden, *L'Automazione della guida*, cit., p. 170 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

mere una connotazione marcatamente polifunzionale, assurgendo a strumento di regolazione del mercato digitale.

Le *driverless cars* rappresentano il punto di svolta di una rivoluzione *disruptive* del settore della mobilità: esse sono destinate non solo a ridefinire radicalmente il comparto dei trasporti, ma ad imporre, altresì, una rivisitazione sostanziale delle categorie giuridiche tradizionali, le quali dovranno necessariamente essere oggetto di una rilettura attraverso rinnovate prospettive ermeneutiche, al fine di garantirne l'armonizzazione con i principi e le logiche sottese a tali sistemi tecnologicamente avanzati, in un'ottica di efficace contemperamento tra innovazione e tutela dei diritti fondamentali.

Tale processo di adattamento risulta particolarmente significativo, soprattutto con riferimento ai diversi profili della responsabilità che attengono alla circolazione stradale di veicoli a guida autonoma.

In tal senso, il rapporto che astringe *accountability* e *liability* impone una riflessione sulla struttura e sulle funzioni che oggi può svolgere la responsabilità nel regolare la circolazione di veicoli a guida autonoma e i possibili sinistri che vedranno tali auto coinvolte.

L'introduzione sistematica di diversi piani di *accountability* in tutti gli atti regolativi afferenti al settore digitale, unitamente all'estensione del concetto di responsabilità verso una dimensione preventiva multilivello, operante in sinergia con la tradizionale figura della responsabilità per danni, determina una sostanziale ridefinizione del paradigma nel suo complesso. In questa prospettiva, si assiste ad un progressivo arretramento della soglia del *respondere*, tale per cui le diverse declinazioni dell'*accountability* assumono una rilevanza preminente rispetto alla *liability* nei settori caratterizzati da elevata automazione.

La funzione sociale sottesa alla prevenzione del rischio pare porsi in diretta correlazione con una visione del diritto civile con funzione regolatoria. È evidente, infatti, che gli operatori del mercato sono chiamati ad un crescente livello di proattività nell'implementazione delle prescritte misure di *compliance* richieste, nonché un'attenzione particolare all'impatto sociale che le nuove tecnologie da loro prodotte, come Waymo, possono avere.

Tale impostazione, pur presentando delle criticità applicative, si inserisce coerentemente nel quadro dei principi europei di ultima generazione, volti alla tutela dei diritti fondamentali della persona nel

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

contesto dell'accelerazione tecnologica determinata dall'avvento di sistemi come Waymo.

Si tratta, a ben vedere, di principi che si atteggiano a 'contro-limiti' che tentano di ponderare l'incedere della *techne* e, in un certo senso, di quella che può essere definita la 'volontà macchinica'.

Abstract

Il contributo esamina l'impatto dell'arrivo in Europa delle auto a guida autonoma, come Waymo, sul paradigma della responsabilità civile. In particolare, si sofferma sul necessario coordinamento tra le nuove cornici regolatorie europee: GDPR, AI Act e DSA. Pur accomunati da un approccio *risk-based*, questi strumenti definiscono in modo diverso rischio, danno e responsabilità. Ne deriva un'*accountability* multilivello che incide soprattutto sulla gestione dei sinistri: con i veicoli autonomi l'asse si sposta dall'errore umano alla diligenza *ex ante* e all'aggiornamento continuo delle misure di sicurezza, con possibile inversione dell'onere probatorio a carico di fornitori, produttori e proprietari, e con nuove difficoltà di riparto dovute all'opacità algoritmica.

The article examines the impact of the arrival in Europe of autonomous vehicles (such as Waymo) on the civil-liability paradigm. In particular, it focuses on the need to ensure coordinated application of the new EU regulatory frameworks – the GDPR, the AI Act and the DSA. Although they share a risk-based approach, these instruments articulate risk, harm and liability in different ways. This gives rise to a "multi-level accountability" that chiefly affects the handling of accidents: with autonomous vehicles, the emphasis shifts from human error to ex ante diligence and the continuous updating of safety measures, with a possible reversal of the burden of proof onto suppliers, manufacturers and owners, and with new difficulties in allocating liability due to algorithmic opacity.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-11-Bazzoni

Pietro Villaschi

TARGETING POLITICO-ELETTORALE *ONLINE*, TUTELA DEI DATI PERSONALI E FORMAZIONE DELL'OPINIONE PUBBLICA: I NUOVI REGOLAMENTI DELL'UNIONE EUROPEA ALLA RICERCA DI UN (DIFFICILE) EQUILIBRIO

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il *targeting* politico-elettorale *online*: coordinate fondamentali. – 3. Le conseguenze del *targeting* politico-elettorale *online*. – 4. Il cambio di passo dell'Unione europea: dal *Digital Services Act*, al Regolamento relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica, all'*Artificial Intelligence Act*. – 5. Una decisione inedita: la sentenza della Corte costituzionale rumena del 6 dicembre 2024. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Al tempo del cosiddetto "capitalismo della sorveglianza"[1], la comunicazione politica sta subendo processi di evoluzione profonda e ancora non pienamente comprensibili nella loro esatta portata.

La diffusione di una comunicazione sempre più monodirezionale e disintermediata, la circolazione di notizie false e la disseminazione di disinformazione, la capacità di chiunque di ricevere, ma anche di farsi produttore di informazione, l'emersione di figure carismatiche che sanno approfittare delle opportunità offerte dalle piattaforme digitali stanno radicalmente cambiando il modo di "fare politica".

In questo quadro, in rapida e mutevole evoluzione, uno degli strumenti più significativi consiste nel ricorso al *targeting* politico-elettorale, ossia all'invio di messaggi *marked oriented* a gruppi selezionati di elettori allo scopo di intercettarne le rispettive preferenze.

[1] S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Londra, 2019.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

Ciò è particolarmente vero nei periodi di campagna elettorale, ove una profilazione massiva gioca un ruolo decisivo nella costruzione e nella manipolazione del consenso[2].

Questo fenomeno incide sul diritto dei cittadini-elettori, che nella realtà digitale sono anche utenti, ad essere informati e, più in generale, sul principio del pluralismo dei media, che, come emerge nella giurisprudenza costituzionale[3], costituiscono un presupposto fondamentale per il funzionamento del sistema democratico.

Non solo. Il ricorso a queste pratiche, nel favorire un rapporto sempre più diretto tra elettori ed eletti, ha un effetto di "rimbalzo" sul sistema politico-partitico, incentivando l'ascesa sulla scena pubblica di *leader* carismatici "digitali" che proprio da una comunicazione priva di barriere traggono la loro forza. Più di recente, si assiste a un fenomeno nuovo, ossia all'alleanza tra queste figure carismatiche e i proprietari delle grandi piattaforme digitali su cui la comunicazione politica si svolge, in un intreccio di interessi politici ed economici non sempre chiaro.

Più in generale, evidenti sono le conseguenze sui sistemi democratici nel loro insieme, in termini di qualità del discorso pubblico e politico, di strutturazione del rapporto tra rappresentanti e rappresentati, di gestione delle campagne elettorali e, in definitiva, di esito delle elezioni, dato il rischio di distorsione del consenso al quale queste pratiche espongono.

---

[2] Cfr. F. Balaguer Callejon, *La Constituciòn del algoritmo*, Madrid, 2023, p. 68 ss.

[3] *Ex plurimis*, cfr. Corte cost., sent. n. 202 del 1976; Corte cost., sent. n. 148 del 1981; Corte cost., sent. n. 826 del 1988, Corte cost., sent. n. 112 del 1993. Sul diritto ad essere informati cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 233 ss.; P. Costanzo, *(voce) Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubb.*, VIII, Torino, 1992; R. Zaccaria, L. Capecchi, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XII, Padova, 1990, p. 300; A. Pace, *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, co. 1, t.u. della radiotelevisione*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2007. Più di recente, ricostruisce le principali questioni in materia L. Cianci, *Il diritto ad essere informati alla prova delle strategie di microtargeting per la comunicazione politica*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2023, pp. 1-24.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

In risposta a queste sfide l'Unione europea ha deciso, a differenza di altre realtà (si pensi agli Stati Uniti)[4], di costruire un complesso quadro regolatorio, in cui una molteplicità di atti normativi differenti si intrecciano e si intersecano tra loro.

Ci si riferisce, anzitutto, al *Digital Services Act* (*DSA*), il regolamento sui servizi digitali[5], che, assieme al *Digital Markets Act* (*DMA*)[6], costituisce uno dei pilastri del *Digital Services Package* e pone significativi oneri in capo alle grandi piattaforme (c.d. *VLOPs* e *VLOSEs*). A questi regolamenti ha fatto seguito il regolamento sulla trasparenza e sul *targeting* della pubblicità politica (*RPA*)[7], che si applica specificamente alla comunicazione politica *online* e che sarà operativo, salve alcune limitate previsioni già in vigore, a partire dal prossimo ottobre. Più di recente, è stato approvato l'*Artificial Intelligence Act* (AI ACT)[8], che pur non prevedendo previsioni a*d hoc* specificamente dedicate alla profilazione – in quanto sul punto rinvia al regolamento sulla protezione dei dati personali, ossia al *GDPR* – costituisce la cornice di sfondo, dal momento che i più recenti sistemi di targetizzazione e profilazione si basano sulle potenzialità offerte dai sistemi di intelligenza artificiale[9].

---

[4] Cfr. F. Donati, *La protezione dei diritti fondamentali nel regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Rivista Aic*, 1/2025, p. 8, che scrive: "*Gli USA hanno seguito un modello 'market-driven', che confida sulle dinamiche spontanee del mercato per realizzare il benessere economico e sociale*".

[5] *Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC.*

[6] *Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and amending Directives (EE) 2019/1937 and (EU) 2020/1828.*

[7] *Regulation (EU) 2024/900 of the European Parliament and of the Council of 13 March 2024 on the transparency and targeting of political advertising.*

[8] *Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act).*

[9] Cfr., sempre, F. Donati, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 1 ss. V., anche, G. Gometz, *Intelligenza artificiale, profilazione e nuove forme di discrimi-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

Da ultimo, a testimonianza dell'estrema attualità e importanza delle tematiche qui considerate, lo scorso 6 dicembre, con una decisione unica nel suo genere, la Corte costituzionale rumena ha annullato il primo turno delle elezioni presidenziali in Romania proprio per una (supposta) campagna dis-informativa *online*, che avrebbe distorto la formazione del consenso degli elettori a tal punto da inficiarne la libertà di voto. Trattasi di una pronuncia che apre scenari inediti, dimostrando plasticamente, al di là della condivisibilità o meno degli approdi cui la Corte è giunta, come la relazione tra rappresentanti e rappresentati risenta, oggi, dei processi insiti nella rivoluzione digitale.

2. Con *targeting* si intende una serie di tecniche che, tramite la raccolta e l'analisi dei dati personali degli utenti rinvenibili *online*, mirano a intercettarne le preferenze, al fine di sottoporre loro messaggi personalizzati.

Nate originariamente per finalità di *marketing*, queste pratiche sono oggi impiegate per esigenze di costruzione del consenso politico.

Sui *social media* è possibile fare propaganda fondamentalmente in due modi: come semplice utente condividendo i contenuti sul profilo oppure pagando la piattaforma, affinché pubblicizzi i contenuti politici di una determinata pagina/profilo.

Ne è conferma il fatto che gli attori politici concentrano sempre maggiori risorse in questa direzione. Prendendo a riferimento la campagna elettorale per le elezioni politiche italiane del 25 settembre 2022, si può constatare che, nell'ultimo mese, Fratelli d'Italia, partito che ha poi vinto le elezioni, ha speso più di 140.000 euro solo su *Facebook*; la pagina personale di Matteo Salvini, con oltre cinque milioni di *followers*, è stata, invece, la più seguita, spendendo su *Facebook* 63.520 euro. È interessante, altresì, che il partito della Lega abbia deciso di promuovere la pagina del *leader* più di quella del

---

nazione, in *Teoria e storia del diritto privato*, numero speciale 2022, p. 1 ss.; A. Adinolfi, *Processi decisionali automatizzati e diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea*, in A. Adinolfi, A. Simoncini (a cura di), *Protezione dei dati personali, e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, Napoli, 2022, p. 31 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

partito: sulla pagina ufficiale della Lega sono stati, infatti, investiti solo 6.008 euro. La pagina personale di Silvio Berlusconi e quella di Forza Italia hanno speso meno di 15.000 euro, addirittura quasi 110 volte meno delle pagine di Fratelli d'Italia e di Giorgia Meloni assieme, a testimonianza del diverso approccio all'uso dei *social* da parte dei due leader. Per quanto riguarda la coalizione di centro-sinistra, Più Europa ha investito ben 55.222 euro su *Facebook* negli ultimi 30 giorni di campagna elettorale. *Trend* simile quello del Partito Democratico, che ha speso 46.540 euro dal 22 agosto al 20 settembre 2022, e dell'alleanza Verdi-Sinistra, che ha speso quasi tutto negli ultimi giorni di campagna elettorale. Oltre alle spese delle due coalizioni principali sono significative anche quelle dell'alleanza formata da Azione e Italia viva. Dal 22 agosto al 20 settembre 2022, la pagina di Carlo Calenda ha speso 16.136 euro, quella di Azione 8.741 euro, quella di Matteo Renzi 1.360 euro e quella di Italia viva 12.510 euro. Al contrario, è singolare che un partito, abile nell'uso e sfruttamento delle potenzialità delle moderne tecnologie come il MoVimento 5 Stelle, non abbia investito quasi nulla in pubblicità su *Facebook*. Piuttosto, è stato il *leader*, Giuseppe Conte, ad aver speso 16.308 euro solo nell'ultimo mese.

Con riferimento alle elezioni europee 2024, nell'ultima settimana di campagna elettorale, ossia tra il 3 e il 9 giugno, Fratelli d'Italia è il partito che ha peso più di tutti sui *social network*, con una spesa pari a 60.700 euro, circa 9mila euro al giorno. Segue Matteo Salvini (44.200 euro) e il partito della Lega (4.800 euro), che sommati arrivano a 49.000 euro di inserzioni. Il terzo posto spetta a Elly Schlein e al Partito Democratico, che in totale hanno investito 33.400 euro (15.500 per la pagina di Schlein e 17.900 per quella del partito). Minori gli importi di Italia Viva (9.500 euro) e Matteo Renzi (23.600 euro) e di Più Europa (9.800 euro) ed Emma Bonino (15.200 euro). Nell'ultima settimana di campagna elettorale, Azione e il suo segretario Carlo Calenda hanno speso complessivamente 18.800 euro, mentre il Movimento 5 Stelle e Giuseppe Conte 16.500. L'alleanza Verdi-Sinistra ha investito circa 15mila euro, mentre Forza Italia è il partito che ha speso di meno, circa 4mila euro.

Peraltro, quelli qui riportati sono i soli dati delle pagine *online* "ufficiali" dei partiti e dei rispettivi leader, cui va aggiunto tutto l'insieme di inserzioni, difficilmente tracciabili, aventi contenuto poli-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

tico, che riempiono quotidianamente le bacheche *online* degli utenti e che provengono dalle fonti più disparate.

Da quanto precede, se ne deduce una sempre maggior attenzione da parte degli attori politici nei confronti dei *social media* quali mezzi di costruzione del consenso. La fortuna e l'appetibilità di questi strumenti risiede nella circostanza che essi sono dotati di un potenziale partecipativo, di una velocità, di una capacità di raggiungere, capillarmente, i destinatari di gran lunga superiore rispetto ai *media* tradizionali. Tuttavia, proprio le loro stesse caratteristiche si rivelano particolarmente adatte a strategie di manipolazione degli elettori, fondate sulla profilazione dell'utente. La profilazione, a sua volta, si mischia spesso alla disseminazione di disinformazione o di notizie, immagini e profili falsi, oggi facilmente creabili grazie alle capacità di elaborazione sempre maggiori dei sistemi di intelligenza artificiale[10].

3. La rivoluzione digitale aveva inizialmente suscitato diffuse speranze circa il potenziale democratico derivante da strumenti di comunicazione, come *Internet*, in grado di decentrare la produzione e il consumo di informazione, favorire il confronto tra gli utenti, abbattere filtri e barriere spazio-temporali, dando vita ad una comunicazione orizzontale e fluida[11]. In questo senso, nel pensiero dei primi cyber-utopisti, la Rete avrebbe avuto la capacità di curare, almeno in parte, le disfunzioni delle moderne democrazie, ravvivando il coinvolgimento dei cittadini nella vita politica, favorendo la libera circolazione delle idee, dando vita a nuovi spazi di confronto tra tutti i consociati in condizioni di isegoria. L'uso della Rete era, in altri termini, immaginato per essere pluralista, aperto e libero, come nessuno spazio comunicativo sino ad allora sperimentato nella storia dell'umanità[12].

[10] Cfr. G. Proietti, *L'impianto regolatorio della società dell'informazione tra vecchi e nuovi equilibri. Il fenomeno del deep fake*, in *MediaLaws*, 1/2024, p. 1 ss.

[11] F. Donati, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 10 ss.

[12] Cfr. C. S. Sunstein, *Infotopia: How many minds produce knowledge*, Oxford, 2006, p. 1 ss.; J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, p. 140 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

La realtà delle cose si è mossa in direzione differente. L'interazione sui *social* si è sviluppata sulla base di algoritmi che profilano gli utenti in base alle loro preferenze; favoriscono l'incontro tra idee analoghe, rafforzando convincimenti pregressi e relativi pregiudizi; consentono di selezionare i destinatari del messaggio e, dunque, permettono ad uno stesso soggetto di indirizzare messaggi diversi e anche incoerenti a porzioni segmentate del proprio pubblico; favoriscono la circolazione di notizie false, tendenziose e di contenuti disinformativi; consentono forme di comunicazione disintermediate e una relazione tra rappresentanti e rappresentati di natura iper-personale; più di recente, l'emersione di sistemi di intelligenza artificiale favorisce nuove forme di manipolazione, tra cui la diffusione di immagini false, la produzione automatica di testi, la creazione di *bot* o *troll*[13].

Per comprendere il fenomeno, va considerato che la profilazione, prima ancora che in ambito politico, è stata ampiamente utilizzata a fini pubblicitari per mostrare agli utenti prodotti e servizi più conferenti coi rispettivi profili, arrivando a guidare e condizionare le scelte del consumatore, che non è esposto in tal modo a prodotti e servizi alternativi, ma solamente a quelli per la sua persona ritenuti più appetibili.

Dal *marketing* questi sistemi sono stati ben presto impiegati ai fini di commercializzazione del messaggio politico, risultando in grado così di influenzare l'orientamento elettorale degli utenti[14].

Questo salto di qualità della profilazione ha posto una serie di interrogativi.

In primo luogo, viene in rilievo un tema di protezione dati personali degli utenti, stante il fatto che gli algoritmi che vengono impiegati a questo scopo si nutrono di dati, il cui trattamento è autorizzato spesso in assenza di una reale consapevolezza che alcuni ser-

[13] F. Zuiderveen Borgesius, J. Möller, S. Kruikemeier, R. Fathaigh, K. Irion, T. Dobber, C. Bodo, C. De Vreese, *Online Political Microtargeting: Promises and Threats for Democracy*, in *Utrecht Law Rev.*, 1/2018, p. 82 ss.

[14] Sul punto, v. T. Dobber, R. Fathaigh, F. Zuiderveen Borgesius, *The regulation of online political micro-targeting in Europe*, in *Internet Policy Rev.*, 4/2019, p. 5 ss.; G. D'Ippolito, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *MediaLaws*, 1/2020, p. 167 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

vizi, proposti apparentemente come gratuiti dalle piattaforme, nascondono, in realtà, una commercializzazione dei dati stessi. In secondo luogo, la profilazione determina la creazione di *filter bubbles*, entro cui l'utente viene sostanzialmente isolato e nelle quali si assiste ad un rafforzamento delle posizioni iniziali e dei relativi pregiudizi, con una forte cyber-polarizzazione del dibattito pubblico[15].

In secondo luogo, la profilazione impatta sui partiti politici, per quanto riguarda il loro rapporto con l'elettorato, la relazione con i nuovi intermediari della società digitale e, inoltre, l'organizzazione interna. Per un verso, trattasi di pratiche che se adottate su larga scala risultano molto onerose, favorendo così le forze con maggiori risorse finanziarie. Sotto altro profilo, i candidati sono messi nelle condizioni di modellare la propria immagine in base alle aspettative dell'elettorato. Inoltre, poiché alcuni utenti non sono molto attivi *online*, i partiti potrebbero basare la loro campagna politica solo sull'analisi dei dati forniti dagli utenti che fanno un uso più frequente dei *social media*, producendo un fenomeno di "presbiopia" nel mercato politico-elettorale[16].

In terzo luogo, le campagne *online* si svolgono in un contesto di disintermediazione mediatica. Chiunque sul *Web* può cercare informazioni, ma anche produrle e condividerle, aumentando esponenzialmente il numero delle fonti di informazione e la loro capacità espansiva. Questa assenza di mediazione provoca, tuttavia, una forte personalizzazione del sistema politico e partitico: nel *targeting* i leader trovano lo strumento per dare vita ad una comunicazione senza filtri con i propri elettori, il che favorisce la scalata dei partiti politici da parte di veri e propri "*outsider*", che si rivelano molto più abili rispetto ai politici di professione nel comunicare con la base elettorale.

---

[15] Cfr. K. KLONIC, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Rev.*, 1/2018, p. 1599 ss.; G. ZICCARDI, *L'uso dei social network in politica tra alterazione degli equilibri democratici, disinformazione, propaganda e dittatura dell'algoritmo: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Ragion pratica*, 1/2020, p. 51 ss.

[16] Elemento quest'ultimo che, tuttavia, ha anche un riflesso positivo, nel senso che testimonia come non tutti gli elettori siano attivi online e, quindi, come una parte dell'elettorato sfugga all'effetto di queste tecniche di costruzione del consenso.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

Un esempio in questo senso è chiaramente il caso di Donald Trump, che è riuscito a imporsi dall'esterno in un partito storicamente molto forte e strutturato come quello repubblicano americano[17] e che, anche grazie alla sua forza mediatica sui *social*, ha conquistato dapprima nel 2016 e nuovamente nel 2024 la Casa Bianca[18].

Fenomeno più recente, e ancor più preoccupante, è quello dell'alleanza tra tali *leader* carismatici e i proprietari più influenti delle piattaforme: un esempio in questo senso è la pericolosa commistione di interessi tra Elon Musk, proprietario della piattaforma *X*, e Trump nel corso della campagna elettorale per le ultime presidenziali USA, che ha trovato conferma anche nei primi mesi del mandato. Processo che testimonia, ancor più chiaramente, l'involuzione in senso leaderistico delle democrazie moderne, ove si assiste all'affermazione di enormi concentrazioni di potere.

Infine, a livello più generale, le tecniche di *targeting* comportano la frammentazione dell'opinione pubblica in gruppi chiusi e polarizzati[19]. L'effetto combinato di *fake news*, *cyber-cascades* e *confirmation bias* tende ad alterare la percezione della realtà, andando così a incidere sul versante passivo della libertà d'informazione, ossia il diritto ad essere informati che, come la Corte costituzionale ha riconosciuto, "va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale"[20].

---

[17] Sulla scalata di Trump nei confronti del partito repubblicano americano, v. M. CALISE, *Il destino dei partiti*, in *Quad. cost.*, 1/2023, p. 101 ss.

[18] Sulla vittoria di Trump alle ultime elezioni presidenziali e sulle strategie adottate in campagna elettorale, che dimostrano una grande capacità di formazione del consenso online, ma anche una particolare abilità nella costruzione di un rapporto diretto e "reale" con l'elettorato, cfr. F. CLEMENTI, *Tra dilemmi ed opportunità: la vittoria di Donald Trump e le sfide per la democrazia negli Stati Uniti*, in *Federalismi*, 28/2024, pp. IV-XII.

[19] Cfr., sul punto, M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, p. 1 ss.; A. CARDONE, *«Decisione algoritmica» vs decisione politica? A.I. Legge. Democrazia*, Napoli, 2021, p. 72 ss.

[20] Corte cost., sent. n. 112 del 1993, Considerato in Diritto n. 7.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

Di qui la necessità di una regolazione di questi processi, onde scongiurare una distorsione patologica dei presupposti stessi della rappresentanza politica e della partecipazione democratica.

4. Nonostante l'assoluta rilevanza del fenomeno, per lungo tempo il quadro è stato caratterizzato da una sostanziale auto-regolamentazione da parte delle piattaforme, che hanno gestito in autonomia i rispettivi spazi, ponendo gli utenti di fronte all'alternativa tra l'accettare la profilazione oppure restare esclusi dal servizio.

Di fronte a questo scenario, l'Unione europea ha deciso un importante cambio di passo.

Tra i provvedimenti più significativi si può, anzitutto, menzionare il Regolamento (UE) 2022/2065, c.d. *Digital Services Act* (*DSA*), pubblicato il 27 ottobre 2022 e direttamente applicabile dal 17 febbraio 2024[21]. Assieme al *Digital Markets Act*, approvato poche settimane prima e che mira, invece, ad assicurare la concorrenza nel mercato interno dei servizi digitali, esso costituisce uno dei pilastri fondanti del *Digital Services Package*, strategia attuata dall'Unione al fine di assicurare uno spazio digitale prevedibile, sicuro e affidabile.

In primo luogo, sotto il profilo soggettivo, il *DSA* si applica ai "prestatori di servizi intermediari" (sia *mere conduit*, che *caching*, che *hosting*), ossia tutti quei soggetti che forniscono "un qualsiasi servizio, normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario".

In secondo luogo, il regolamento prevede:

a) alcune disposizioni generali, che si applicano a tutti i prestatori di servizi (sezione I, articoli 11-15);

b) una serie di previsioni aggiuntive relative ai prestatori di servizi di *hosting*, incluse le piattaforme *online* (sezione II, articoli 16-18);

c) una serie di disposizioni relative esclusivamente ai fornitori di piattaforme online (sezione III, articoli 19-28).

d) alcune disposizioni ulteriori, che si applicano a quei fornitori di piattaforme *online*, che consentono ai consumatori di concludere

[21] Per le piattaforme *online* e i motori di ricerca di dimensioni molto grandi, come ad esempio *Meta*, *X*, *Tik To*k, *Amazon*, *Google*, gli obblighi si applicano, invece, già dal 25 agosto 2023.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

contratti a distanza con gli operatori commerciali (sezione IV, articoli 29-32).

e) infine, obblighi supplementari per le piattaforme e i motori di ricerca di dimensioni molto grandi (sezione V, articoli 33-44). Con "piattaforme e motori di ricerca molto grandi" (d'ora in poi, rispettivamente, "*VLOPs*" e "*VLOSEs*") si intendono quei soggetti, che hanno un numero medio mensile di utenti attivi pari o superiore a 45 milioni nell'Unione. Il riconoscimento avviene a seguito di una procedura, disciplinata dall'art. 33 del regolamento, che si conclude con una decisione della Commissione europea.

Tra le previsioni più significative, l'articolo 26 stabilisce che i fornitori di piattaforme *online* provvedono affinché, per ogni singola pubblicità, i destinatari del servizio siano in grado di identificare in modo chiaro: *a*) che l'informazione costituisce una *pubblicità*, anche attraverso contrassegni visibili; *b*) la *persona fisica o giuridica* per conto della quale viene presentata o pagata la pubblicità; *c*) le informazioni rilevanti relative ai *parametri* utilizzati per determinare il destinatario della pubblicità e, laddove applicabile, alle modalità di modifica di detti parametri da parte dell'utente. Il legislatore europeo ha qui recepito le indicazioni che erano state formulate dall'*European Data Protection Board* in relazione ai rischi di elusione del *GDPR*, regolamento concepito in un periodo storico in cui le problematiche di cui si tratta erano solo agli inizi.

Inoltre, i fornitori di piattaforme *online* sono tenuti a mettere a disposizione dei destinatari del servizio una funzionalità che consenta di dichiarare se i contenuti che forniscono contengano comunicazioni commerciali. Sempre in un'ottica di trasparenza, all'articolo 27, si prevede che i fornitori di piattaforme *online*, che si avvalgono di sistemi di raccomandazione, specifichino nelle loro condizioni generali, in un linguaggio chiaro e intellegibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consente loro di modificare tali parametri. Inoltre, i fornitori di piattaforme *online* debbono rendere disponibile anche una funzionalità che consente al destinatario del servizio di selezionare e modificare in qualsiasi momento l'opzione preferita relativa ai parametri con cui vengono determinate le pubblicità.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

Con riguardo, invece, ai dati sottoponibili o meno a profilazione, l'articolo 26 § 3 stabilisce un divieto assoluto di presentare pubblicità ai destinatari del servizio basata sulla profilazione delle categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, § 1, del *GDPR*. Questo significa che le piattaforme non possono più profilare gli utenti utilizzando dati relativi all'origine razziale o etnica, alle opinioni politiche, alle convinzioni religiose o filosofiche, all'appartenenza sindacale, dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale. La disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 28 del *DSA*, che vieta, altresì, che sia presentata pubblicità basata su dati personali di utenti del servizio che siano minori.

Obblighi supplementari sono stabiliti per i *VLOPs* e i *VLOSEs*, i quali sono, anzitutto, tenuti ad individuare, analizzare e valutare gli eventuali rischi sistemici derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio (artt. 34-35).

Inoltre, all'art. 38, si stabilisce che, in aggiunta ai requisiti di cui al già citato art. 27, i *VLOPs* e i *VLOSEs* assicurano all'utente almeno un'opzione per i loro sistemi di raccomandazione che non sia basata sulla profilazione.

All'art. 39, si prevede, altresì, che tutte le piattaforme di dimensioni molto grandi, che presentano pubblicità sulle loro interfacce *online*, compilano e rendono accessibile al pubblico, in una specifica sezione, un registro contenente una serie di informazioni per l'intero periodo durante il quale presentano la pubblicità. Tale registro deve, inoltre, necessariamente stabilire: *a*) il contenuto della pubblicità, compreso il nome del prodotto, del servizio, del marchio e l'oggetto della pubblicità; *b*) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene presentata o pagata la pubblicità; *c*) il periodo durante la quale viene presentata la pubblicità; *d*) un'indicazione volta a precisare se la pubblicità fosse destinata a essere presentata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine; *e*) le comunicazioni commerciali pubblicate; *f*) il numero totale di destinatari del servizio raggiunti e, ove opportuno, i dati aggregati suddivisi per ciascuno Stato membro relativi al gruppo o ai gruppi di destinatari ai quali la pubblicità era specificamente destinata.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

Il *DSA* si muove, quindi, su un ampio raggio di azione, disciplinando l'intero mercato dei servizi digitali e integrando, in questo modo, le previsioni contenute nel *GDPR*.

La prima fondamentale linea direttrice è quella della trasparenza. Trattasi di una scelta condivisibile, essendo oggi obbligatorio indicare per conto di chi e con quali parametri gli avvisi pubblicitari sono presentati agli utenti. Incisivi anche gli interventi in materia di profilazione, essendo precluso che le categorie di dati ex art. 9 *GDPR* o i dati che abbiano ad oggetto soggetti minorenni possano essere trattati. In questo modo, la disciplina contenuta nel *GDPR* viene irrigidita e resa applicabile al contesto digitale che si è, nel mentre, concretizzato.

Non mancano, tuttavia, profili critici[22]. Anzitutto, le previsioni in parola si applicano, sotto il profilo soggettivo, ai soli *hosting provider* e non a tutti i titolari del trattamento. Dal punto di vista oggettivo, non è facile perimetrare la nozione di "speciale categoria di dati" ex art. 9 *GDPR*, rendendo quindi possibile che i divieti pur formalmente presenti siano aggirati dalle piattaforme.

Negli ultimi mesi si è anche potuta verificare una prima "messa a terra" di queste previsioni.

La Commissione europea ha aperto, infatti, un procedimento formale, proprio sulla base del *DSA*, nei confronti di Meta, sul presupposto che l'azienda non si sia adeguata alle prescrizioni in tema di pubblicità ingannevole e di disinformazione, in tema di trasparenza e di visibilità dei contenuti politici, che non abbia valutato diligentemente e attenuato adeguatamente i rischi connessi agli effetti di *Facebook* e *Instagram* sul dibattito civico e sui processi elettorali, che il suo sistema di notifica degli illeciti non sia conforme agli *standard*

[22] A commento, cfr. P. Cesarini, *The Digital Services Act: a Silver Bullet to Fight Disinformation?*, in *Medialaws.eu*, 8 febbraio 2021, p. 1 ss.; C. Frisani, *Il Digital Services Act: le prospettive di riforma per una maggior tutela online*, in *Ius in Itinere*, 9 Novembre 2022, p. 1 ss.; O. Grandinetti, *Le piattaforme digitali come "poteri privati" e la censura online*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1/2022, p. 175 ss.; E. Birritteri, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di auto-normazione degli operatori*, in *MediaLaws*, 2/2023, pp. 52-87; L. Catanzano, *Libertà di espressione e verità artificiali. Quale marketplace of ideas nella società dell'algoritmo?*, in *MediaLaws*, 1/2024, p. 1 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

stabiliti sempre dal *DSA*. La procedura è ancora in corso, in attesa delle risposte di Meta alle obiezioni sollevate dalla Commissione e delle possibili determinazioni di quest'ultima.

Sotto altro profilo, apre scenari inediti la decisione di Meta di offrire agli utenti dell'Unione europea una versione delle piattaforme *Facebook* e *Instagram*, per la prima volta, senza pubblicità e profilazione, ma a pagamento. Trattasi di un'opzione che viene offerta in alternativa a quella gratuita rispetto alla quale, invece, nulla cambia. Tale formula, tuttavia, ha destato l'attenzione della Commissione europea, che ha comunicato alla società che tale modello non sarebbe conforme all'articolo 5, § 2, del *Digital Markets Act*, dal momento che non permetterebbe agli utenti di optare per un servizio che utilizzi un quantitativo inferiore dei loro dati personali, ma che sia comunque equivalente al servizio che prevede gli annunci pubblicitari personalizzati e consenta agli utenti di esercitare il loro diritto di acconsentire liberamente alla combinazione dei propri dati. Ad avviso della Commissione, per garantire il rispetto del regolamento sui mercati digitali, gli utenti che non intendono dare il loro consenso dovrebbero comunque avere accesso a un servizio equivalente che utilizzi un quantitativo inferiore dei loro dati personali, in questo caso ai fini della personalizzazione degli annunci pubblicitari. La procedura è anche in questo caso ancora in corso e occorrerà, pertanto, verificarne l'esito[23].

Tali vicende dimostrano che, una volta data una determinata una cornice di regole, anche piuttosto dettagliata, occorre far seguire una lunga fase di implementazione, durante la quale le piattaforme stanno, peraltro, tentando di aggirare i limiti e i divieti posti dalla normativa euro-unitaria per preservare il proprio *business*.

Il *Digital Services Act*, tuttavia, non è, come detto, un regolamento concepito specificamente per la comunicazione elettorale e politica. Ciò spiega perché l'Unione europea, passati solo pochi mesi dalla sua entrata in vigore, ha approvato un nuovo regolamento *ad hoc* per la propaganda e la pubblicità politica ed elettorale *online*, ossia il *Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Con-*

[23] Cfr. R. Sabia, *L'enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, in *MediaLaws*, 2/2023, pp. 88-113.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

siglio del 13 marzo 2024 relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica.

Esso si applicherà, salve alcune limitate previsioni già in vigore, a partire dall'ottobre 2025.

Lo scopo è duplice: da un lato, assicurare il corretto funzionamento del mercato interno della pubblicità politica e dei servizi connessi; dall'altro, tutelare le persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali[24].

La proposta si muove, quindi, su alcune linee principali. Anzitutto, sono posti una serie di obblighi di trasparenza e diligenza in capo ai "prestatori di servizi di pubblicità politica", definiti come "una persona fisica o giuridica impegnata nella prestazione di servizi di pubblicità politica". Con "pubblicità politica" ci si riferisce, invece, "alla preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione, consegna o diffusione, con qualsiasi mezzo, di un messaggio fornito normalmente dietro retribuzione o tramite attività interne o nell'ambito di una campagna di pubblicità politica: *a*) di, a favore o per conto di un attore politico, salvo se di natura meramente privata o meramente commerciale; oppure *b*) che possa e sia inteso a influenzare l'esito di un'elezione o referendum, un comportamento di voto o un processo legislativo o regolamentare, a livello dell'Unione, nazionale, regionale o locale" (art. 3).

Una delle previsioni più significative è quella prevista dall'art. 11, ove si stabilisce che gli editori di pubblicità politica provvedano affinché ogni messaggio di pubblicità politica riporti in modo chiaro, visibile e senza ambiguità: *a*) una dichiarazione che attesti che si tratti di un messaggio di pubblicità politica; *b*) lo *sponsor* del messaggio di pubblicità politica e, ove possibile, l'entità che controlla lo *sponsor*; *c*) l'indicazione dell'elezione, del referendum o del processo legislativo o regolamentare cui è connesso il messaggio di pubblicità politica in questione; *d*) una dichiarazione attestante che il messaggio di pubblicità politica è stato oggetto di tecniche di *targeting* o di consegna del messaggio; *e*) un avviso di trasparenza che contenga le

[24] Su questo regolamento, cfr., tra i primi commenti, M. Z. VAN DRUNEN, N. HELBERGER, R.O. FATHAIGH, *The beginning of EU political advertising law: unifying democratic visions through the internal market*, in *Internet Policy Review*, 30/2022, pp. 181-199.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

informazioni prescritte dal regolamento stesso. Inoltre, gli editori di pubblicità politica sono tenuti ad assicurare agli utenti la possibilità di segnalare che un determinato messaggio di pubblicità politica non è conforme al regolamento e debbono predisporre un sistema di notifica idoneo allo scopo (secondo un meccanismo che richiama quanto previsto dal *DSA* in tema di segnalazione di discorsi d'odio e di contenuti non corrispondenti al vero).

Trattasi di prescrizioni che seguono le raccomandazioni dell'*European Data Protection Supervisor*[25], collocandosi come supplementari rispetto ai già importanti obblighi di trasparenza stabiliti dal *Digital Services Act*.

Primo obiettivo della nuova normativa è quello di responsabilizzare il titolare del trattamento, dal momento che la tenuta di specifici registri e una maggiore trasparenza sulle tecniche di profilazione dovrebbero spingere le piattaforme a trattare i dati degli utenti in senso effettivamente conforme alla normativa euro-unitaria. In secondo luogo, le norme in materia di trasparenza si pongono a tutela degli stessi attori politici che, nel momento in cui dovessero fare ricorso a queste tecniche, sarebbero più consapevoli delle modalità con cui si esplica la profilazione. Infine, si intendono tutelare gli utenti, i quali sarebbero finalmente in grado di visualizzare, contestualmente alla diffusione del messaggio pubblicitario, tutta una serie di informazioni utili per comprendere su quali basi proprio quello specifico messaggio viene loro presentato[26].

Con riferimento, invece, alla normativa in materia di *targeting*, il regolamento prevede che il trattamento dei dati personali sia consentito a determinate condizioni. Più nello specifico, le tecniche di *targeting* o di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica *online* sono, d'ora in poi, ammissibili solo se il titolare del trattamento ha raccolto: *a*) i dati personali presso l'interessato; *b*) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trat-

[25] Cfr. European Data Protection Supervisor, *Opinion No 2/2022 of 20 January 2022 on the Proposal for Regulation on the transparency and targeting of political advertising*, p. 9 ss.

[26] Cfr. M. Van Drunen, E. Groen-Reijman, T. Dobber, A. Noroozian, P. Leerssen, N. Helberger, C.H. de Vreese, F. Votta, *Transparency and (no) more in the Political Advertising Regulation*, in *Internet Policy Review*, 1/2022, p. 1 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

tamento separato dei dati personali a fini di pubblicità politica; *c)* e, inoltre, solo se tali tecniche non comportano la "profilazione", quale definita all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679 e all'articolo 3, punto 5), del regolamento (UE) 2018/1725. Il legislatore europeo ha scelto una linea piuttosto rigorosa, stabilendo, quindi, un divieto assoluto di *targeting* per determinate categorie di dati, considerate particolarmente sensibili.

Con riguardo, invece, ai dati non sottoposti a protezione speciale il trattamento è limitato a quelli che siano frutto di un consenso esplicito dell'interessato, prestato unicamente a fini della pubblicità politica *online* e purché non si tratti, chiaramente, di profilazione. Anche sotto questo profilo, il testo presenta una formulazione particolarmente severa e sicuramente rafforzativa rispetto alle analoghe previsioni contenute nel *GDPR*.

Trattasi, pertanto, di una novità importante, dal momento che le piattaforme dovranno ottenere necessariamente un espresso consenso al trattamento da parte degli utenti. Tuttavia, rimane il fatto che potrebbe non essere sufficiente agire esclusivamente sul piano dei doveri informativi del titolare del trattamento[27]: sarebbe infatti una mera finzione credere che il consenso prestato dall'utente sia effettivamente informato, consapevole e libero e, pertanto, tale base giuridica potrebbe risultare, alla prova dei fatti, insufficiente[28].

Per quanto lo sforzo del legislatore europeo sia quindi lodevole, non mancano punti interrogativi e nodi irrisolti. Da un lato, le previsioni in parola potranno essere aggirate senza grandi difficoltà dalle piattaforme: non essendo stato previsto un divieto generale ed assoluto di *targeting* per scopi politici, rimane, infatti, aperta la possibilità che gli utenti possano essere profilati per il tramite di dati apparentemente non sensibili, i c.d. "dati inferiti". Dall'altro, vi è un rischio diametralmente opposto: la proliferazione di una serie di regolamenti in un breve lasso di tempo rischia di rendere estremamente complesso e intricato il quadro normativo, non solo per co-

[27] D. Sborlini, *Profilazione elettorale e protezione dei dati personali: prospettive di soluzione in ambito europeo*, in *Dir. inf.*, 1/2022, p. 1173 ss.

[28] Aspetto questo evidenziato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 4 Luglio 2023, *case C-252/21, Meta Platform Inc. and Others v. Bundeskartellamt* (§§ 147-148).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

loro che fanno uso di tali pratiche (si pensi ai candidati e alle forze politiche che partecipano alle elezioni e che debbono fare campagna elettorale *online*), ma anche per le stesse piattaforme che potrebbero essere indotte ad abbandonare il mercato europeo qualora tali regole dovessero divenire eccessivamente onerose.

A completare il panorama normativo, da ultimo, non può non citarsi l'*Artificial Intelligence Act*, approvato dal Parlamento il 13 marzo 2024 e dal Consiglio il 21 maggio 2024[29], primo regolamento al mondo a disciplinare, in modo organico, i sistemi di intelligenza artificiale[30].

Obiettivo è quello di promuovere un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile e, in questo modo, garantire un livello elevato di protezione dei diritti fondamentali[31].

Per fare questo, l'Unione ha scelto di adottare un modello di governance "*rights-driven*"[32], in quanto volto essenzialmente alla tu-

[29] L'intero Regolamento sarà applicabile dal 2 agosto 2026 ad eccezione: dei divieti relativi a pratiche di intelligenza artificiale proibite (ossia a rischio inaccettabile), che troveranno applicazione già dal 2 febbraio 2025; dei codici di buone pratiche, che dovranno essere pronti dal 2 maggio 2025; delle prescrizioni relative ai sistemi di AI per finalità generali, che troveranno applicazione dal 2 agosto 2025; degli adempimenti per i sistemi di AI ad alto rischio, che troveranno applicazione: (*i*) dal 2 agosto 2026, nel caso di sistema di AI ad alto rischio che rientri all'interno dell'Allegato III; oppure (*ii*) dal 2 agosto 2027, nel caso in cui tali sistemi di AI ad alto rischio rientrino nell'elenco della normativa di armonizzazione dell'Unione presente all'interno dell'Allegato I.

[30] Cfr., *ex plurimis*, A. Quintavalla, J. Temperman (a cura di), *Artificial Intelligence and Human Rights*, Oxford, 2023; G. Sartor, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022; O. Pollicino, P. Dunn, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Milano, 2024.

[31] Ai sensi del Considerando 1, obiettivo del regolamento è: "migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di AI) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (AI) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di AI nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione".

[32] Cfr. F. Donati, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 6.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

tela dei diritti della persona contro le minacce derivanti dalla tecnologia, e seguire un approccio "*risk-based*", in base al quale, al crescere del rischio del sistema di AI per i diritti fondamentali, si inaspriscono parallelamente le regole e gli oneri.

Non è questa la sede, chiaramente, per un'analisi approfondita dell'*AI ACT*, che meriterebbe ben altra trattazione. Per quello che qui più interessa, è sufficiente ricordare che tale regolamento lascia, anzitutto, impregiudicato l'obbligo di rispettare il *GDPR* in materia di trattamento dei dati personali[33]. Ne è un esempio il fatto che la dichiarazione di conformità necessaria per i sistemi ad alto rischio deve prevedere un'attestazione sulla conformità alla disciplina dell'Unione in materia di protezione dei dati personali.

Ne consegue che, in tema di trattamento dei dati personali degli utenti, tale regolamento non incide, sul diritto, riconosciuto dall'art. 22 del *GDPR*, a non essere sottoposti ad una "decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato" e che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo sulla sua persona. Le previsioni dell'*AI ACT* non rientrano, in altre parole, nelle eccezioni al divieto generale stabilito dall'art. 22 *GDPR* in materia di profilazione.

Sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha offerto, di recente, alcuni importanti chiarimenti. Nella sentenza del 7 dicembre 2023, *Schufa Holding AG*[34], ha, infatti, precisato che della disposizione in parola va data un'interpretazione estensiva a tutela degli utenti: in particolare, il divieto di trattamento automatizzato dei

[33] Cfr., in particolare, l'art. 2, comma 7, *AI Act*. In materia, cfr. A. Adinolfi, A. Simonicini (a cura di), *Protezione dei dati personali, e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, Napoli, 2022; M. Bassini, O. Pollicino, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e regolazione.* Vol. I, Bologna, 2022, p. 269 ss.; E.C. Raffiotta, M. Baroni, *Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità*, *ivi*, p. 363 ss.

[34] CGUE, sentenza 7 dicembre 2023, C-634/21, *Schufa Holding AG*, ECLI:EU:C:2023:957. A commento, cfr. C. Silvano, *La nozione di "decisione completamente automatizzata" sotto la lente della Corte di Giustizia: il caso Schufa*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 4/2024, pp. 270-306.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

dati degli utenti deve applicarsi sempre qualora sussista un sufficiente grado di probabilità che la decisione automatizzata possa produrre, direttamente o indirettamente, effetti negativi nei confronti di una persona. La Corte ha, altresì, stabilito che la decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato dei dati, ove ammessa, deve comunque essere accompagnata da una serie di misure volte a ridurre il rischio di errori e a garantire la sicurezza dei dati personali, nonché da oneri di informazione, contestazione e ricorso all'intervento umano. Questo avrà significative ricadute anche per tutti i sistemi di AI di natura predittiva che si fondano sul trattamento dei dati personali degli utenti e che saranno sempre più impiegati anche nel campo della comunicazione politica ed elettorale nei prossimi anni.

5. Come illustrato nelle pagine che precedono, profondi processi di trasformazione stanno segnando il modo di fare propaganda elettorale e di costruire il consenso politico. Parallelamente, specie a livello sovra-nazionale, si cerca di approntare una serie di misure per governare e contenere questi fenomeni che si esplicano nella realtà digitale.

In questo quadro, si colloca la sentenza della Corte costituzionale rumena n. 32 del 6 dicembre 2024[35], pronuncia che, già all'indomani della sua pubblicazione, ha suscitato un ampio clamore nell'opinione pubblica.

I giudici costituzionali della Romania hanno, infatti, assunto una decisione drastica e inaspettata, annullando l'esito del primo turno delle elezioni presidenziali per una supposta campagna elettorale disinformativa svoltasi *online* a favore di uno dei contendenti.

Una breve premessa è qui necessaria.

A dispetto dei sondaggi, infatti, il primo turno delle elezioni presidenziali era stato vinto dal candidato di estrema destra e filorusso Georgescu che, al ballottaggio, avrebbe dovuto sfidare la seconda classificata, la candidata liberale ed europeista Lasconi. Era stato, invece, sconfitto a sorpresa il premier in carica Colacu.

[35] HOTĂRÂREA nr. 32 din 6 decembrie 2024 privind anularea procesului electoral cu privire la alegerea Preşedintelui României din anul 2024.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

I servizi segreti rumeni avevano messo in guardia dal rischio che, per mano di interferenze russe, la formazione del consenso degli elettori sarebbe stata gravemente alterata, in particolare a causa dell'attivazione di oltre 25.000 *account* sospetti su *Tik Tok* diretti a favorire, con una campagna capillare, proprio Georgescu a danno degli altri candidati.

Sulla base di queste premesse, a soli due giorni dallo svolgimento del secondo turno previsto per l'8 dicembre, la Corte costituzionale ha, pertanto, deciso di annullare e di far ripetere le elezioni, facendo precipitare il Paese nel *caos* politico e istituzionale, suscitando le proteste dei candidati giunti al ballottaggio e segnando una decisione senza precedenti.

Le motivazioni, invero molto succinte, addotte dalla Corte dimostrano plasticamente tutta la rilevanza che la formazione del consenso *online* riveste oggi, nella realtà digitale, al fine di condizionare l'esito delle consultazioni elettorali.

La premessa teorica da cui muovono i giudici costituzionali rumeni risiede nello stretto collegamento tra libertà del voto, tenuta della democrazia e diritto a essere informati, ossia proprio la dimensione passiva della libertà di informazione di cui si diceva (*retro* § § 2 e 3).

Afferma, difatti, la Corte che "la libertà degli elettori di formarsi un'opinione include il diritto di essere correttamente informati prima di prendere una decisione. Più precisamente, tale libertà implica il diritto di ottenere informazioni corrette sui candidati e sul processo elettorale da tutte le fonti, inclusi i canali *online*, nonché la protezione contro influenze ingiustificate, attraverso atti/azioni illegali o sproporzionate, sul comportamento di voto. La pubblicità politica può talvolta trasformarsi in un veicolo di disinformazione, soprattutto quando […] non dichiara il proprio carattere politico, proviene da sponsor esterni all'Unione o è soggetta a tecniche di targeting o di diffusione del materiale pubblicitario".

A sostegno delle proprie argomentazioni la Corte cita qui proprio il Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 marzo 2024 sulla trasparenza e il *targeting* della pubblicità politica, di cui si è discorso in precedenza (*retro* § 4).

Nel corso della campagna elettorale, ad avviso dei giudici, "il carattere liberamente espresso del voto è stato violato attraverso la

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

disinformazione degli elettori mediante una campagna elettorale in cui uno dei candidati ha beneficiato di una promozione aggressiva, condotta eludendo la legislazione nazionale in materia elettorale e sfruttando abusivamente gli algoritmi delle piattaforme social".

Ne discenderebbe che sarebbe "stata compromessa la parità di opportunità dei concorrenti elettorali, riflettendo un'alterazione del diritto stesso di essere eletti". Le irregolarità nella campagna elettorale avrebbero, inoltre, "penalizzato i concorrenti, creando una chiara disuguaglianza tra il candidato che ha manipolato le tecnologie digitali e gli altri partecipanti al processo elettorale". Inoltre, ad avviso dei giudici costituzionali, "un candidato ha violato la legislazione elettorale relativa al finanziamento della campagna elettorale per le presidenziali".

L'insieme combinato, quindi, di alterazione della formazione del consenso degli elettori tramite l'uso sofisticato delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, violazione delle regole in tema di trasparenza e di finanziamento, mancato rispetto della pari concorrenza tra tutti i candidati ha determinato vizi tali da determinare l'annullamento del processo elettorale e la necessità di ripetizione delle elezioni.

Trattasi di una pronuncia che suscita più di un interrogativo.

I temi che i giudici costituzionali sollevano sono certamente seri. Si è detto, infatti, che la capacità manipolativa della comunicazione *online* può essere tale da distorcere la percezione della realtà da parte degli elettori e incidere sul risultato delle elezioni stesse. Parimenti, quello della trasparenza delle fonti di finanziamento, specie in campagna elettorale, è un tema centrale, che, oggi, in un tempo in cui la comunicazione *online* rende tutto più fluido e impalpabile, dimostra ancor di più la sua attualità. Lo stesso può dirsi con riferimento alla *par condicio* elettorale, che, proprio in un contesto come quello *online*, fatica a trovare effettiva applicazione, trattandosi spesso di regole rimaste ancorate al sistema radio-televisivo.

Se, quindi, la rilevanza delle tematiche qui considerate è evidente, a lasciare perplessi è l'esito cui la Corte costituzionale approda. La decisione di annullare un'elezione già avvenuta è, infatti, una scelta radicale, che rischia di minare la tenuta del sistema istituzionale nel suo insieme e la fiducia che gli elettori possono avere

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

nella democrazia rappresentativa, la quale nel momento elettorale trova la sua prima e fondamentale fonte di legittimazione.

A sostegno possono essere addotti due ordini di ragione fondamentali.

Il primo è che una decisione così gravida di conseguenze avrebbe dovuto essere sorretta, quantomeno, da una motivazione più argomentata e strutturata. La Corte costituzionale rumena, invece, liquida in passaggi piuttosto succinti il tutto, senza fornire elementi puntuali a sostegno della propria prospettazione, ma facendo genericamente riferimento al fatto che sarebbero state accertate una serie di irregolarità nel processo elettorale.

La seconda ragione va ancora più a fondo del problema. Ci si chiede cioè se si possa davvero porre, come ragione a fondamento dell'annullamento di un'elezione, la distorsione del consenso politico quale frutto di una campagna manipolatoria *online*, anche qualora si disponga di prove inconfutabili in tal senso.

Cosa si intende, infatti, esattamente per manipolazione? Quale è la differenza tra semplice influenza sul voto elettorale e una distorsione del consenso illegittima? E, ancora, anche qualora una manipolazione sia realmente avvenuta quali criteri dovrebbero essere seguiti per determinare che essa abbia inciso a tal punto sul voto dell'elettore da invalidare l'esito dell'intera elezione?

Diversamente, infatti, dall'ipotesi in cui si siano verificati brogli nel corso della consultazione (rispetto ai quali è più agevole accertare un collegamento oggettivo con i risultati elettorali), in questo caso si tratta di dimostrare che una campagna *online* avrebbe alterato la volontà degli elettori (concetto questo, peraltro, sfuggente), a tal punto da incidere sull'esito dell'elezione.

Trattasi di due passaggi argomentativi molto difficili da dimostrare e che, invece, la Corte risolve con (sorprendente) facilità.

Anche la violazione delle regole in tema di finanziamento è una motivazione scivolosa. Certamente in questo caso è più facile verificare un'inosservanza della legislazione in materia, ma ricollegarvi l'annullamento di un'intera elezione già svoltasi – per di più a soli due giorni dal secondo turno – è un salto concettuale drastico, nonché, come detto, non ben motivato dai giudici costituzionali rumeni.

Anche il passaggio sulla violazione della *par condicio* elettorale viene liquidato dalla Corte in poche righe, con formulazioni asser-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

tive. Né può sottacersi il fatto che, se ogni qual volta fosse accertata una violazione della pari concorrenza tra i candidati, si annullasse la relativa consultazione, allora il rischio che siano invalidate molte delle elezioni che periodicamente si tengono anche nelle democrazie più mature sarebbe enorme.

Non essendo allo stato dato sapere in che cosa siano esattamente consistite le presunte interferenze straniere nella campagna elettorale rumena, ad una prima lettura, la sentenza della Corte costituzionale appare, quindi, come una decisione radicale, che, pur muovendo da premesse condivisibili, si rivela foriera di più problematicità di quelle che si propone di risolvere.

L'annullamento di un'elezione già avvenuta è un fatto, infatti, di particolare gravità, che andrebbe assunto solo in casi-limite e con elementi inequivocabili a sostegno dell'invalidità del processo elettorale.

Ciò non significa affatto sminuire l'importanza dell'influenza del mondo digitale nella formazione del consenso. Al contrario, il caso della Romania dimostra tutta l'importanza di una regolazione attenta ed equilibrata di questi processi, che prevenga esiti così drammatici.

6. La rivoluzione digitale pone una serie di sfide ed interrogativi in merito alla tenuta dei sistemi democratici.

In questo contesto, un ruolo decisivo è rivestito dalla formazione del consenso *online*: la profilazione, infatti, incide sulla possibilità di un'informazione libera del singolo cittadino-utente-elettore e, di conseguenza, sui presupposti stessi della rappresentanza e della partecipazione politica.

Dal tema della protezione dei dati personali degli utenti, alla creazione di *filter bubbles* ed *echo chambers*, all'emersione sulla scena pubblica di *leader* politici carismatici, nonché alla sempre maggiore influenza dei proprietari delle grandi piattaforme, innumerevoli sono le questioni di interesse per il diritto costituzionale. Ad essere toccate, alla radice, sono alcune delle fondamenta su cui i moderni ordinamenti democratici sono stati costruiti e plasmati nel corso del tempo.

Di fronte a queste sfide l'Unione europea, abbandonando un approccio iniziale fondato sull'auto-regolazione, ha dato vita, in breve tempo, ad un importante quadro normativo, approvando una

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

serie di regolamenti particolarmente articolati. Essi rappresentano una prima risposta, parziale e tutta ancora da verificare, stante la necessità di un lungo processo di implementazione delle norme in questione e di adeguamento da parte dei grandi *gate-keepers*.

Trattasi di uno sforzo certamente lodevole, ma che lascia non pochi punti interrogativi aperti sul campo.

Ne è testimonianza quanto accaduto in Romania pochi mesi fa.

La decisione della Corte costituzionale di annullare l'esito di un'elezione già avvenuta sulla supposizione che la formazione consenso degli elettori sarebbe stata alterata, con la complicità di ingerenze straniere, da una campagna di disinformazione *online*, diretta a favorire un candidato e a distorcere il gioco democratico, dimostra tutta l'attualità e la serietà del tema.

Di qui, quindi, la necessità di aprire una riflessione sugli strumenti più adeguati per governare questi profondi fenomeni di trasformazione in corso, di modo da assicurare quanto più possibile un mercato della comunicazione *online* in cui sia preservato il discorso pubblico, inteso come "spazio istituzionale aperto a interazioni comunicative che, attraverso il conflitto tra opposte visioni del mondo, legittimano, sul piano sostanziale i meccanismi procedurali del circuito democratico-rappresentativo"[36].

Al fondo vi è la consapevolezza che, se tradizionalmente il costituzionalismo nacque con l'obiettivo di affermare i diritti e le libertà dei cittadini nei confronti del potere pubblico, oggi, nell'era digitale, le sfide più difficili riguardano, invece, la necessità che quegli stessi diritti, affinché possano dirsi effettivamente rispettati, siano garantiti nei confronti del potere, o meglio dei poteri, privati[37] da quelle stesse istituzioni pubbliche[38].

Il rischio è che, in assenza di interventi che individuino un bilanciamento tra interessi contrapposti, possano ripetersi anche in fu-

---

[36] C. Caruso, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2023, p. 544.

[37] Cfr. C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 29, nota 61.

[38] A. Barbera, *Articolo 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, p. 50 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

turo esiti drastici come quello rumeno, in cui ad essere messa in dubbio è la stessa regolarità delle elezioni, quale momento fondante di ogni ordinamento democratico e rappresentativo.

Abstract

Il contributo discute gli strumenti più idonei a garantire, per quanto possibile, un mercato della comunicazione online in cui sia preservato il discorso pubblico, inteso come "spazio istituzionale aperto a interazioni comunicative che, attraverso il conflitto tra opposte visioni del mondo, legittimano sostanzialmente i meccanismi procedurali del circuito democratico-rappresentativo".

The paper discusses the most appropriate tools to ensure, as much as possible, an online communication market in which public discourse is preserved, understood as an institutional space open to communicative interactions which, through the conflict between opposing world views, substantially legitimise the procedural mechanisms of the democratic-representative circuit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-12-Villaschi

ORIENTAMENTI

CASSAZIONE SEZIONI UNITE

Pres. D'Ascola - Rel. Mercolino

Sent. 16 luglio 2025, n. 19750

Società – Estinzione della – Cancellazione dal registro delle imprese – Estinzione dei crediti – Trasferimento in favore dei soci salvo remissione.

L'estinzione della società, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non comporta anche l'estinzione dei crediti della stessa, i quali costituiscono oggetto di trasferimento in favore dei soci, salvo che il creditore abbia inequivocamente manifestato, anche attraverso un comportamento concludente, la volontà di rimettere il debito, comunicandola al debitore, e sempre che quest'ultimo non abbia dichiarato, in un congruo termine, di non volerne profittare: a tal fine, non risulta tuttavia sufficiente la mancata iscrizione del credito nel bilancio di liquidazione, la quale non giustifica di per sé la presunzione dell'avvenuta rinunzia allo stesso, incombendo al debitore convenuto in giudizio dall'ex socio, o nei confronti del quale quest'ultimo intenda proseguire un giudizio promosso dalla società, l'onere di allegare e provare la sussistenza dei presupposti necessari per l'estinzione del credito.

Omissis. In proposito, l'ordinanza interlocutoria richiama innanzitutto le due pronunce delle Sezioni Unite con cui, in riferimento alla disciplina introdotta dalla riforma del diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, fu enunciato il principio di diritto secondo cui, ove all'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-13-Cicero

del quale, mentre le obbligazioni della società non si estinguono, ciò che sacrificherebbe ingiustamente il diritto del creditore sociale, ma si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, pendente societate, fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali, i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), giacché il mancato espletamento di tale attività da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo (cfr. Cass., Sez. Un., 12.3.2013, nn. 6070 e 6071).

A tali pronunce ne seguirono altre conformi, le quali ribadirono che l'estinzione di una società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, ove intervenuta in pendenza di un giudizio dalla stessa originariamente intrapreso, non determina il trasferimento della corrispondente azione in capo ai soci, atteso che il fenomeno di tipo successorio derivante dalla suddetta vicenda, riguardante esclusivamente gli eventuali rapporti giuridici (afferenti le obbligazioni ancora inadempiute, oppure i beni o i diritti non compresi nel bilancio finale di liquidazione) non venuti meno a causa di quest'ultima, non si estende alle mere pretese, benché azionate in giudizio, né ai diritti ancora incerti o illiquidi necessitanti dell'accertamento giudiziale non concluso, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia implicitamente rinunciato con conseguente cessazione della materia del contendere (cfr. Cass., Sez. I, 24.12.2015, n. 25974; nel medesimo senso, v. Cass., Sez. I, 15.11.2016, n. 23269).

Tanto premesso, la Prima Sezione civile rileva che, nell'ambito di tale indirizzo, alcune pronunce hanno ravvisato nell'inerzia del liquidatore un elemento idoneo a fondare una presunzione qualificata di rinuncia alle predette pretese, ancorché relative a crediti incerti ed illiquidi: è stato infatti affermato che in caso di cancellazione volontaria di una società dal registro delle imprese, intervenuta in pendenza di un giudizio risarcitorio introdotto dalla società medesima, il

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-13-Cicero

comportamento del liquidatore, che non si sia attivato per l'accertamento del credito, preferendo concludere il procedimento estintivo della società, consente di presumere che quest'ultima abbia tacitamente rinunciato alla propria pretesa, con la conseguenza che non si determina alcun fenomeno successorio nella pretesa sub judice, ed i soci della società estinta non sono legittimati ad impugnare la sentenza d'appello che abbia rigettato questa pretesa (cfr. Cass., Sez. III, 29/07/2016, n. 15782).

Tale assunto non è stato integralmente condiviso dalla giurisprudenza successiva, la quale ha affermato, in tema di cancellazione volontaria, che l'estinzione della società, ove intervenuta in pendenza di un giudizio dalla stessa originariamente intrapreso, non determina anche l'estinzione della pretesa azionata, salvo che il creditore abbia manifestato, anche attraverso un comportamento concludente, la volontà di rimettere il debito, comunicandola al debitore e sempre che quest'ultimo non abbia dichiarato, in un congruo termine, di non volerne profittare (cfr. Cass., Sez. I, 22.5.2020, n. 9464); e, in tema di cancellazione di ufficio, ai sensi dell'art. 2490, ultimo comma, cod. civ., che l'estinzione della società dal registro delle imprese non consente di ritenere automaticamente rinunciato il credito controverso (nella specie derivante da un'azione promossa ai sensi dell'art. 2476 cod. civ.), poiché la regola è la successione in favore dei soci dei residui attivi, salvo la remissione del debito ai sensi dell'art. 1236 cod. civ., che deve essere allegata e provata con rigore da chi intenda farla valere, dimostrando tutti i presupposti della fattispecie, ossia la inequivoca volontà remissoria e la destinazione della dichiarazione ad uno specifico creditore (cfr. Cass., Sez. VI, 31.12.2020, n. 30075).

Ciò nonostante, alcune pronunce più recenti hanno ribadito la tesi secondo cui l'estinzione di una società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese determina un fenomeno di tipo successorio in virtù del quale sono trasferiti ai soci esclusivamente le obbligazioni ancora inadempiute ed i beni o i diritti non compresi nel bilancio finale di liquidazione, con esclusione, invece, delle mere pretese, ancorché azionabili in giudizio e dei crediti ancora incerti o illiquidi necessitanti dell'accertamento giudiziale non concluso, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente, quindi, di ritenere che la società vi abbia implicitamente rinunciato, con la conseguenza che gli ex-soci non sono legittimati a farli valere in giudizio

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-13-Cicero

(cfr. Cass., Sez. II, 9.8.2023, n. 24246; Cass., Sez. III, 29.4.2024, n. 11411). Si è quindi ritenuto che il soggetto che agisce a tutela della pretesa creditoria di una società cancellata dal registro delle imprese abbia l'onere di allegare espressamente e, poi, di dimostrare la propria qualità di avente causa della società, come assegnatario del credito in base al bilancio finale di liquidazione oppure come successore nella titolarità di un credito non inserito nel bilancio e non oggetto di tacita rinuncia, senza che assuma alcun rilievo la dichiarata qualità di ex-socio o di liquidatore, non necessariamente implicante la successione nella posizione giuridica (cfr. Cass., Sez. III, 25.3.2021, n. 8521; 18.7.2023, n. 21071).

Nel segnalare il contrasto in tal modo determinatosi, l'ordinanza interlocutoria rileva anche le criticità dell'orientamento inaugurato dalle citate pronunce delle Sezioni Unite, evidenziando *a*) l'inconciliabilità dell'individuazione dell'elemento distintivo nell'idoneità della posta creditoria a essere iscritta nel bilancio finale con il principio contabile generale per cui ogni credito, ancorché illiquido o incerto, va iscritto (e quindi può essere iscritto) in bilancio al valore presumibile di realizzo (art. 2426 cod. civ.), *b*) l'irrazionalità dell'automatica riconduzione della formalità pubblicitaria (la cancellazione dal registro delle imprese) alla fattispecie della rinuncia, pur in presenza di circostanze logicamente non compatibili, come la coltivazione del giudizio per l'accertamento del credito da parte del liquidatore, e *c*) l'oggettiva difficolta di sostenere l'assunto sul piano degli effetti pratici, giacché mantenendosi l'automatismo ne deriverebbe una perdita potenziale in pregiudizio degli stessi creditori, in ragione dell'impossibilità di far conto della posta attiva in esito a una scelta abdicativa a loro estranea. Ad avviso del Collegio rimettente, sono state proprio le perplessità suscitate dal predetto automatismo ad indurre a ricercare un diverso punto di equilibrio, individuato dalle citate pronunce della Prima e della Sesta Sezione civile nell'operatività di una presunzione inversa, cioè di una presunzione di sopravvivenza del credito controverso, in virtù della quale la cancellazione della società non comporta automaticamente la rinuncia allo stesso, poiché la remissione del debito presuppone una volontà univoca in tal senso, che dev'essere specificamente allegata e provata. Diversamente, le ordinanze della Terza Sezione civile tendono a riproporre la tesi dell'efficacia estintiva automatica della cancellazione, tempe-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-13-Cicero

randone il rigore sotto il profilo della ripartizione dell'onere della prova, attraverso la precisazione che la volontà abdicativa si presume fintanto che non sia dimostrato che il credito, originariamente azionato dalla società e per definizione illiquido, non è stato implicitamente rinunciato.

Omissis. In questa sede, è necessario quindi muovere dall'individuazione delle ragioni addotte a sostegno della riconsiderazione dell'indirizzo in questione, sotto il profilo della ripartizione dell'onere della prova, e della conseguente esclusione della configurabilità di una presunzione di rinuncia tacita al credito, per effetto della mancata inclusione dello stesso nel bilancio di liquidazione, con l'imposizione a carico di chi intende far valere la rinuncia dell'onere di allegare e provare l'avvenuta manifestazione della relativa volontà da parte del creditore e della comunicazione della stessa al debitore. *Omissis*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-13-Cicero

ESTINZIONE DELLA SOCIETÀ E POSTA CREDITORIA

Brevi cenni sono imposti dall'importanza del principio di diritto esplicitato dalle Sezioni Unite. Principio che fu enunciato già in passato[1], secondo cui, ove all'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale, mentre le obbligazioni della società non si estinguono, ciò che sacrificherebbe ingiustamente il diritto del creditore sociale, ma si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, *pendente societate*, fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali, i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), giacché il mancato espletamento di tale attività da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo.

Alcune pronunce più recenti[2] hanno sostenuto la tesi secondo cui l'estinzione di una società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese determina un fenomeno di tipo successorio in virtù del quale sono trasferiti ai soci esclusivamente le obbligazioni

[1] Rimando a Cass., sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6070 e 6071.

[2] Cass., 9 agosto 2023, n. 24246; Cass., 19 aprile 2024, n. 11411.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-13-Cicero

ancora inadempiute ed i beni o i diritti non compresi nel bilancio finale di liquidazione, con esclusione, invece, delle mere pretese, ancorché azionabili in giudizio e dei crediti ancora incerti o illiquidi necessitanti dell'accertamento giudiziale non concluso, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente, quindi, di ritenere che la società vi abbia implicitamente rinunciato, con la conseguenza che gli ex soci non sono legittimati a farli valere in giudizio. Di conseguenza, il soggetto che agisce a tutela della pretesa creditoria di una società cancellata dal registro delle imprese dovrebbe avere l'onere di allegare espressamente e, poi, di dimostrare la propria qualità di avente causa della società, come assegnatario del credito in base al bilancio finale di liquidazione oppure come successore nella titolarità di un credito non inserito nel bilancio e non oggetto di tacita rinuncia, senza che assuma alcun rilievo la dichiarata qualità di ex-socio o di liquidatore, non necessariamente implicante la successione nella posizione giuridica.

Con ordinanza interlocutoria del 13 giugno 2024, la Prima Sezione civile, investita della trattazione del ricorso, aveva trasmesso gli atti alla Prima Presidente, che ne aveva disposto l'assegnazione alle Sezioni Unite, ai fini della risoluzione di un contrasto di giurisprudenza determinatosi in ordine alla configurabilità di una tacita rinuncia ai crediti della società non compresi nel bilancio finale di liquidazione, come effetto automatico della cancellazione dal registro delle imprese, con conseguente estinzione della società, in pendenza del giudizio volto a farli accertare. L'ordinanza interlocutoria evidenziava *a*) l'inconciliabilità dell'individuazione dell'elemento distintivo nell'idoneità della posta creditoria a essere iscritta nel bilancio finale con il principio contabile generale per cui ogni credito, ancorché illiquido o incerto, va iscritto (e quindi può essere iscritto) in bilancio al valore presumibile di realizzo (art. 2426 cod. civ.), *b*) l'irrazionalità dell'automatica riconduzione della formalità pubblicitaria (la cancellazione dal registro delle imprese) alla fattispecie della rinuncia, pur in presenza di circostanze logicamente non compatibili, come la coltivazione del giudizio per l'accertamento del credito da parte del liquidatore, e *c*) l'oggettiva difficolta di sostenere l'assunto sul piano degli effetti pratici, giacché mantenendosi l'automatismo ne deriverebbe una perdita potenziale in pregiudizio degli stessi creditori, in

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-13-Cicero

ragione dell'impossibilità di far conto della posta attiva in esito a una scelta abdicativa a loro estranea.

Secondo le Sezioni Unite, è scontata l'efficacia estintiva della cancellazione dal registro delle imprese e la trasmissione ai soci dei rapporti obbligatori già facenti capo alla società. Ad avviso del nuovo orientamento, dunque, esclusa l'operatività di una presunzione di estinzione in conseguenza della mancata inclusione del credito nel bilancio di liquidazione, è a carico del soggetto convenuto in giudizio dall'ex socio, o nei confronti del quale quest'ultimo intenda proseguire un giudizio promosso dalla società, l'onere di allegare e dimostrare la mancata successione della controparte nella titolarità del credito originariamente spettante alla società.

CRISTIANO CICERO

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-13-Cicero

CASSAZIONE

Pres. DI VIRGILIO - Rel. FORTUNATO

Ord. sez. II, 11 aprile 2025, n. 9534

Successioni – Successione testamentaria – Testamento pubblico – Espressioni per monosillabi del *de cuius* – Validità del testamento.

La circostanza che il de cuius *si esprima a monosillabi o con gesti espressivi del capo non inficia la validità del testamento, se tali modalità sono le uniche coerenti con le condizioni di salute del testatore, caratterizzate da un deficit motorio tale da non incidere sulle capacità, né sulla possibilità di esprimere in maniera intellegibile la propria volontà, non potendosi negare che il consenso cosi esternato sia stato validamente manifestato, né potendosi contestare la genuinità e la pienezza dell'espressione di volontà che il giudice di merito ha riscontrato in concreto, con motivazione esente da vizi.*

Rileva, per il rispetto delle formalità imposte per la valida manifestazione di volontà del disponente nel testamento segreto, che tale volontà sia immune da vizi, intellegibile, consapevole, tutte condizioni che, nel caso in esame, sono state accertate dal giudice.

Omissis. Per la validità del testamento pubblico l'art. 603 c.c. richiede un'espressione della volontà del testatore alla presenza dei testimoni, la riproduzione per iscritto di tali volontà, la successiva lettura dell'atto alla presenza del testatore e dei testimoni, con menzione nella scheda dell'espletamento delle formalità di legge.

Non è preclusa la possibilità che, ricevute le ultime volontà del de cuius, si provveda alla redazione della scheda in assenza della parte e dei testimoni.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-14-Rinaldo

Le due operazioni possono svolgersi in momenti diversi: in tal caso, qualora la scheda sia predisposta dal notaio, condizione necessaria e sufficiente di validità del testamento è che, prima di dare lettura della scheda, il testatore manifesti la propria volontà in presenza dei testi (Cass. 3552/1971; Cass. 1649/2017; Cass. 2742/1975; Cass. 30221/2023).

La circostanza che il de cuius si fosse espresso a monosillabi o con gesti espressivi del capo non inficiava, nello specifico, la validità del testamento, essendo tali modalità le uniche coerenti con le condizioni di salute di I.I., caratterizzate da un deficit motorio tale da non incidere sulle capacità, né sulla possibilità di esprimere in maniera intellegibile la propria volontà, non potendosi negare che il consenso così esternato fosse stato validamente manifestato, né potendosi contestare la genuinità e la pienezza dell'espressione di volontà che il giudice di merito ha riscontrato in concreto, con motivazione esente da vizi.

Rileva, per il rispetto delle formalità imposte per la valida manifestazione di volontà del disponente nel testamento segreto, che tale volontà sia immune da vizi, intellegibile, consapevole, tutte condizioni accertate dal giudice.

Le argomentazioni esposte circa le condizioni del testatore e le modalità con cui egli era in grado di esprimersi danno risposta alle questioni sollevate con i motivi di gravame, dovendo escludersi un'omissione di pronuncia, essendo le ragioni adottate dal giudice inconciliabili con le contestazioni proposte dall'appellante (Cass. 25710/2024; Cass. 24155/2017). *Omissis*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-14-Rinaldo

ESPRESSIONE PER MONOSILLABI E VALIDITÀ DEL TESTAMENTO

L'ordinanza è di non poco interesse perché scioglie una questione sentita in tema di formalismi nel testamento pubblico. Come è noto, ai sensi dell'art. 603 2° co. c.c., il testatore, in presenza dei testimoni, dichiara al notaio la sua volontà, la quale è ridotta in iscritto a cura del notaio stesso. Ulteriormente, questi dà lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni, e infine di ciascuna di tali formalità è fatta menzione nel testamento. Sotto il profilo rimediale, è prevista la nullità in caso di mancata redazione in iscritto della dichiarazione del testatore oppure in caso di assenza di sottoscrizione, e l'annullabilità negli altri casi (art. 606 c.c.)[1]. Orbene, nel caso che ci riguarda, un testatore inabilitato, certamente fragile ma in presenza parrebbe sicuramente della piena capacità di intendere e di volere, esprimeva a monosillabi o con gesti espressivi la propria volontà testamentaria. La S.C. valutato che tali modalità espressive sono le uniche coerenti con le condizioni di salute del testatore, caratterizzate da un deficit motorio tale da non incidere sulle capacità, ha statuito la validità del testamento, sottolineando che ciò che conta in ultima analisi è che la volontà sia immune da vizi, intellegibile, consapevole.

L'interprete formalista sarebbe tentato di storcere il naso. Per certo, d'altronde, nel nostro caso, una dichiarazione del testatore non vi era stata. Né la prassi di redazione dei testamenti pubblici, ove normalmente va a leggersi che il testatore "mi dichiara le sue ultime volontà che vengono ridotte per iscritto come segue …" è rispettata. A mio avviso sarebbe tuttavia fuorviante ed errato ragionare in termini di falso, poiché una pur minima interpretazione adegua-

[1] Rimando a A. Cicu, *Il testamento*, 2ª ed., rist. Napoli, 2025, p. 66.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-14-Rinaldo

trice, necessaria ai fini di tutela del testatore fragile, come già avvenuto ad es. in caso di testatore malato di SLA, rende in piena conformità al disposto di legge l'espressione per monosillabi se in presenza della capacità testamentaria[2].

Ciò che invece solleva alcune perplessità attiene alla presenza dei testimoni come descritto in ordinanza. Parrebbe di potersi comprendere che i testimoni siano stati presenti nel solo momento attinente alla dichiarazione e non durante la redazione per iscritto. Correttamente rileva il Giudice che i due momenti, della dichiarazione e della redazione per iscritto possono essere distinti, bastando la presenza dei testimoni durante il solo primo momento, salva sempre la necessità della loro presenza alla successiva lettura. Evidenzierei peraltro che in questa specifica vicenda, stante la particolarità della dichiarazione del testatore, sarebbe stato preferibile la presenza dei testimoni anche durante la redazione per iscritto.

MARIANNA RINALDO

[2] In senso critico, v. però P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, *La famiglia, le successioni*, Torino, 2020, p. 610.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-14-Rinaldo

RECENSIONI

UMBERTO IZZO, *Il danno nella relazione tra uomini e animali*, Università degli Studi di Trento, 2025, pp. 656.

1. La relazione fra uomini e animali è il *fil rouge* della ricerca di Umberto Izzo, edita nella collana della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento. Ricerca molto approfondita, che si dipana lungo sei capitoli per circa seicentocinquanta pagine, e che contiene un sottotitolo, "Storia e attualità di un problema", utile per comprendere il taglio, oserei affermare universale, della riflessione. E così, è presente l'analisi storica fino a giungere al tempo contemporaneo del danno cagionato dall'animale; la riflessione sul danno cagionato dalla perdita della relazione affettiva nel rapporto fra uomo e animale; la questione sempre presente nel dibattito odierno e nella prassi del danno da animale selvatico.

α) la riflessione dell'A. prende l'avvio dall'art. 9 Cost., con la scrittura di pagine ove si lascia apprezzare la sua cultura valoriale sulla tutela degli animali, con la conclusione, giusta, dell'esigenza di un'attuazione costituzionale per il tramite *de iure condendo* di un Codice sulla tutela degli animali. Sempre puntuale è l'analisi, fruibile a partire dal capitolo terzo (p- 219 ss.), della responsabilità per il danno cagionato da animali nel codice del 1942; con riferimento alla funzione e agli scenari applicativi dell'art. 2052 c.c., all'oggettività della regola d'imputazione *ex* art. 2052, al legittimato passivo, all'esimente del fortuito che limita la responsabilità.

Spicca, per interesse e originalità, la trattazione contenuta nel capitolo quarto, in tema di danno alla relazione uomo/animale (p. 277 ss.), ove partendo dallo stato dell'arte della risarcibilità del danno non patrimoniale per la perdita dell'animale d'affezione, l'A. indica una via alternativa al risarcimento del danno conseguente alla perdita dell'animale accudito. La perdita dell'animale – si legge a p.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-15-Cicero

395 – dovuta alla responsabilità civile di un terzo vanifica il corrispettivo che il proprietario profonde con quotidiana regolarità nell'animale per assicurare, per il tempo in cui si è protratta la relazione, la vita e il benessere del proprio animale di affezione, con un investimento periodico e continuativo che, sotto le lenti delle tecniche di quantificazione del danno, potrebbe assumere la foggia di una categoria di danno che, per molti aspetti, suscita minori problemi quando si tratta di determinarne la quantificazione sul piano probatorio. Si metterebbe a fuoco un danno patrimoniale emergente e rivolto al passato, alla luce della circostanza che, con la perdita dell'animale, viene perduto l'intero stock degli investimenti che il titolare del diritto di proprietà ha profuso nel tempo affinché potesse trarre dall'animale le utilità non patrimoniali attese.

β) I capitoli quinto e sesto sono dedicati alla riflessione sul danno cagionato dall'animale non addomesticato e dalla fauna selvatica. I primi, volendo prendere quale paradigma gli animali randagi, in linea teorica, restano assoggettati al regime dell'art. 2052 c.c., che rende responsabile il proprietario anche se l'animale è fuggito o smarrito. Essi – sottolinea l'A. (p. 414) – hanno conosciuto l'esperienza dell'uso da parte dell'umano e anche dopo essersi smarriti o (purtroppo, più frequentemente) essere stati abbandonati dal loro utilizzatore sarebbero in linea di principio riassoggettabili alla relazione d'uso interrottasi. Ma l'impossibilità fattuale di ricondurre i danni da loro provocati al loro proprietario o utilizzatore, che pure oggi è resa contrastabile in misura crescente dalle potenzialità della tecnologia, fra microchip, registri informatizzati e analisi genetiche, nella misura in cui non sia vinta mediante l'impiego di questi strumenti tecnologici, finisce per rendere questi danni giuridicamente adespoti, e ne sancisce l'irrisarcibilità. Per l'A., il danneggiamento propiziato dal randagio mette a confronto il deficit precauzionale del soggetto istituzionale deputato al controllo del pericolo randagio, che andrà però provato dal danneggiato (alla guida o trasportato dal veicolo), con il deficit precauzionale che viene presuntivamente ascritto, senza che sia necessario provarlo, al conducente del veicolo, il quale può tentare di liberarsi dall'addebito mossogli dal primo comma dell'art. 2054 c.c. solo fornendo una prova particolarmente

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-15-Cicero

rigorosa. Differente dev'essere la riflessione se l'animale in questione è selvatico (p. 443). Viene sottolineato come l'assestamento del contenzioso sullo schema imperniato sull'accertamento della colpa delle articolazioni territoriali della P.A. coinvolte nella programmazione e gestione della fauna selvatica propose dagli anni Novanta in poi i medesimi problemi del danno provocato da animali randagi. *In primis*, la legittimazione passiva dell'ente cui muovere l'addebito omissivo in relazione al luogo e al tempo di verificazione di ciascuna vicenda dannosa, posto che le legislazioni regionali potevano periodicamente subire modifiche, anche apparentemente marginali, ma tali da modificare la risposta da offrire al problema in sede processuale. In secondo luogo, l'identificazione del facere precauzionale la cui omissione fosse suscettibile di sostanziare, se confermata dalla prova di spettanza attorea, l'addebito di responsabilità per colpa omissiva dell'ente o degli enti convenuti (p. 457). Di particolare importanza sono le pagine in tema che richiamano l'arresto giurisprudenziale (Cass., 20 aprile 2020, n. 7969, in *Giur. it.*, 2021, p. 585, con nota di C. Cicero, *Il danno da fauna selvatica come danno da animali*) volto a dichiarare applicabile nel 2020 l'art. 2052 allo stato e alle regioni (p. 500).

2. Osservo che purtroppo non posso rendere il valore di un saggio monografico che corre lungo seicento pagine; tuttavia la loro lettura, certamente impegnativa, propone un pensiero di assoluta originalità. Le costruzioni – dialoganti alla pari con la migliore letteratura e la giurisprudenza – raramente sono ortodosse, e riflettono la cultura in materia dell'Autore che si spinge ben oltre le Στῆλαι Ἡρακλέους della giuridicità. Mi piace concludere richiamando la lezione dell'A., con l'affermazione (p. 656) *ad tutelam naturae, qui incommoda faunae ferae tolerant, eius commoda percipiant*.

Cristiano Cicero

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-15-Cicero

SALVATORE ESPOSITO, *Responsabilità in ámbito sanitario tra tradizione e innovazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2025, pp. 216.

Salvatore Esposito compie il proprio esordio in letteratura pubblicando un saggio monografico in tema di responsabilità sanitaria, edito nei *Quaderni* della collana de *Il Foro Napoletano* per i tipi di ESI. L'articolazione della ricerca si svolge in tre capitoli, rispettivamente – il primo – su *Rapporto medico-paziente: prestazione dovuta e modelli di responsabilità*, su *Espansione tecnologica in àmbito sanitario: implicazioni e rimedi*, il secondo, infine su *Informazione, consenso e tutele*, il terzo.

Anticipo, pur in questa breve scheda, che la materia, assai complessa, dominata dalla giurisprudenza, è trattata e pienamente dominata dal nostro A., che mostra il dono di una scrittura fresca e sintetica. Il focus del saggio emerge immediatamente, sin dalle pagine di introduzione, ove si legge di una duplice esigenza: ripensare la funzione della responsabilità civile per il tramite di un'interpretazione evolutiva e assiologicamente orientata, inoltre individuare un apparato rimediale ispirato ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità. Sottolinea subito l'A. che la riattualizzazione di vecchie categorie giuridiche si scontra con problemi inediti, generati ad es. dall'impiego dell'intelligenza artificiale in àmbito sanitario.

La trattazione della materia è esaustiva e al tempo originale. La riflessione appare sempre bilanciata e equilibrata, in tema di crisi del legame fiduciario nel rapporto di cura, di salute quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, di evoluzione della responsabilità medica, di dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Probabilmente il cuore della trattazione è insito nel secondo capitolo del volume, ove Esposito riflette sulle nuove sfide dell'intelligenza artificiale, nella transizione verso il c.d. postumanesimo il

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-16-Cicero

quale sollecita una revisione della dogmatica giuridica in ragione delle dirette ricadute sui valori e i diritti fondamentali dell'ordinamento. Inevitabilmente vi è allora l'introduzione di nuovi attori nel rapporto medico-paziente e ulteriormente la manifestazione di nuove responsabilità.

Il terzo e ultimo capitolo tratta del consenso quale presupposto per la legittimità della prestazione a tutela del paziente, con la presenza di riflessioni sul consenso informato nell'erta dell'intelligenza artificiale, e la sottolineatura dell'esigenza di una riconfigurazione dell'assetto informativo e dell'autodeterminazione del paziente nel rapporto di cura. Le ultime pagine con lucidità evidenziano la necessità di una rimodulazione del consenso informato e la necessità di delineare nuovi modelli informativi. L'informazione, si legge, non può essere ridotta a un mero risultato, ma va concepita come relazione necessaria tra chi informa e il destinatario; l'intelligenza artificiale in àmbito sanitario va configurata come ausilio e non come sostituto del medico. Solo un'informazione pertinente, proporzionata e intelligibile consente di evitare possibili discriminazioni causate dal diverso grado di conoscenze tecnologiche del paziente.

Nel pensiero di Esposito, in conclusione, ritornando all'introduzione del volume, la responsabilità medica si rivela terreno privilegiato per ritornare sui temi classici oltreché per verificare la tenuta e l'adeguatezza delle categorie rispetto al mutare del tempo.

CRISTIANO CICERO

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2995-8 10.60980/seg2025/1-16-Cicero

AUTORI

Giulia Bazzoni
Assegnista di ricerca nell'Università di Verona

Stefania Cecchini
Ricercatrice nell'Università di Cagliari

Cristiano Cicero
Professore ordinario nell'Università di Cagliari

Giovanni Cocco
Professore ordinario nell'Università di Padova

Maria Francesca Cortesi
Professoressa associata nell'Università di Cagliari

Riccardo Fercia
Professore ordinario nell'Università di Cagliari

Rosario Franco
Notaio in Sesto San Giovanni - Abilitato alle funzioni di professore di prima fascia ssd GIUR - 01/A

Alessandra Leuzzi
Ricercatrice nell'Università di Cagliari

Giovanni Manca
Professore associato nell'Università di Cagliari

Marcella Martis
Professoressa associata nell'Università di Cagliari

Antonio Musio
Professore ordinario nell'Università di Salerno

Federico Onnis Cugia
Ricercatore nell'Università di Cagliari

Marianna Rinaldo
Professoressa associata nell'Università di Cagliari

Pietro Villaschi
Ricercatore nell'Università di Milano

Regolamento

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI
e
STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

1. Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari intende dare continuità allo storico periodico Studi economico-giuridici, ISSN 1971-5692, ISSN-L 1971-5692, Codice CDU 33, Codice rivista P 00059105 in ACNP e classificati come rivista scientifica dall'ANVUR, che per più di un secolo, dal 1909, è stato ininterrotta espressione dei plurimi percorsi scientifici espressi dalla Facoltà giuridica cagliaritana.
2. Gli «Studi economico-giuridici» avranno cadenza annuale con fascicoli semestrali ed ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.
3. Organi degli Studi economico-giuridici sono il Direttore responsabile, il Comitato di direzione, il Comitato scientifico di valutazione, il Comitato esterno di valutazione, il Comitato editoriale.
4. Il Comitato di direzione è composto, su richiesta dell'interessato, dai professori ordinari in servizio presso il Dipartimento di giurisprudenza che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale e dai Professori emeriti in materie giuridiche dell'Università di Cagliari. Il Direttore responsabile è eletto dal Comitato di direzione tra i suoi componenti e assume con la carica le funzioni di coordinatore del Comitato.
5. Il Comitato scientifico e il Comitato di valutazione sono composti da professori ordinari in servizio presso gli Atenei italiani che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale nei settori concorsuali di afferenza, nonché da professori emeriti e da studiosi stranieri titolari di cattedra secondo l'ordinamento del proprio Paese.
6. Il Comitato editoriale è composto, su richiesta dell'interessato, dai ricercatori e dai professori associati afferenti al Dipartimento purché vantino il possesso delle soglie scientifiche per il conferimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale alla qualifica di professore associato per i ricercatori, e alla qualifica di professore ordinario per gli associati.

7. Tutte le ricerche saranno pubblicate all'esito del referaggio positivo *double-blind peer-review* a cura del Direttore responsabile o da un componente del Comitato di direzione a ciò espressamente delegato. La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato, in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR. Il referee si impegna a valutare obiettivamente il materiale ricevuto, motivando adeguatamente i giudizi espressi in maniera chiara ed esplicita all'interno di una scheda di valutazione, che contiene criteri uniformi di valutazione di ogni singolo contributo.
8. Per la procedura di revisione il Direttore responsabile, su incarico del Comitato di direzione, potrà avvalersi di uno o più componenti del Comitato esterno di valutazione e/o eccezionalmente di altri referees esterni scelti tra studiosi, anche stranieri, afferenti a Università o enti, centri studio o istituti di ricerca, di comprovata esperienza.
9. Al fine di garantire l'assoluta e completa trasparenza delle procedure di referaggio, tutte le schede di valutazione dei referees sono conservate in un archivio custodito sotto la responsabilità del Direttore o di altro componente del Comitato di direzione delegato.
10. Il Comitato di direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di scritti provenienti da Autori anche stranieri, di autorevolezza e prestigio tali che il loro contributo costituisce di per sé ragione di pregio per gli Studi economico-giuridici.
11. L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo in altra rivista o in banche dati, senza il consenso scritto del Comitato di direzione.
12. Il periodico recepisce i valori espressi nel Codice Etico dell'Università di Cagliari e alle norme contenute nel Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche (Approvato con delibera del Consiglio Direttivo ANVUR n. 42 del 20/02/2019); a tali valori e norme si conforma integralmente.
13. Il periodico si cita *St. Cagliari*.

Pubblicato nel dicembre 2025