

QUADERNI DEL
DOTTORATO IN GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA

2025

DIRETTI DA PAOLA LAMBRINI

QUADERNI DEL DOTTORATO
IN GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA

2025

diretti da Paola Lambrini

COMITATO SCIENTIFICO

CHIARA ABATANGELO - ENRICO MARIO AMBROSETTI - BERNARDO
CORTESE — MARCELLO DANIELE - MATTEO DE POLI - STEFANO
FUSELLI - PAOLA LAMBRINI - MARINO MARINELLI - MANLIO MIELE -
ANDREA PIN - GUIDO RIVOSECCHI - RAFFAELE VOLANTE -
FRANCESCO VOLPE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO
E CRITICA DEL DIRITTO

QUADERNI DEL DOTTORATO IN GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA
2025

diretti da Paola Lambrini

LEDIZIONI

Il volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università degli Studi di Padova.

I contributi sono sottoposti a referaggio anonimo

© 2026 Ledizioni LediPublishing
Via Boselli, 10 – 20136 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Quaderni del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova 2025, diretti da Paola Lambrini

ISBN: 9791256006724

Ufficio grafico Ledizioni.

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

SOMMARIO

<i>Presentazione</i> , di Paola Lambrini	11
FILIPPO BERTO <i>L'irretroattività della legge penale alla prova del 'diritto ingiusto'</i>	13
ANNA BICCIATO <i>Dalla tradizione all'innovazione: le piattaforme per donare</i>	51
MARIA CARLA CANATO <i>Interdittive antimafia e prevenzione penale: verso una riconcettualizzazione delle misure amministrative a carattere sanzionatorio</i>	65
EDOARDO CECCHINATO <i>Il governo delle imprese finanziarie alla prova dell'intelligenza artificiale: riflessioni sul 'robo-amministratore'</i>	97
GIAN BRUNO CHERCHI <i>Onere di allegazione dell'imputato e processo penale</i>	111
ALESSANDRA LAZZARINI <i>Licenziamenti, libertà accademica e libertà religiosa nelle università confessionali statunitensi</i>	139
MATTEO MANIERO <i>Una donna al confino politico per omosessualità (1928). Un procedimento contra o praeter legem?</i>	153
RICCARDO MASET <i>Forme atipiche della sentenza limitata all'an debeatur: l'ammissibilità della condanna generica in via autonoma, fra le ondivaghe opinioni della giurisprudenza e le risposte immanenti e trascendenti il nostro sistema processuale</i>	181
CHIARA MAZZOCCO <i>La nuova legge sulla giustizia riparativa in Spagna. Un passo (dis)atteso? Confronto con la disciplina italiana</i>	213

VINCENZO ROMOLO

Il principio del 'giusto procedimento' di pianificazione urbanistica nella giurisprudenza della Corte costituzionale: dal piano casa alla riserva di procedimento 231

ROBERTA RUSSO

Antropizzazione delle coste e controversie giuridiche: riflessioni a partire dalla definizione di litus 251

HENG XU

Specificatio in Roman law 267

A CURA DI GIORGIA ZANON

Ancora sul caso di Milone. Una proposta di lettura tra diritto, retorica e ... immaginazione 297

PRESENTAZIONE

Il presente volume dei *Quaderni del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova* raccoglie una selezione di contributi che restituiscono efficacemente la varietà degli interessi scientifici e degli approcci metodologici coltivati all'interno del corso di dottorato. I saggi affrontano, da prospettive diverse, temi centrali del diritto penale e processuale, quali il principio di irretroattività della legge, l'onere di allegazione dell'imputato, le misure di prevenzione antimafia e le forme atipiche di decisione nel rito civile, la giustizia riparativa, nonché questioni di grande attualità legate all'evoluzione tecnologica e sociale, come l'impatto dell'intelligenza artificiale sulla *governance* delle imprese finanziarie, le nuove piattaforme di donazione e le trasformazioni del diritto del lavoro e delle libertà fondamentali in contesti comparati. Completano il quadro approfondimenti di diritto costituzionale e amministrativo, in particolare in materia di pianificazione urbanistica e giusto procedimento. Accanto a tali contributi di diritto positivo, il volume ospita significative riflessioni storico-giuridiche, che spaziano dal diritto romano – con studi sulla *specificatio* e sulla nozione di *litus* – alla storia del Novecento, attraverso l'analisi di un procedimento di confino politico per omosessualità.

In chiusura, il risultato finale della *Simulazione processuale in area romanistica*, dedicato quest'anno alla *pro Milone* di Cicerone, propone una lettura originale che intreccia diritto, retorica e immaginazione, richiamando l'attenzione sul valore euristico delle fonti antiche e sulla dimensione narrativa dell'argomentazione giuridica.

Nel loro insieme, i saggi testimoniano la vitalità della ricerca giuridica dei giovani studiosi e confermano i *Quaderni* tanto come luogo di confronto scientifico quanto di elaborazione critica, nel solco della tradizione e con uno sguardo attento alle sfide del presente.

PAOLA LAMBRINI

L'IRRETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE ALLA PROVA DEL 'DIRITTO INGIUSTO'

SOMMARIO: 1. Note introduttive: il «superamento del passato attraverso il diritto». – 2. L'eredità di Norimberga: il *nullum crimen sine lege* entra nel bilanciamento dei valori? – 3. La Formula di Radbruch e la retroattività come 'effetto collaterale' del superamento del passato attraverso il diritto. – 4. Il ruolo dell'irretroattività penale nelle sentenze del Bundesgerichtshof. – 5. Il dibattito intorno alle sentenze del BGH: invalidità del diritto o applicazione retroattiva del precetto penale? – 6. Le c.d. sentenze del muro di Berlino: dal ritorno alla Formula di Radbruch alla soluzione della Corte E.D.U. – 7. «Questo per il futuro»: riflessioni conclusive sulla tenuta del principio di irretroattività di fronte al diritto ingiusto.

1. Note introduttive: il «superamento del passato attraverso il diritto».

Sembra ormai pacifico ritenere che per fare i conti con il passato sia necessario ricorrere allo strumento del procedimento giudiziario, segnatamente quello penale¹. Tale affermazione affonda le proprie radici nelle esperienze che nel secolo scorso hanno visto nel diritto e nel processo i mezzi per 'digerire' le tragiche vicende della storia.

Evocativa è in questo senso la celebre definizione, elaborata in seno alla dottrina tedesca, della *Vergangenheitsbewältigung durch Recht* (letteralmente, «superare», «far fronte» o «venire a capo del passato attraverso il diritto»²), che altro non è se non una forma di giustizia di transizione, con tale intendendosi quell'insieme di processi – politici e giuridici insieme – che mirano a superare il passato regime tramite meccanismi che seguono (e hanno nella storia seguito) diversi modelli³.

Il prototipo di giustizia di transizione viene tradizionalmente ricondotto al processo di Norimberga, di cui ricorre ormai l'ottantesimo anniversario. Oltre ad aver costituito un motore per lo sviluppo della giustizia internazionale penale⁴, tale vicenda giudiziaria

1 Tra i primi a esprimersi in questi termini è A.K. REDEKER, *Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz*, in *NJW*, 1964, 1097.

2 E.M. AMBROSETTI, *In margine alle c.d. sentenze del muro di Berlino: note sul problema del «diritto ingiusto»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 1994, 609.

3 La prima e compiuta trattazione dei temi annessi alla «*Vergangenheitsbewältigung durch Recht*» si rinviene nel volume *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, a cura di J. Isensee, Berlino, 1992. Per un'analisi storica dei diversi modelli di giustizia di transizione, con particolare attenzione al diritto penale, si rinvia, tra tutti, a G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, XI ss.; T. VORMBAUM, *L'elaborazione del passato*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 113 ss. Per ulteriori rinvii bibliografici, cfr. G. PUGLISI, *La clausola di Norimberga*, Torino, 2021, 28, nt. 58.

4 In tal senso G. VASSALLI, *Norimberga 60 anni dopo*, in ID., *Ultimi scritti*, III.9, 495 ss., dove l'A. evidenzia come l'evoluzione della giustizia internazionale che ne è derivata sia stata suggellata dalla stipulazione

si è proposta come modello per le altre esperienze maturate negli ordinamenti interni; specialmente in quello tedesco, che, a causa delle note contingenze storiche – del Terzo Reich, prima, e della divisione delle due Germanie, dopo –, è stato terreno fertile per il germogliare della teoria del «superamento del passato attraverso il diritto» (o, come meglio si vedrà, «attraverso la giustizia»).

I giudizi che hanno interessato i crimini commessi dai comuni cittadini e dai funzionari del regime nazista e, negli anni della DDR, le uccisioni perpetrate lungo il confine intertedesco riproducono le medesime tensioni con il principio di legalità che erano state sollevate in occasione del processo di Norimberga. E ciò in particolar modo per quanto attiene al corollario dell'irretroattività della legge penale.

Non a caso, dallo studio delle diverse dinamiche processuali emerge che la prima eccezione degli imputati, la principale tesi difensiva spesa in giudizio e, quindi, il maggior sforzo decisorio delle diverse corti riguardano proprio l'eventuale configurabilità di una incriminazione retroattiva e la relativa ammissibilità. Occorre sin da subito chiarire che con 'incriminazione retroattiva' si intende non solo l'applicazione di una fattispecie penale sopravvenuta, ma altresì il venir meno – per l'appunto, *ex post facto* – di una causa di giustificazione o di non punibilità, oltretutto per via interpretativa, pur non mutando il precetto penale. E qui la peculiarità delle vicende storico-giuridiche che si tratteranno: il diritto applicato ai casi di specie è quello vigente al tempo del fatto, ossia nel contesto del precedente regime; quindi, lo stesso diritto che viene considerato 'ingiusto', in quanto contrario ai principi di giustizia. Questa considerazione, influenzata fortemente dalla dottrina di Gustav Radbruch e dalle istanze giusnaturalistiche che, come si vedrà, si sono imposte nella giurisprudenza tedesca dal secondo dopoguerra in poi, complica il problema della retroattività e interroga circa la reale natura di 'diritto' che in ipotesi si attribuisce a tali comandi.

Ci si propone pertanto di analizzare la risposta che le diverse corti tedesche e, da ultimo, la Corte E.D.U. hanno fornito al 'problema' dell'irretroattività, a partire dal celebre *Judgement* del T.M.I. di Norimberga, sino a quelle offerte nelle due vicende in cui la Germania ha avvertito «l'esigenza di giudicare politicamente, moralmente e giuridicamente gli effetti di un sistema politico dittatoriale»⁵. Peraltro, i processi ai «meri esecutori» costituiscono il luogo naturale per la presente analisi, anzitutto perché privi del condizionamento storico che caratterizza i giudizi ai vertici dell'Asse e per l'entità relativamente ridotta dei fatti oggetto di giudizio rispetto a quelli ascritti agli esponenti del regime.

Si intenderà dunque svolgere un'analisi dei diversi approcci al principio di irretroattività per indagarne la tenuta nei casi-limite della transizione da un 'diritto ingiusto' a uno Stato di diritto. Analisi che, in talune ipotesi, sembrerà più coincidere con una 'autopsia', nella misura in cui il *nullum crimen sine praevia lege*, ostacolando il «superamento del passato attraverso il diritto» e risultando recessivo rispetto all'esigenza di

dello Statuto di Roma del 1998 e dalla nascita della Corte penale internazionale.

5 R. MUHM, *Il «Muro di Berlino», i processi paralleli e il diritto naturale in Germania*, in *Ind. pen.*, 1994, 625.

non lasciare impuniti fatti di eccezionale entità, sembra essere un 'corpo morto', nella sostanza (anche se non formalmente) disatteso dagli interpreti. Tuttavia, questa risposta potrebbe apparire superficiale: occorre indagare l'intima essenza del divieto di retroattività penale per comprendere se, anche nei casi di specie, lo stesso sia stato effettivamente osservato, e, in generale, se meriti di essere osservato.

In sintesi, con il presente contributo si intende condurre uno 'stress test' sul principio di irretroattività, al fine di ricavare degli elementi utili a ricostruirne il fondamento giuridico e, in ottica *pro futuro*, i confini applicativi del suddetto principio nei casi eccezionali in cui rilevi un 'diritto ingiusto', oltre che nella sua normale dinamica operativa interna e sovranazionale.

2. L'eredità di Norimberga: il 'nullum crimen sine lege' entra nel bilanciamento dei valori?

Se è vero che, per usare un'espressione evocativa, il diritto di transizione ha un ruolo «costituente e costruttivista»⁶, quello che nasce a partire dal «processo del secolo» rappresenta il fondamento del moderno diritto penale internazionale⁷. Inoltre, come segnalato sin da subito dalla migliore dottrina del tempo⁸, esso costituisce un primo fondamentale punto di partenza per lo studio della 'resistenza' del principio di legalità di fronte alle vicende terribili della storia.

La genesi giuridica del processo va rintracciata nell'Accordo di Londra, siglato l'8 agosto del 1945 dalle quattro potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale.

L'Accordo e il connesso Statuto costituiscono la fonte e il limite dell'esperienza processuale⁹.

Fonte, poiché l'art. I del Patto e l'art. 6 dello Statuto attribuivano al T.M.I. la giurisdizione sui maggiori crimini ivi tipizzati – crimini contro la pace, crimini di guerra

6 Così R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 181.

7 Tale evoluzione riguarda, in particolar modo, i crimini contro l'umanità; H.H. JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, II, 2004, 43. Per una rassegna bibliografica completa sul punto, si rinvia a T. VORMBAUM, *Storia del diritto penale tedesco*, Padova, 2013, 311, nt. 341; cfr. anche G. ROBERTSON, *Crimes against Humanity*, Londra, 2002, 235 e G. VASSALLI, *La definizione dei delitti contro l'umanità*, in Id., *Giustizia internazionale penale*, Milano, 1995, 61 ss.

8 A fornire un «commento a caldo» del processo di Norimberga si sono spese le maggiori voci dell'epoca; *ex multis*: H. KELSEN, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, in *The International Law Quarterly*, I, 1947, 153 ss.; G. VASSALLI, *I delitti contro l'umanità e il problema giuridico della loro punizione*, prolusione letta il 31 gennaio 1946 nell'Università di Genova, il cui testo si rinviene integralmente in Id., *La giustizia penale internazionale*, Milano, 1995, 9 ss.; H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn, 1952.

9 Il successivo art. 2 costituiva inoltre la base legale dello Statuto allegato, rinviando allo stesso quanto alla costituzione, alla giurisdizione e alle funzioni attribuite al Tribunale. La traduzione in lingua italiana degli atti è consultabile in unipd-centrodirittiumani.it.

e crimini contro l'umanità – compiuti dai Paesi europei dell'Asse¹⁰, introducendo una responsabilità penale individuale per fatti compiuti sia a titolo personale che in qualità di membri di organizzazioni o dello Stato.

Allo stesso tempo, tali atti costituiscono il limite del processo. La base legale su cui si fonda il giudizio non viene rintracciata in nessuna disposizione, codice o convenzione, se non sul Patto stesso e sullo Statuto allegato¹¹. Ma non solo, agli occhi del giurista di oggi, così come ai più attenti osservatori dell'epoca, diverse risultano le storture, se non vere e proprie forzature, che hanno segnato lo svolgimento del processo, a partire dalla costituzione e dalla composizione del Tribunale stesso, che gli è valsa l'etichetta di «giustizia dei vincitori»¹², ovvero di vicenda giudiziaria atipica, se non extragiuridica o, quantomeno, estranea ai canoni del processo penale¹³.

E ancora, perplessità sono state segnalate in merito alla flessibilità delle regole procedurali, le quali venivano stabilite *in itinere* dal Tribunale e dallo stesso modificate o adattate in ragione della pretesa maggiore idoneità a regolare le circostanze in concreto verificatesi¹⁴.

Ciò nondimeno, la questione che più rileva in questa sede – e che, come si vedrà, più ha pesato nel dibattito dottrinale – attiene al rispetto del principio di legalità nel suo corollario del divieto di incriminazioni, apparentemente violato nella misura in cui si applicava agli imputati un diritto formatosi successivamente ai fatti.

Per la verità, tale contestazione ha sin dall'inizio riguardato solo una delle accuse avanzate nei confronti degli imputati.

10 Per gli ulteriori processi – i c.d. «*subsequent case*» – celebrati in Germania innanzi a organi giurisdizionali militari statunitensi, cfr. D. FRASER, *Shadows of Lam, Shadows of the Shoah: Toward a Legal History of the Nazi Killing Machine*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, 401 ss.

11 H. Kelsen, *Will the Judgement*, cit., 162.: «This judgment is not a source of law in the sense a true precedent is. The source of law is the London Agreement; and it is a source of law only and exclusively for the International Military Tribunal established by this Agreement».

12 Cfr. fra tutti D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Bagdad*, Bari, 2006.

Nessun membro del T.M.I. apparteneva a uno Stato neutrale e tantomeno a una delle potenze uscite sconfitte dal conflitto globale. Nonostante tale scelta risulti facilmente comprensibile alla luce del quadro storico e dal contesto diplomatico, la stessa si è esposta a diverse critiche volte a segnalare l'assenza di imparzialità della composizione. Inoltre, deve evidenziarsi la patente violazione del «principio di legalità processuale sotto il profilo genetico della precostituzione del giudice 'naturale' rispetto ai fatti commessi dai gerarchi nazisti», come segnalato da H. Kelsen, *Will the judgment*, cit., 170-171. Per i rinvii bibliografici cfr. G. CARUSO, *Simbolicità e legalità nel processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch*, in *L'Inrocervo*, 2016, 66.

13 Significativa è la presa di posizione del Fornasari, il quale afferma che «con l'attivazione dei tribunali di Norimberga e Tokyo...il paradigma di riferimento non è quello penalistico», G. FORNASARI, *Giustizia di Transizione*, cit., 9.

14 Pratica che, sotto il profilo formale, era conforme al dettato dell'art. 13 dello Statuto: «Il Tribunale determinerà le regole della sua procedura. Tali regole non dovranno in nessun caso essere incompatibili con le disposizioni del presente Statuto». Non solo. Alla flessibilità della procedura si accompagnava l'elasticità dell'apparato sanzionatorio predisposto dallo Statuto: in forza dell'art. 27, infatti, il Tribunale poteva «pronunciare contro gli accusati condannati la pena di morte o qualsiasi altra pena che esso riterrà giusta».

Non i crimini di guerra, in relazione ai quali il «diritto dell'Aja» forniva ben prima del secondo conflitto mondiale una originaria, embrionale disciplina punitiva¹⁵.

E nemmeno i crimini contro l'umanità, le cui condotte, compendiate alla lett. c) dell'art. 6 del Patto, erano già, a vario titolo, punite all'epoca dei fatti, quantomeno nelle legislazioni domestiche delle diverse nazioni¹⁶. A ciò si aggiunga che, contribuendo a una maggiore precisione della fattispecie, si prevedeva che tali crimini dovessero essere commessi «in esecuzione di, o in connessione con un altro crimine di competenze del Tribunale».

La categoria maggiormente controversa rimane dunque quella dei crimini contro la pace¹⁷. Non vi era, all'epoca dei fatti, alcuna fonte del diritto internazionale in forza della quale fondare una simile responsabilità in capo (anche) agli individui.

In particolare, il Patto Kellogg-Briand, siglato nel 1928 tra 63 parti (Germania compresa), che costituisce la principale base giuridica in tema, aveva sì proibito il ricorso alla guerra, legittimando anche, quali sanzioni, il ricorso alla guerra in via difensiva, ma non aveva previsto alcunché rispetto alle condotte individuali di progettazione, preparazione e scatenamento della guerra. Assenza riscontrata anche nelle già menzionate convenzioni dell'Aja del 1907.

Pertanto, sembrerebbe che, tramite l'estensione agli individui della punibilità degli atti summenzionati, il Patto di Londra abbia creato un diritto nuovo, in violazione della regola dell'*ex post facto*¹⁸.

15 «Crimini di guerra: vale a dire la violazione delle leggi e degli usi di guerra. Queste violazioni includono, senza esserne limitate, l'assassinio; il maltrattamento o la deportazione per lavori forzati, o per qualsiasi altro scopo, delle popolazioni civili dei territori occupati o che vi si trovano; l'assassinio o il maltrattamento di prigionieri di guerra o di naufraghi; l'esecuzione di ostaggi; il saccheggio di beni pubblici o privati; la distruzione ingiustificata di città e di villaggi, ovvero le devastazioni non giustificate da esigenze d'ordine militare; responsabili di tutti gli atti compiuti da parte di qualsiasi persona in esecuzione di tale piano». La IV Convenzione dell'Aja del 1907 e la Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati di guerra del 27 luglio 1929 definiva già nel dettaglio i crimini di guerra e, nello specifico, delle condotte vietate nei contesti bellici. A ciò si aggiunga il diritto internazionale consuetudinario che si era già affermato prima della positivizzazione convenzionale. Cfr. P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma, 1945.

16 «Crimini contro l'umanità: vale a dire l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi altro atto inumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima e durante la guerra, ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, quando tali atti o persecuzioni - abbiano costituito o meno una violazione del diritto interno del Paese dove sono state perpetrate - siano state commesse nell'esecuzione di uno dei crimini rientranti nella competenza del Tribunale, o in connessione con uno di siffatti crimini». Cfr., in merito, E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001, 67 ss. Per il dibattito sorto in merito alla punibilità dei crimini contro l'umanità, cfr. G. VASSALLI, *I delitti contro l'umanità*, cit., 9 ss.; G. PUGLISI, *La clausola*, cit., 44, nt. 107.

17 «Crimini contro la pace: vale a dire la progettazione, la preparazione, lo scatenamento e la continuazione di una guerra d'aggressione, o d'una guerra in violazione di trattati, assicurazioni o accordi internazionali, ovvero la partecipazione a un piano concertato o a un complotto per commettere una delle precedenti azioni».

18 È questa la conclusione a cui perviene lo stesso Kelsen, il quale afferma che «in creating the law to be applied by the tribunal, in providing for individual criminal responsibility not only for waging war in

Non è un caso, infatti, che sull'asserita violazione del divieto di retroattività in materia penale si fondi la mozione generale, sollevata preliminarmente e a nome dell'intero collegio difensivo da Otto Stahmer, difensore di Hermann W. Göring. Di talché, si segnala sin d'ora come il primo vero sforzo decisivo del Tribunale riguardi proprio la sollecitata violazione del principio di legalità, nel suo corollario dell'irretroattività della norma incriminatrice.

Nel primo passaggio della mozione Otto Stahmer ha dichiarato di concordare sulla bontà della punizione dei dibattuti crimini contro la pace, auspicando che tale incriminazione diventi «qualcosa di più di un postulato, che divenga una efficace legge internazionale». Tuttavia, la difesa di Göring, calando la considerazione al caso concreto, ha subito evidenziato come una legge di un simile tenore ancora non esistesse nel panorama internazionale. Non era, stando alla tesi difensiva, positivizzato nello statuto della Società delle Nazioni, né nel Patto Kellogg-Briand o in altro trattato. Ne derivava che, in forza di tale assunto difensivo, risultasse del tutto assente, al *dies delicti*, una base legale per procedere a simili incriminazioni. Pertanto, il processo si fondava su di una «nuova legge penale», ossia, per l'appunto, lo Statuto del T.M.I.¹⁹

La difesa ha proceduto, così, a ricostruire, seppur in una breve arringa, gli elementi fondamentali del divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*: trattasi di un principio fondamentale, consacrato dalla comunità internazionale e, in particolar modo, dalle stesse potenze firmatarie dello Statuto. Gli accusati non potrebbero che avvertire come un «fatto ingiusto» la negazione della protezione dalla legge penale *ex post facto* e, quindi, la sua applicazione a fatti commessi prima della sua entrata in vigore²⁰.

Traspare quindi un primo inquadramento del divieto di retroattività sfavorevole, qui inteso come principio immanente agli ordinamenti delle nazioni civili e, pertanto, mai derogabile, nemmeno in casi eccezionali.

Di tutta risposta, l'eccezione, reiterata peraltro in più occasioni nel corso del processo, è stata respinta dal Tribunale. Anzi, l'argomento speso dal T.M.I. è valso a respingere tutte le summenzionate criticità: non si è trattato di un processo fondato su di una sola fonte – la Carta –, così come non si è trattato di applicare il «diritto dei vincitori» e nemmeno un «diritto nuovo». All'opposto, lo Statuto rappresentava l'espressione

violation of existing treaties but also for planning, preparation or initiation of such war and participation in a conspiracy for accomplishment of these actions, the London Agreement has certainly created new»: H. Kelsen, *Will the judgment*, cit. 162. In tal senso v. altresì V. Aymone, *Il processo di Norimberga: procedure e verità*, in *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5-6-7 dicembre 1997*, a cura di A. Tarantino - R. Rocco, Milano, 1998, 226: «l'art. 6 lett. a) dello Statuto, prevedendo per la prima volta un'ipotesi criminosa da applicare a fatti e comportamenti realizzati in precedenza, costituisce un provvedimento legislativo *ex post facto*, in violazione del principio della legalità».

19 A. Degli Occhi, *Il processo di Norimberga*, I, *L'accusa*, Milano, 1947, 4 ss. La raccolta completa dei documenti processuali in lingua inglese è reperibile in *avalon.law.yale.edu*.

20 *Ivi*, 5.

del diritto internazionale esistente al tempo della sua creazione»²¹. E questo anche relativamente ai crimini contro la pace. Infatti, proprio in riferimento a quest'ultima categoria, il Tribunale di Norimberga ha ritenuto sufficienti le disposizioni del Patto Kellogg-Briand. Difatti, sebbene queste non punissero le condotte degli individui impegnati in una guerra di aggressione, una simile conclusione, a opinione del Tribunale, sarebbe logicamente derivata dal tenore delle previsioni, ancorché generiche, dello stesso trattato del 1928; operazione interpretativa simile a quella compiuta rispetto ai crimini di guerra, ricavati, pur non espressamente tipizzati, dalla Convenzione dell'Aja.

Rimane tuttavia l'aporia, almeno sul piano della tassatività, della tesi ora esposta, non idonea a giustificare l'estensione «quasi per contagio»²² della punibilità dei crimini contro la pace da una dimensione statale a una individuale.

Ma ancora più interessante è il passaggio del *Judgement* che fornisce un inquadramento generale del principio dell'*ex post facto*. Il Tribunale, pur avendo disinnescato le diverse obiezioni in punto di retroattività della norma incriminatrice con l'affermazione della previgenza di norme di diritto internazionale analoghe a quelle della Carta, ha adottato una nozione del principio di irretroattività penale che tradisce un'impostazione alternativa a quella tradizionale: il *nullum crimen sine lege* non corrisponde a una limitazione della sovranità, ma a un «principio di giustizia»²³; pertanto, la sua concreta operatività è strettamente legata alla sola «giustizia», con la conseguenza che, laddove risultasse (maggiormente) ingiusto lasciare impuniti crimini di siffatta gravità, il suddetto principio dovrebbe cedere a favore dell'esito «più giusto».

Rimane il dubbio circa la necessità di fornire, preliminarmente, una qualificazione al principio di irretroattività penale, attirandolo, di fatto, all'interno del bilanciamento dei principi di diritto sostanziale e processuale; e ciò a maggior ragione laddove il Tribunale tanto si è speso per dimostrare l'esistenza di fonti già operanti nel campo del diritto internazionale al tempo dei fatti.

21 «The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law»; *Judgement: The Law of the Charter*, in avalon.law.yale.edu

22 L'espressione è tratta da G. PUGLISI, *La clausola di Norimberga*, cit., 40.

23 Di seguito il testo integrale: «In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished», *Judgement: The Law of the Charter*, in avalon.law.yale.edu. Come segnalato in G. PUGLISI, *La clausola di Norimberga*, cit., 64, diverse sono le sfumature che il termine «*principle of justice*» assume nelle varie traduzioni ufficiali della sentenza.

Excusatio non petita, accusatio manifesta?

In questo modo, dunque, può essere interpretato l'approccio del Tribunale al 'problema' della (ir)retroattività della norma penale: da un lato, se ne esclude la trasgressione e si respinge la tesi difensiva dell'applicazione *ex post facto*²⁴, mentre, dall'altro, l'osservanza del medesimo principio viene ritenuta recessiva rispetto alla necessità di assicurare giustizia nel caso concreto, data l'eccezionale gravità dei fatti dedotti in giudizio²⁵.

Tuttavia, gli ampi spazi argomentativi lasciati aperti dalla pronuncia hanno permesso lo sviluppo di un ricco dibattito dottrinale tra i maggiori Autori dell'epoca.

Hans Kelsen, tra i primi a commentare l'esperienza processuale di Norimberga, si interroga proprio rispetto al ruolo del principio di irretroattività: definita la punibilità degli individui, al tempo dei fatti non prevista da alcuna fonte normativa, quale eccezione al divieto di retroattività sfavorevole²⁶, l'Autore qualifica quest'ultimo «principio di giustizia», in maniera non dissimile al *Judgement*. Inoltre, ancora una volta conformemente a quanto affermato dal Tribunale, Kelsen ritiene che in taluni casi l'applicazione retroattiva sia imposta, poiché l'alternativa di lasciare impuniti crimini tanto efferati risulterebbe di certo più ingiusta.

In tale prospettiva, il parametro a cui deve essere rapportata la funzione della regola *ex post facto* è il superiore concetto di giustizia: l'applicazione retroattiva di una norma penale che punisca fatti talmente gravi da dover essere considerati ingiusti dagli stessi individui che li hanno commessi, benché in assenza di una punizione legale, costituisce una ragionevole compressione del suddetto principio²⁷.

L'idea di superare ogni rigorismo interpretativo nell'applicazione 'automatica' del principio di irretroattività sfavorevole, proposta addirittura dal più celebre dei giuristi positivisti del secolo passato, ha trovato diverse condivisioni, anche nella dottrina

24 Appellandosi al diritto naturale e, quindi «al carattere eternamente criminale di quei comportamenti...il problema della retroattività non si pone», T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Padova, 2013, 316 s.

25 Sulla base di tale risoluta tesi argomentativa e della copiosa istruttoria condotta per più di 200 giorni di udienza, il Tribunale ha fondato la sua pronuncia di condanna nei confronti di diciannove imputati, dodici dei quali condannati a morte, tre all'ergastolo e quattro a pene detentive temporanee, mentre tre sono stati assolti e quattro organizzazioni dichiarate criminali.

26 «A retroactive law providing individual punishment for acts which were illegal though not criminal at the time they were committed, seems also to be an exception to the rule against *ex post facto* laws», H. KELSEN, *Will the Judgement*, cit., 165.

27 *Ibidem*. Kelsen ritiene, tuttavia, non bilanciata la decisione rispetto alle premesse (corrette) che erano state poste: «Unfortunately the London Agreement is not consistent in this respect». Ancor prima, l'elaborazione citata nel testo è stata sostenuta in ID., *The rule against ex post facto laws and the Prosecution of the axis war Criminals*, in *The Judge Advocate Journal*, III, 1945, 5 ss. Un riferimento al principio del *nullum crimen* quale principio di giustizia è contenuto in H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, New York, 1963, trad. it. *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2022, 292 ss., al fine di giustificare l'applicazione della legge retroattiva a carico di Eichmann. Anche rispetto a quest'ultima vicenda processuale, diversi sono i profili di tensione con la legalità penale e, specificamente, con il principio di irretroattività; si rinvia, sul punto, a un recente contributo di C.M. LEOTTA, *Il processo contro Adolf Eichmann (1961-1962)*, in *Arch. Pen.*, III, 2024.

domestica. Tra queste, la più argomentata è riferibile al Vassalli, il quale, fin dal primo 'commento a caldo' della vicenda storico-giudiziaria, ravvisa nel processo di Norimberga l'occasione per affermare la necessità di «spogliarsi di formalismo giuridico», dovendo intendere l'irretroattività penale per il fine che esso si propone; ossia, nello specifico, «la funzione preventiva e intimidatrice della pena»²⁸. Nello specifico, la tesi si regge su questo assunto: se i consociati non conoscono il precetto penale al momento del fatto, non possono conformarsi a esso, derivandone così l'inutilità della pena. Diversamente, qualora il soggetto agisca nella consapevolezza di violare il precetto, potendo così prevedere l'astratta e futura applicabilità della sanzione, tale principio non merita di essere osservato, *a fortiori* laddove sia avvertita la diversa necessità di assicurare giustizia nel caso concreto²⁹.

Il filo conduttore che lega le summenzionate tesi va rintracciato nell'apparente bilanciabilità del divieto di retroattività dell'incriminazione³⁰.

Ecco che, pur nella peculiarità del contesto storico e normativo, dalla pronuncia del T.M.I., così come dal successivo dibattito dottrinale, emerge un primo approccio al 'problema' della retroattività: pur non negando il profondo significato di cui lo stesso si è fatto portatore, condiviso, come viene sottolineato già nella mozione di Otto Stahmer, da tutte le nazioni civili, il principio del divieto di retroattività sfavorevole costituiva un argine al raggiungimento della giustizia, ove con quest'ultima si intendeva la punizione dei più gravi crimini commessi dai vertici del *Reich*.

28 G. VASSALLI, *I delitti contro l'umanità*, cit., 56. Nella prolusione, pronunciata prima che fosse emessa la sentenza dal T.M.I., l'A. ritiene il *nullum crimen sine lege* e la non retroattività della legge penale siano principi «che vanno valutati da un punto di vista teleologico». Similmente Id., voce *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig. pen.*, VIII, 1994: «tanto per quel che concerne la formulazione di fattispecie quanto per quel che concerne le cause di giustificazione... si giustificano per la gravità dei crimini commessi e per il loro contrasto con la coscienza sociale universale».

29 Il Vassalli, riferendosi alla vicenda *de qua*, porta taluni esempi dai quali si evince come gli imputati avessero la piena consapevolezza «dell'indegnità delle loro azioni e quanto meno delle conseguenze che li attenevano»; G. VASSALLI, *I delitti contro l'umanità*, cit., 57.

Posizioni agli antipodi è quella espressa dallo Jescheck, il quale denuncia la palese e non giustificabile violazione del *nullum crimen* nell'imputazione agli individui dei crimini di aggressione; H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane*, cit., *passim*.

30 Una lettura non del tutto dissimile, seppur riferita a una diversa vicenda giuridica, viene proposta da Piero Calamandrei. Ribattendo dialetticamente al contributo di A.C. JEMOLO, *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, in *Il Ponte*, 1945, 227 ss., il quale aveva criticato l'applicazione retroattiva della legge penale per la punizione dei crimini fascisti, il giurista fiorentino, direttore della stessa rivista, ha pubblicato una postilla in calce al saggio del collega, sostenendo che: «il principio di irretroattività della legge penale non può essere invocato senza contraddizione a difesa di chi ha respinto e distrutto quell'ordinamento, e se ne è messo fuori da sé» (286). Inoltre, l'A. aggiunge – e qui il tratto di somiglianza con le teorie innanzi messe in luce – che il divieto di retroattività necessita di essere bilanciato con altri principi; tra questi, il divieto di farsi giustizia da sé, alternativa quasi scontata all'impunità di siffatti crimini; P. CALAMANDREI, *Postilla*, in *Il Ponte*, 1945, 285 ss. Sul riferito dibattito, cfr. M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato «mediante il diritto penale»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIX, 2009, 195 e G. FORNASARI, *Giustizia di transizione*, cit., 18-19.

3. La Formula di Radbruch e la retroattività come 'effetto collaterale' del superamento del passato attraverso il diritto.

L'incriminazione retroattiva mascherata, artificialmente negata nella sentenza emessa dal T.M.I. e astrattamente ammessa da taluni commentatori, si è sin da subito posta come condizione ineludibile per il «superamento del passato attraverso il diritto»³¹; o, meglio, attraverso la giustizia. Impostazione, quest'ultima, seguita nei processi celebrati in Germania sul finire degli anni '40, i quali hanno fin da subito adottato un approccio originale al problema, evidenziando l'insostenibilità della qualifica di «diritto» riferita alla legislazione prodotta dal Reich.

Segnala Guido Fassò che «l'esperienza del regime nazionalsocialista, delle iniquità da esso perpetrate, e della catastrofe in cui il paese ne era stato travolto, induceva molti a ricercare valori che non solo non dipendessero dalla volontà dello Stato, ma che a questa potessero imporsi limitandola e controllandola»³². Sono così proliferate le istanze giusnaturalistiche nella giurisprudenza tedesca dei decenni successivi³³.

In questo contesto assume un rilievo centrale la riflessione sul «diritto sovralegale» sviluppata da Gustav Radbruch, uno dei più significativi filosofi del diritto del secolo scorso³⁴. Invero, la celebre *formula di Radbruch*, nonostante le fondate critiche metodologiche e di sistema, riferibili principalmente alle evidenti difficoltà nell'applicazione pratica della teoria di sua elaborazione, costituisce la premessa assiologica e giuridica delle pronunce che hanno posto fine alle vicende del passato nazista (e non solo) in Germania³⁵.

La *formula* è stata enunciata nel saggio del 1946, intitolato *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*³⁶, il quale, secondo alcuni Autori, tradisce una virata del pensiero

31 Si rinvia, sul punto, alla nt. 2. Per una vera metabolizzazione del passato attraverso il diritto nel contesto tedesco si dovrà attendere ancora qualche decennio e, in particolare, le storiche sentenze del *Bundesgerichtshof* tedesco degli anni '50 e con le successive «sentenze del muro», a cui saranno dedicati i successivi paragrafi.

32 G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970, 396-397.

33 Per un ampio approfondimento sulla generalizzata sensibilità della dottrina e della giurisprudenza tedesca del secondo dopoguerra per le tesi giusnaturalistiche, si rinvia alle pubblicazioni che, negli anni '60 del secolo scorso, hanno evidenziato l'interesse dimostrato, in tema, da numerosi autori, italiani e tedeschi; tra tutti, H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. di G. DE STEFANO, Milano, 1965; A. VILLANI, *Diritto e morale nella giurisprudenza tedesca contemporanea*, Napoli, 1964; T. WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, trad. it. di M. LOSANO – F. GIUFFRIDA REPACI, Milano, 1965, 44 ss. ci si riferisce all'«eterno ritorno del diritto naturale» in E.M. AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino, 2017, 19.

34 L'opera di G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Lipsia, 1932, viene annoverata da Gaetano Carlini tra i tre classici più importanti della filosofia del diritto; G. CARLINI, «Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico». Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto* (1932), in *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlini - V. Omaggio, 2021, Milano, VII.

35 T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 318. V. *infra* § 5 in merito alle c.d. uccisioni del muro di Berlino.

36 G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SfZ*, 1946, 105 ss. Per la traduzione italiana si veda ID., *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* (1946), in *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte - P. Di Lucia - L. Ferrajoli - M. Jori, Milano, 2013, 162-173.

di Radbruch da una decisa formazione giuspositivistica all'adesione alle rivendicazioni giusnaturalistiche³⁷.

Il punto di partenza del lavoro di Radbruch va rintracciato in una sentenza dell'*Amtsgericht* di Wiesbaden, pubblicata nel precedente fascicolo del *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, in forza della quale le leggi che stabilivano la confisca dei beni degli ebrei a favore dello Stato venivano dichiarate sostanzialmente nulle *ab origine*, adducendo, nella parte motiva, il contrasto con il «diritto naturale»³⁸.

A questa si aggiungono tre ulteriori sentenze in materia penale, emesse da tribunali tedeschi della Sassonia e della Turingia, analizzate nel contributo del 1946.

La prima – probabilmente la più celebre – è stata pronunciata dalla Corte di assise di Nordhausen. L'imputato era stato accusato di aver denunciato un connazionale per aver quest'ultimo ascoltato trasmissioni di radio straniera e aver scritto «Hitler è un carnefice responsabile della guerra» sul muro di un gabinetto. La delazione ha provocato l'accusa di preparazione di alto tradimento, la successiva condanna a morte e l'esecuzione del denunciato. Il processo a carico del delatore si è così concluso con la condanna all'ergastolo dell'imputato per correttezza in omicidio con i giudici del Tribunale Superiore di Kassel, i quali avevano condannato *wider Recht und Gesetz*, ossia «contro diritto e legge». Interessante ai fini della trattazione risulta la tesi sostenuta dal pubblico ministero, il quale ha avvertito la necessità di smentire la violazione del principio di irretroattività della legge penale, adducendo che la legge applicata al caso di specie era quella vigente al tempo del fatto.

37 Debitore, come da egli stesso dichiarato, della filosofia neokantiana, Radbruch ha sempre manifestato l'adesione alla tesi della netta separazione tra il «diritto per come è» e il «diritto per come deve essere»; cfr. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, cit., 7 ss. Per una completa ricognizione delle principali tesi della corrente positivista si rinvia alla celebre di U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

L'articolo citato, il più celebre tra le opere di Radbruch, potrebbe apparire, a una prima lettura, come un manifesto della corrente del giusnaturalismo; in tal senso H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1957, 593 ss.; trad. it. in ID., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in V. FROSINI, *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, 144 ss. A sostenere la versione della «conversione giusnaturalistica» è G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., 397. *Contra*, T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 318. Si può a ogni modo sostenere la sorpresa per il mutamento di prospettiva, ancorché riferito a ipotesi eccezionali, quali quelle del diritto intollerabilmente ingiusto o addirittura del «non diritto», rispetto a quanto sostenuto dal filosofo tedesco nelle pubblicazioni precedenti al secondo conflitto mondiale. Conferma ne è l'esplicita accusa rivolta al positivismo giuridico imperante durante gli anni del *Reich*, reo di aver disarmato il ceto giuridico tedesco di fronte all'abuso della legislazione nazionalsocialista. Critico rispetto alla suddetta transizione, B. SCHUNEMANN, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in *I-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, XIII-XIV, 2011; relativamente alla tesi della continuità e della peculiarità delle posizioni del Radbruch rispetto alle correnti classiche della filosofia del diritto, si rinvia altresì al recente saggio G. CARLIZZI, *Continuità o discontinuità nella filosofia del diritto di Radbruch? La tesi del 'giusnatupositivismo ermeneutico'*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, II, 2022.

38 G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., 105. Si rinvia a G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 13 ss. per l'analisi puntuale dei casi giudiziari che verranno sommariamente esposti.

Nel solco del primo si inseriscono anche i due ulteriori casi presi in esame nel saggio del 1946³⁹. Questi hanno in comune la ricerca di una soluzione che possa offrire giustizia nel caso concreto, rifuggendo da elaborazioni giuridiche formali, in particolare sul punto dell'applicazione del principio del *nullum crimen*.

Proprio di queste considerazioni si è servito Radbruch per formulare la propria (innovativa) risposta per i casi di conflitto tra diritto e giustizia.

Il giurista tedesco individua i tre valori a cui il diritto deve essere orientato: la giustizia (*Gerechtigkeit*), che trova posto nel gradino più alto della gerarchia, la certezza (*Rechtssicherheit*) e l'utilità o funzionalità (*Zweckmäßigkeit*), assiologicamente inferiore agli altri. La relazione tra giustizia e certezza viene così strutturata: «dove sorge un conflitto fra certezza del diritto e giustizia, fra una legge oppugnabile contenutisticamente ma positiva e un diritto giusto ma non ancora versato in forma di legge, si ha a che fare in realtà con un conflitto della giustizia con sé stessa: un conflitto tra giustizia apparente e giustizia reale»⁴⁰.

Affermato ciò, la *formula* viene scomposta in tre sottoregole in funzione del grado di ingiustizia della norma di riferimento: relativamente ingiusta, intollerabilmente ingiusta e volontariamente ingiusta. Nel primo caso la separazione tra il diritto «per come è» e «per come deve essere» rimane netta, anche a fronte di un diritto intrinsecamente ingiusto. La certezza del diritto primeggia, così come l'impostazione positivista dell'Autore. Diversamente, con la duplice regola dell'invalidità e del *non diritto* si sostiene che, qualora si riscontrasse un profondo iato tra diritto positivo e giustizia, il primo debba essere sacrificato e con esso il valore della certezza. Ben distinti sono però gli effetti: nel caso della legge intollerabilmente ingiusta, il diritto positivo arretra di fronte al «giusto per natura» con una conseguente invalidità della legge stessa. Nell'ipotesi in cui fosse invece ascrivibile al legislatore il «dolo dell'ingiustizia», il contrasto sarebbe solo apparente, poiché, in realtà, tale legge (*rectius*, comando), non sarebbe qualificabile quale diritto, ma più propriamente come *non diritto*⁴¹.

39 La traduzione è di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 15. Radbruch propone soluzioni alternative e «più caute». Tale rigorismo, apparentemente contraddittorio rispetto alla teoria dell'*Unrecht*, mira in realtà a ripristinare la certezza del diritto: la *formula*, chiarisce l'Autore, «vale per il futuro», ponendosi come argine operativo contro future negazioni di giustizia.

40 E. FITTIPALDI, in *Filosofia del diritto*, cit., 167.

41 G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., 107 usa i termini «privo di natura giuridica» (*entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur*). Trattasi, quest'ultima, della formula del rinnegamento (*Verleugungsformel*). Per G. CARLIZZI, *I fondamenti filosofici della «Duplice formula di Radbruch»*, in *Annali dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa*, 2016-2018, 55 ss. la distinzione tra le prime due sotto-regole va rintracciata nel fatto che «la legge intollerabilmente ingiusta, in quanto invalida non è attualmente vincolante, ma in quanto legge può, se opportunamente emendata, in particolare realizzando in via interpretativa la parità di trattamento da essa negata, acquistare quella validità che in origine le va disconosciuta». Cfr. altresì M. LALATTA COSTERBOSA, *Il diritto in una formula. Saggio su Gustav Radbruch*, Bologna, 2024, 67 ss; D. VELO DALBRENTA, *Sul problema dell'obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*, in *DisCrimen*, 25 luglio 2018.

Risulta evidente, a una prima lettura, la criticità della *formula* sul versante pratico-applicativo: *in primis*, non risulta chiaro quale sia il confine tra il grado dell'ingiustizia tollerabile e quello dell'ingiustizia intollerabile. Inoltre, problematica è l'individuazione dell'organo abilitato a pronunciarsi sull'invalidità del diritto, ovvero ad accertarne la natura di puro arbitrio e quindi di *non diritto*. Se, come si vedrà a breve, Radbruch prova a dare risposta al secondo quesito, rispetto al primo la soluzione rimane aperta.

Infine – ed è questo il profilo che qui assume maggior rilievo –, l'applicazione della *formula* solleva inevitabili interrogativi sul piano della legalità formale, mettendo in discussione la tenuta del principio di irretroattività della legge penale. Ne deriva che, per quanto la triplice regola possa risultare raffinata nel raccogliere l'eredità di una buona parte del pensiero giusfilosofico dell'epoca⁴², se applicata alla lettera essa finirebbe per fornire una patina di legittimità a una vera e propria incriminazione retroattiva.

Vero è che, a stretto rigore, la logica della *formula* tenderebbe a escludere in radice l'applicazione retroattiva *in malam partem* della norma penale: il diritto che viene espunto da una decisione – sia essa presa da una sentenza di un giudice superiore o dalla legge – appare, in realtà, come se non fosse mai stato positivizzato; cosicché l'operazione interpretativa successiva nel tempo (o la novella sopravvenuta) si limiterebbe solo ad accertare uno *status* patologico genetico della norma ingiusta, mentre le fattispecie di reato preesistente – questa sì esistente al tempo del fatto – si applicherebbe senza soluzione di continuità. Stando al fatto tipico, quindi, la fattispecie penale non è retroattiva. Tuttavia, come si vedrà nei successivi paragrafi, «il problema del fatto tipico, scacciato dalla porta, [rientra] dalla finestra sotto il profilo dell'antigiuridicità»⁴³, con una sostanziale incriminazione *ex post* di condotte giustificate, se non imposte, al tempo della commissione del fatto; e ciò in forza di una operazione giuridica – specificamente, un'interpretazione sopravvenuta – che solo fittiziamente può ritenersi non retroattiva.

In ogni caso, al di fuori dell'elaborazione astratta della *formula*, la posizione di Radbruch rimane estremamente misurata⁴⁴. Viene infatti proposta una limitazione al sindacato sull'invalidità delle leggi intollerabilmente ingiuste: potrebbe e dovrebbe essere una giurisdizione superiore o lo stesso organo legislativo a procedere con l'invalidazione. E non solo. In merito a ciò Radbruch, nell'ottica di tutelare il bene della certezza del diritto, porta il modello delle leggi emanate nelle zone di occupazione americana: la legge per la riparazione dell'ingiustizia nazionalsocialista nell'amministrazione della giustizia produceva effetti retroattivi *in bonam partem* per casi simili a quelli

42 G. CARLIZZI, *Profili della filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in *Teoria e storia del diritto privato*, numero speciale 2022.

43 T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 318.

44 D'altra parte, è lo stesso Autore ad affermare la necessità di recuperare il formalismo, al fine di ridare spazio al valore della certezza del diritto, per dodici anni oscurato. L'articolo stesso si conclude con la critica all'orientamento dei giudici che avevano stigmatizzato il ricorso a «scrupoli giuridico-formali». Radbruch ritiene, all'opposto, necessario armarsi di considerazioni giuridiche formali. Questa è la sua via al *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*.

del disertore omicida. All'opposto, la stessa si applicava alle condotte già commesse solo laddove vi fosse stata una norma incriminatrice vigente al *tempus commissi delicti*. Dunque, una legge osservante del divieto di retroattività sfavorevole.

4. *Il ruolo dell'irretroattività penale nelle sentenze del Bundesgerichtshof.*

La fortuna dell'elaborazione teorica di Radbruch è evidenziata dalla rapida influenza che essa ha esercitato nelle vicende processuali instauratesi in Germania tra il 1951 e il 1957⁴⁵, poco dopo la nascita del *Bundesgerichtshof* (1950). L'efficace capacità di sintesi dello spirito del tempo espressa nel saggio del 1946, unita al clima storico e politico, che, come già ricordato, ha costituito terreno fertile per la rielaborazione e l'applicazione ai casi giudiziari delle più diffuse istanze giusnaturaliste, ha permesso l'ingresso nelle pronunce del BGH della teoria del diritto ingiusto.

Le sentenze, emanate dal più alto organo della giurisdizione ordinaria, tanto in sede penale, quanto in sede civile e amministrativa, sono state oggetto dello studio della più autorevole dottrina giusfilosofica e penalistica del secolo⁴⁶, trasformando la tradizionale dicotomia tra diritto positivo e diritto naturale in una problematica non più solo accademica, ma altresì pratico-applicativa. Esse costituiscono un fondamentale banco di prova per saggiare l'atteggiarsi del principio di irretroattività dell'incriminazione di fronte a fatti particolarmente atroci, apparentemente giustificati dal diritto interno.

La prima pronuncia che fa richiamo alla teoria del Radbruch riguarda una causa civile, seppur «sostanzialmente penale»⁴⁷, intentata da una vedova tedesca per ottenere il risarcimento dei danni provocati dall'assassinio del marito e del giovane figlio. Quest'ultimo, sul finire della guerra, aveva disertato, rifugiandosi così nella casa dei genitori ed è stato pertanto giustiziato in esecuzione all'ordine di emergenza – il *Katastrophenbefehl*, letteralmente «decreto della catastrofe»⁴⁸.

45 Tali sentenze confermano l'influenza di Radbruch sulla giurisprudenza coeva. Ne è prova la pronuncia della Corte d'appello di Francoforte (12 agosto 1947) sulle «uccisioni sperimentali»: respingendo la difesa fondata sulla liceità apparente delle condotte dei medici del *Reich*, i giudici hanno esplicitamente applicato la *formula di Radbruch*; v. *amplius* E. VON HIPPEL, *The role of natural law in the legal decisions of the German federal Republic*, in *Natural Law Forum*, Notre Dame Law School, 1959, 111.

46 Oltre all'animato dibattito intercorso nel 1958 tra Herbert Hart e Lon L. Fuller sulle pagine dell'*Harvard Law Review*, di cui si darà conto *infra*, i casi giudiziari sono stati analizzati da Walter Ott, prima, e da Alexy, dopo; W. OTT, *Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1988, 335; R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Friburgo-Monaco, 1992, trad. in it. in ID., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997.

47 BGHZ, 3, 1951, 94 ss.; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 52. Per la ricostruzione di questo, così come degli altri casi, ci si è avvalsi della citata opera del Vassalli, primo ad avere introdotto in una prospettiva sistematiche le sentenze del BGH.

48 Tale provvedimento si inserisce nel solco di altri provvedimenti dal carattere emergenziale, emanati alla vigilia del crollo del *Reich*, che legittimavano uccisioni deliberate, in assenza di un qualunque

La Cassazione federale investita della causa è stata così chiamata a sindacare la validità del decreto, rilevando così due difetti. Il primo riguarda la validità formale del provvedimento, non promulgato seguendo la procedura ordinaria. Il secondo rilievo, indipendente dal primo, riguarda la vincolatività delle norme, se non la loro stessa natura di diritto positivo; natura che andava negata, stante la patente violazione delle norme del diritto generalmente riconosciute; ossia, in definitiva, della giustizia. Segnatamente, il diritto inalienabile che si assume violato nel caso di specie, come è facile intuire, è quello a non essere privati della propria libertà personale o della vita, se non in forza di un regolare processo.

Ed ecco che, proprio nel passaggio in cui la Corte qualifica il *Katastrophenbefehl* come *non diritto*, si rinviene un rinvio esplicito allo scritto di Radbruch del 1946.

Di qui la deduzione ulteriore: se gli ordini imposti nel decreto d'urgenza non fossero qualificabili alla stregua di norme giuridiche applicabili ai consociati, «il prestarvi esecuzione sarebbe obiettivamente antiggiuridico». Viene dunque negata la sussistenza delle cause di giustificazione e di esclusione della colpevolezza; punto su cui la Corte si è soffermata in ulteriori passaggi della sentenza.

Va tuttavia evidenziato che, in questa, così come in altre sentenze pronunciate nel medesimo periodo in sede civile⁴⁹, i giudici sono ricorsi alla formula di Radbruch con una certa cautela, tentando pur sempre di giustificare la decisione prima di tutto in forza delle norme giuridiche; il ricorso alla formula 'pura' era quindi limitato ai casi più complessi e non altrimenti risolvibili⁵⁰.

Quanto al piano penale, vengono ricordate tre sentenze del *BGH* emesse nel 1952. In tali casi, la Corte federale ha giudicato i fatti commessi non dai ranghi apicali della gerarchia politica o militare tedesca, ma da soggetti che ricoprivano un ruolo essenzialmente esecutivo. Elementi comuni alle tre pronunce sono, in primo luogo, la base normativa di riferimento ai fini dell'accertamento, ossia il codice penale tedesco del 1871, vigente al tempo dei fatti; in secondo luogo, il ricorso allusivo alla formula di Radbruch.

Emerge così, seppur implicitamente, un approccio problematico al ruolo della (ir) retroattività dell'incriminazione.

La prima sentenza è anche probabilmente la più significativa per la materia trattata⁵¹. Gli imputati, tre funzionari addetti al trasferimento di ebrei dal Württemberg verso la Polonia e la Lettonia, erano accusati del trasferimento di 2462 persone, destinate a diversi campi di concentramento. La Corte d'assise di Stoccarda aveva assolto i tre

processo, di qualunque disertore. Sul punto, cfr. P. LUTZ, *Kalmbach Fliegende Standgerichte Entstehung und Wirkung eines Instruments der nationalsozialistischen Militärjustiz*, in *VfZ*, II, 2021, 227

49 *BGHZ*, 10, 1953, 340 ss.; *ivi*, 1955, 16, 350 ss.; *ivi*, 1957, 26, 91 ss. Ulteriori sentenze in materia civile hanno scrutinato i provvedimenti normativi emanati tra il 1938 e il 1941, volti all'esclusione economica e all'espropriazione patrimoniale in danno della popolazione ebraica. Anche in tali sedi si è pervenuti all'accertamento dell'invalidità di tali fonti apparenti: i relativi comandi sono stati considerati *tamquam non essent*, riproducendo il medesimo schema argomentativo della pronuncia già esaminata.

50 T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 230.

51 Sentenza del 29 gennaio 1952, *BGHSt*, 2, 29 gennaio 1952, 234 ss.

imputati dall'accusa di sequestro di persona seguito da morte del sequestrato, punita al paragrafo 239 RStGB. La motivazione si reggeva interamente sull'elemento soggettivo: gli esecutori, contrariamente ai responsabili politici e agli uffici apicali del *Reich* coinvolti nell'organizzazione delle deportazioni, non erano necessariamente a conoscenza del piano di sterminio. Peraltro, tale consapevolezza risultava difficilmente dimostrabile, essendo diffusa, al tempo dei fatti, la legittimazione, assieme sociale e normativa⁵², delle continue violazioni della libertà personale operate dalla Gestapo e dagli altri reparti occupati nella repressione e persecuzione. Tale indirizzo è stato tuttavia disatteso dal BGH: affermata l'esistenza di un nucleo duro dei diritti che non può essere compromesso da alcuna pubblica autorità, i giudici hanno qualificato come *Unrecht* – non diritto o diritto ingiusto – gli ordini previsti dai decreti degli anni '30. Questi ultimi, infatti, «non solo non perseguono fini di giustizia, ma addirittura consapevolmente rinnegano l'idea dell'eguaglianza», oltre che della dignità della personalità umana.

A questo punto, la Corte sente la necessità di addurre altresì un motivo legato ai fatti oggetto di imputazione, quasi a giustificare quella che, di fatto, appare un'autentica applicazione retroattiva *in malam partem* di un parametro di giustizia. L'argomento non è poi così diverso da quello che il Vassalli aveva sostenuto rispetto ai crimini di Norimberga: la Corte ritiene che, nel caso di specie, a rilevare sia il piano della prevedibilità: come potevano i funzionari imputati, data la loro età e le circostanze, non sapere di agire contro la giustizia, e, per questo motivo, contro il diritto?

Ecco che, così argomentando, viene disinnescata qualsiasi linea difensiva.

In primo luogo, non vi è infatti spazio residuo per sostenere la violazione del *nul-lum crimen*: i principi di giustizia sono immanenti alla stessa umanità. Erano pertanto operanti già al tempo dei fatti, cosicché il richiamo agli stessi da parte della Corte si pone alla stregua di un accertamento della violazione di parametri sempre giustiziabile,

52 Tra gli atti normativi rilevanti, la Corte d'assise di Stoccarda cita il decreto del presidente del *Reich* promulgato il 28 febbraio 1933 – il celebre decreto dell'incendio del *Reichstag* –, il quale aveva sospeso, tra gli altri, l'art. 114 della costituzione di Weimar in materia di libertà personale. Il disposto costituzionale sanciva quanto segue: «Una diminuzione o soppressione della libertà individuale da parte dell'autorità pubblica è possibile solo in virtù di legge»; il testo tradotto in italiano è rinvenibile nell'archivio *dircost.di.unito.it*. Parimenti venivano sospesi gli artt. 115, 117 e 118 della Carta costituzionale, relativi, rispettivamente, all'inviolabilità del domicilio, della corrispondenza e della libertà di espressione del pensiero. Come evidenziato in G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 56, la Corte d'assise aveva poggato la sua decisione proprio sulla coscienza civile sviluppatasi a partire da tale decreto. Peraltro, tale sospensione era fondata formalmente sul disposto dell'art. 48, comma secondo, della stessa costituzione, che legittimava misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, anche, se del caso, con la temporanea sospensione dei suddetti diritti inviolabili. Va segnalato, sul punto, che nell'elenco delle norme potenzialmente suscettibili di sospensione non vi rientrava l'art. 116, relativo al principio di legalità e, nello specifico, di irretroattività della legge penale. Tuttavia, già nel 1933 il divieto fu violato dalla c.d. *Lex van der Lubbe*, che applicò retroattivamente la pena capitale per l'incendio del Reichstag all'omonimo imputato. La definitiva abrogazione dell'art. 116 avvenne successivamente con il decreto del 28 giugno 1935 cfr. sul punto F. HOEFER, *The Nazi Penal System. I*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1945, 385 ss.

con una conseguente invalidità *ab origine* delle norme con essi contrastanti. In secondo luogo, nessun margine viene lasciato alle cause di giustificazione.

Non è rilevante se la legge vigente al tempo dei fatti tollerasse o autorizzasse il fatto: salvo il caso della condotta imposta, in relazione alla quale può porsi una questione di inesigibilità dell'azione od omissione alternativa lecita (ossia conforme alla giustizia), nelle altre ipotesi le condotte erano punibili in quanto conformi a un diritto invalido, o addirittura a un *non diritto*, ledendo così il «nucleo essenziale del diritto» (*ein gewisser Kernbereich des Rechts*)⁵³.

Con una seconda pronuncia⁵⁴ il BGH ha consolidato tale orientamento riformando una sentenza della Corte d'assise di Monaco, che aveva assolto un dirigente dell'RSHA. L'imputato, accusato di aver presieduto nell'aprile 1945 tribunali speciali (*Standgerichte*) nei campi di concentramento ordinando l'esecuzione di sei internati, era stato scagionato in primo grado sulla base della formale vigenza, all'epoca, delle norme sul tradimento e sul complotto.

La Corte federale ha ribaltato la decisione applicando lo schema radbruchiano: l'apparenza esteriore di legalità non sana l'arbitrio sostanziale. I giudici supremi hanno stabilito che quei tribunali, privi delle minime garanzie, non amministravano diritto ma puro arbitrio⁵⁵; le loro decisioni, pertanto, non erano sentenze ma ordini criminali mascherati. Di talché, l'imputato non poteva invocare alcuna scriminante, poiché la consapevole violazione dei principi di eguaglianza e giustizia privava quelle prassi di natura giuridica, rendendole «torto legale».

Le argomentazioni della Corte federale di cassazione seguono l'indirizzo oramai assodato: al pari del primo caso, sulla base delle circostanze del caso concreto – quali la destinazione, le condizioni del trasporto e la selezione dei deportati – viene escluso che l'imputato potesse essere all'oscuro della direzione dei convogli e, quindi, del destino dei soggetti trasportati. Di talché non poteva richiamarsi alcun errore sul fatto, così come non poteva richiamarsi alcun errore sull'antigiuridicità del fatto commesso: anche in questo caso, la manifesta violazione dei principi generali di umanità e di uguaglianza non dava adito ad alcun dubbio circa il carattere antigiuridico delle condotte realizzate dall'imputato.

53 Sulla stessa linea si un diverso caso, riguardante anch'esso un dirigente di polizia imputato per la deportazione di ebrei a Riga, in occasione del quale il BGH ha respinto la tesi della validità formale degli ordini imposti: la violazione del § 239 RStGB (privazione della libertà) sussisteva indipendentemente dalla conoscenza della «soluzione finale», essendo la deportazione stessa un atto di illegittimità manifesta. Sentenza del 19 dicembre 1952, in *BGHSt*, 3 (1952), 357 ss.

54 Sentenza del 12 febbraio 1952, in *BGHSt*, 2, 1952, 173 ss.

55 Promulgata il 15 febbraio 1945 nel contesto del crollo del *Reich*, la *Verordnung über die Errichtung von Standgerichten* manteneva solo un'apparenza di legalità – quali la distinzione tra organo giudicante e accusa e il rinvio formale al Codice di rito. Sostanzialmente, la procedura era priva di garanzie: esclusa la difesa tecnica e prevista la sola pena capitale, il richiamo al Codice era subordinato a una clausola di «compatibilità» che legittimava la disapplicazione di ogni regola pur di sanzionare con «immediata severità presunti traditori o codardi».

La Corte costituzionale federale ha mantenuto, all'opposto, una posizione più equilibrata nell'applicazione della *formula*. Alcune leggi sottoposte al suo vaglio sono state censurate proprio per l'aperta negazione dei principi di giustizia di cui si facevano portatrici; tuttavia, per giungere a una tale conclusione il *BVerfG* richiedeva la presenza di una ingiustizia manifesta (*offenbares Unrecht*). Un esempio ne è la sentenza sulla legislazione in materia di pubblico impiego: 34 funzionari di vario tipo contestavano la radicale risoluzione del rapporto di impiego statale intervenuta con la capitolazione dell'8 maggio 1945. Benché il tema centrale fosse la pretesa continuità tra il *Reich* e la Repubblica Federale tedesca, con la conseguente permanenza dei diritti vantati dai lavoratori del pubblico impiego, il *BVerfG* ha avuto modo di pronunciarsi sulla natura della legge nazista in materia⁵⁶. In particolare, dopo aver negato l'identità tra le due figure statuali, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, la Corte costituzionale tedesca ha ritenuto di non ricorrere alla formula del diritto intollerabilmente ingiusto per invalidare tale legislazione, con la conseguenza che essa poteva essere considerata diritto a pieno titolo. Dunque, i rapporti di pubblico impiego a cui si riferisce la risoluzione sono validi, così come valida è la legge che li regolava. Non è infatti sufficiente il vaglio sul rapporto tra la disposizione di legge e la giustizia, ma, qualora lo iato tra i due non fosse eccessivamente marcato, dovrebbe essere altresì accertata la validità «sociologica» della norma stessa.

5. *Il dibattito intorno alle sentenze del BGH: invalidità del diritto o applicazione retroattiva del precetto penale?*

La giurisprudenza passata in rassegna ha innescato un dibattito in seno alla dottrina tedesca, divisa tra i sostenitori dell'opportunità di siffatte decisioni e i critici rispetto alle argomentazioni spese dalla Corte federale di cassazione⁵⁷.

56 Sentenza del 17 dicembre 1953, in *BVerfGE*, 3, 1953, 58 ss. Vi sono inoltre altre pronunce del *BVerfG* dove viene vagliato il contenuto delle leggi emanate dal regime nazista, stabilendo caso per caso se fosse stata superata o meno la soglia della tollerabilità dell'ingiustizia; v. *amplius* in G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 60 ss.

57 Per una sintesi del vivace dibattito sollevate dalla giurisprudenza del *BGH* del 1952, *ibidem*, nt. 56. Parallelamente a una corrente critica, attenta a evidenziare i possibili abusi dell'arbitrio giudiziale e le approssimazioni giuridiche insiste nel ricorso alla formula di Radbruch per la soluzione dei casi concreti, se ne affianca una favorevole. Nello specifico, si segnala il già citato scritto di E. VON HIPPEL, *The role of natural law*, cit., 118, nel quale L'A. ravvisa nelle sentenze del *BGH* il ruolo centrale del diritto naturale («We have seen, then, at least in outline, the impressive evidence of the vital role the natural law is playing in the current decisions of the courts of the German Federal Republic»). Menziona a parte merita la posizione di Weinkauff, presidente del *BGH* negli anni in cui le sentenze sono state emesse; il presidente emerito ha così difeso l'indirizzo avviato dalla Corte, aderendo a una concezione di diritto naturale che supera lo stesso Radbruch, per collocarsi su di un piano generale, ora riconosciuto da molti interpreti di ispirazione giusnaturalista: la legge naturale preesiste alla Costituzione e alle leggi e si pone in una posizione di supremazia rispetto alle stesse. Nonostante ciò, affinché possa prevalere, il diritto

In ogni caso, quel che più occorre rilevare in questa sede è la peculiarità della soluzione offerta dai giudici del *BGH* rispetto al problema della retroattività occulta; tanto che, in tutti i casi analizzati, la Corte ha accompagnato agli argomenti di carattere giusnaturalistico ulteriori motivazioni più squisitamente processuali e, in generale, di diritto positivo, strettamente ancorate al dato normativo applicabile. In altri termini, pur aderendo alla tesi di Radbruch, sul rischioso campo della legge retroattiva i giudici si sono mossi con cautela.

Inoltre, proprio rispetto al diritto applicabile, si nota come i precetti penali a cui si è fatto ricorso nei diversi processi del 1952, ossia le fattispecie astratte in forza delle quali venivano formulate le imputazioni, risultino appartenere al Codice penale tedesco del 1871, mai formalmente abrogato dal *Reich*. Dunque, nei casi suesposti, non si può di certo parlare di retroattività della norma incriminatrice intesa come fatto tipico sanzionato dall'ordinamento⁵⁸. Al limite, è possibile affermare che il paradigma dell'*ex post facto* ha operato rispetto all'elemento dell'antigiuridicità.

Trattasi, tuttavia, di una truffa delle etichette: considerare quale condotta illecita un fatto giustificato al momento del fatto, in quanto autorizzato, se non incentivato, dall'ordinamento previgente, sulla base di un'invalidazione della legge compiuta successivamente e a opera di un interprete risulterebbe analogo, quanto meno sul piano degli effetti, a una vera incriminazione retroattiva.

L'ambiguità della dimensione applicativa della formula di Radbruch, la quale da un lato nega la violazione del *nullum crimen sine praevia lege*, per poi, dall'altro, raggiungere lo stesso risultato attraverso una via interpretativa altamente discrezionale, ha così spinto la più autorevole dottrina a proporre una teoria alternativa, proprio a partire dall'analisi della giurisprudenza del *BGH*.

Tra tutti si ricorda il pensiero di Herbert Hart⁵⁹, che nei suoi scritti si pone sulla scia dei maggiori positivisti del secolo scorso e, non rinnegando le posizioni degli

naturale deve essere riconosciuto e applicato dagli stessi giuristi; ed è proprio rispetto al ceto giuridico, tuttavia, che l'A. mostra di avere delle riserve; H. WEINKAUFF, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in *NJW*, 1960, 1989 ss.

Un commento alla giurisprudenza *de qua*, pur se considerata all'interno del vasto compendio di sentenze della Corte tedesca ispirate alle istanze giusnaturalistiche, si rinviene in A. VILLANI, *Diritto e morale*, cit. L'A. critica le prese di posizione sganciate da solidi appigli dogmatici. Non solo, viene sollevata altresì la questione della conoscibilità delle leggi naturali, che dall'A. vengono trattate, quanto al regime applicabile, come diritto positivo: i precetti di giustizia ed eguaglianza devono essere chiari e conosciuti dai consociati; all'opposto, non sarebbe rimproverabile condotta inosservante. *Contra*, Vassalli, che, nel riferirsi alle pronunce del 1952, parla di «dumiose sentenze penali»; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 60.

A segnare il dibattito è la differenza rispetto a Norimberga: dovendo giudicare non gli ideatori ma semplici esecutori della strategia nazista, il ricorso a argomenti giusnaturalistici è apparso eccessivo. Ciò spiega la cautela giurisprudenziale già evidenziata *supra*.

58 Cfr. T. VORMABAUM, *Storia moderna*, cit., 319 ss.

59 Il primo contributo in tema è il già citato H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit. Per la traduzione dell'opera in lingua italiana si veda ID., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, 1964, 144 ss.

stessi utilitaristi, riconosce alla teoria della separazione della morale un indubbio pregio quanto a «chiarezza» e «onestà». Caratteristiche che contraddistinguono questa tesi anche nei casi in cui la legge in questione presentasse un contenuto iniquo, da una parte, e una correttezza formale e chiarezza precettiva, dall'altra.

Secondo Hart, risulta preferibile aderire a un concetto ampio di diritto e considerare «legge» o «diritto» tutte le norme che ne hanno i requisiti formali: «lo studio del suo uso comporta lo studio del suo abuso»⁶⁰. Argomentando diversamente – ritiene il giurista britannico – si rischierebbe, se non l'anarchia, un'eccessiva semplificazione e relativizzazione del concetto di diritto. Invero, in questa (discrezionale) valutazione si celerebbe un convitato di pietra, vale a dire la relatività del concetto di morale (ovvero di giustizia): oltre a domandarsi se sia conforme ai principi della morale e della giustizia lasciare impunte certe azioni, lo stesso interrogativo andrebbe posto rispetto alla punizione di condotte esecutive di norme effettivamente vigenti, ancorché ingiuste⁶¹.

È evidente come la questione debba essere tradotta nell'alternativa, proposta dallo stesso Hart, tra l'applicazione di una sanzione penale in forza di una legge *ex post facto*, da un lato, e l'impunità, dall'altro. Rimarrebbe invece esclusa la soluzione semplicistica che considera una volta per tutte le norme ingiuste come invalide o *non diritto*; opzione non accoglibile nella misura in cui non coglierebbe con certezza le diverse sfaccettature della realtà. In breve, il giurista britannico sembra affermare che una scelta *tranchant* operata in via pretoria non riesca a svolgere un corretto bilanciamento tra i diversi mali – il male della legge retroattiva e il male dell'impunità. *Impasse* risolvibile, invece, con una legge apertamente retroattiva, del tutto trasparente rispetto al bene che con essa viene sacrificato.

Emerge come la tesi sia fondata non tanto su ragioni attinenti allo Stato di diritto, ma sul solo valore della «franchezza», ossia della certezza del diritto latamente intesa.

Ma non solo. A tale opzione non vi sono alternative, considerato che «un caso di pena retroattiva non deve essere fatto apparire come un caso ordinario di punizione di un atto illegale al tempo in cui è stato compiuto», come invece avverrebbe se si aderisse alla tesi dell'invalidazione⁶².

In sintesi, in circostanze estreme, se la necessità di pena impone il sacrificio del principio di irretroattività sfavorevole, in quanto «male minore», è necessario che sia fatto

60 H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; trad. it. di M. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965.

61 L'A. si pone tale quesito rispetto a uno dei casi dei c.d. informatori. Una donna, «desiderando di sbarazzarsi di suo marito» lo aveva denunciato per aver offeso l'immagine di Hitler, ben sapendo le conseguenze per i casi di vilipendio del governo nazionalsocialista. L'uomo era stato così condannato a morte, ma la pena capitale non era stata eseguita e l'uomo, per evidenti necessità belliche, era stato inviato al fronte. La donna è stata così condannata per illecita provazione della libertà, in applicazione del codice penale tedesco del 1871, vigente al tempo dei fatti. L'A. ritiene l'esultanza per questa e simili decisioni giudiziarie frutto di «isterismo collettivo», dovendosi invece dubitare della «saggezza ed opportunità» di una simile operazione interpretativa; ID., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., 148 S.

62 ID., *Il concetto di diritto*, cit., 246.

chiaramente, ossia in modo da affrontare apertamente la situazione che richiede una deroga eccezionale al divieto di irretroattività della norma penale; principio, quest'ultimo, «di ordine morale che sta a fondamento della maggior parte dei sistemi giuridici»⁶³.

Muovendosi in una prospettiva dialettica, Lon L. Fuller, con un denso saggio pubblicato nella medesima rivista, ha confutato le argomentazioni squisitamente positiviste di Hart⁶⁴.

Prendendo le mosse dalle sentenze del *BGH* già esaminate dal collega britannico, Fuller fornisce una soluzione per la verità analoga a quest'ultimo. Nella oramai *vexata quaestio* della scelta dell'operazione più opportuna, se l'invalidazione della legge ingiusta o la retroattività della norma penale, l'Autore preferisce quest'ultima opzione, pur non disprezzando l'elaborazione del Radbruch e delle sentenze che a quest'ultimo si sono direttamente o indirettamente ispirate⁶⁵. Ciò nondimeno, a differire dall'impostazione fornita da Hart sono le premesse che conducono Fuller a tale conclusione: una legge penale apertamente retroattiva, che, pertanto, individui chiaramente le condotte la cui impunità non può essere tollerata – pur non essendo le stesse censurate dall'ordinamento al tempo dei fatti – ha il pregio non tanto di essere maggiormente chiara, quanto di delimitare in modo più netto il «prima» e il «dopo». In altri termini, l'esplicita retroattività della legge penale non si giustifica per ragioni di rigore giuridico e di certezza del diritto, ma quale migliore strumento per il superamento del passato attraverso il diritto.

Nel contributo del Fuller emerge con definitiva chiarezza come la retroattività della legge penale sia uno «strumento» necessario per «tirare una riga» con il passato. Di certo la sua natura non può che essere eccezionale, ma rimane pur sempre uno «strumento» e, come tale, il legislatore può optare se ricorrervi o meno⁶⁶.

63 ID., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., 150.

64 L.L. FULLER, *Positivism and fidelity to Law. A reply to professor Hart*, in *Harvard Law Review*, 1958, 630 ss.

65 *Ivi*, 655-657.

66 «But as an actual solution for the informer cases, I, like Professors Hart and Radbruch, would have preferred a retroactive statute. My reason for this preference is not that this is the most nearly lawful way of making unlawful what was once law. Rather I would see such a statute as a way of symbolizing a sharp break with the past, as a means of isolating a kind of cleanup operation from the normal functioning of the judicial process», *ivi*, 661. Non è invece di questo avviso Ralph Dreier, il quale, ritiene che con la teoria apertamente retroattiva di Hart il concetto del diritto sarebbe «rovesciato» sull'individuo, dovendo egli riparare al diritto ingiusto solo *ex post*, ossia una volta caduto il regime che tale (non) diritto ha prodotto, e solo in forza di una legge retroattiva oggetto di volontà del legislatore sopravvenuto; R. DREIER, *Der Begriff des Rechts*, in *NJW*, 1986, 890 ss. Dreier aderisce infatti alla formula di Radbruch, pur circoscrivendola ai casi del dopoguerra. Di contro, Norbert Hoerster ribadisce la separazione tra diritto e morale: per chiarezza concettuale, egli ritiene preferibile riconoscere validità formale alla legge per poi contestarne l'accettabilità morale «dall'interno»; N. HOERSTER, *Zur Verteidigung des Rechtspositivismus*, in *NJW*, 1986, 2480 ss. Ad intervenire nel dibattito è, infine, Walter Ott, il quale, svolgendo una puntuale comparazione tra le teorie di Radbruch e Hart rispetto ai singoli casi del *BGH*, ravvisa nella tesi di quest'ultimo delle soluzioni potenzialmente insoddisfacenti; W. OTT, *Die Radbruch'sche Formel. Pro und contra*, in *ZSR*, 1988, 335 ss.

Non risulta arduo comprendere le ragioni che hanno imposto tale limitazione: se l'invalidazione operata dalle giurisdizioni ordinarie risulta tutto sommato comprensibile laddove gli imputati siano i diretti responsabili delle condotte dotate di eccezionale disvalore, più insidiose sono, invece, le fattispecie analizzate da Hart e Fuller; inverso, in questi casi erano imputati esclusivamente soggetti dotati di mansioni esecutive o semplicemente cittadini che hanno applicato o quantomeno formalmente rispettato la legge vigente all'epoca. Di conseguenza, meno urgente si pone il ricorso alla teoria dell'invalidazione⁶⁷.

Per la verità, qualche esperimento di legge penale apertamente retroattiva vi è stata. Tale scenario si è infatti realizzato con le modifiche ai termini di prescrizione per i crimini violenti. Il *dies a quo* era stato inizialmente fissato all'8 maggio 1945, ma, quando vent'anni dopo il termine di prescrizione per il delitto di omicidio (all'epoca, per l'appunto, ventennale) minacciava di spirare, il giorno di decorrenza del termine è stato posticipato nuovamente al momento della fondazione della Repubblica Federale (1949). Nel 1969 il termine è stato poi esteso a trent'anni e infine del tutto espunto, con conseguente imprescrittibilità del delitto⁶⁸.

Affermato ciò, al netto delle stimolanti considerazioni giusfilosofiche, si deve ritenere che le decisioni emesse dal BGH non potessero essere diverse, stanti l'assenza di una norma espressamente retroattiva e la necessità, sottolineata degli stessi commentatori, di non lasciare impunte simili condotte. L'alternativa sarebbe di certo stata l'adozione di un rigido formalismo giuridico contrario; formalismo indubbiamente *in bonam partem*, ma che si sarebbe esposto a critiche in quanto inidoneo a garantire il «superamento del passato attraverso il diritto».

Per concludere, diversi sono gli interrogativi che rimangono aperti. In primo luogo, ci si potrebbe chiedere se il BGH sia una giurisdizione superiore, così come intesa da Radbruch. Inoltre, aderendo alla tesi che attribuisce all'organo legislativo il potere di approvare norme espressamente retroattive, ci si chiede se il rischio della certezza del diritto sia effettivamente risolto o se, invece, non sia solo traslato dal giudice al legislatore, che, al pari del primo, potrebbe abusare dello strumento derogatorio del principio di irretroattività⁶⁹.

67 Occorre specificare che casi di questo tipo non erano di certo ignoti al Radbruch, la cui ricerca ha avuto origine proprio con vicende processuali analoghe, come quelle dei tribunali della Turingia e della Sassonia (cfr. § 3). E non a caso, come già evidenziato, lo stesso Radbruch, nel contributo che ha inaugurato la celebre *formula*, ha ritenuto di porre una delimitazione soggettiva al potere espellere dall'ordinamento il diritto ingiusto, suggerendone l'attribuzione in via esclusiva a una giurisdizione superiore, ovvero, per l'appunto, al legislatore.

68 T. VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., 316. Pur non trattandosi di una modifica direttamente incidente su di una norma incriminatrice, nella dottrina europea a oggi maggioritaria si ritiene che la riforma della prescrizione – considerato istituto di natura almeno in parte sostanziale – debba essere attratta al paradigma, maggiormente garantistico, del principio di irretroattività *in peius*; cfr. D. MARTIRE, *La prescrizione «costituzionale» del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in *Arch. pen.*, 3, 2021. Problema analogo si è posto altresì per le c.d. sentenze del muro; cfr. E.M. AMBROSETTI, *In margine*, cit., 609 ss.

69 Con avvento del costituzionalismo la questione risulta meno dirimente: la positivizzazione dei basilari principi di giustizia in una carta fondamentale, il riconoscimento dei diritti fondamentali, in quanto tali preesistenti alla stessa legge, il sindacato operato da una Corte con funzione di giudice delle

6. *Le c.d. sentenze del muro di Berlino: dal ritorno alla Formula di Radbruch alla soluzione della Corte E.D.U.*

Con le c.d. «sentenze del muro di Berlino»⁷⁰ si giunge così all'ultima tappa storica del percorso giurisprudenziale che ha interessato le corti tedesche e ha contribuito a definire lo statuto del principio di irretroattività di fronte alle più gravi violazioni dei principi universali di giustizia.

La particolarità di queste sentenze risiede, prima di tutto, nel loro ruolo da collante tra il sistema giuridico di transizione, successivo al secondo conflitto mondiale, quello della Germania divisa e, infine, quello convenzionale della convenzione europea dei diritti dell'uomo e della relativa Corte. Invero, proprio la devoluzione dinanzi alla Corte di Strasburgo dei casi di cui ora si tratterà ha permesso di completare il quadro delle alternative teorico-concettuali e di far emergere la rilevanza dei diversi approcci ermeneutici al principio di irretroattività della legge penale, pur se spesso non vi fossero grandi differenze nella soluzione dei casi concreti.

I fatti oggetto delle vicende processuali in esame si collocano durante il periodo della divisione delle due Germanie. Imputati erano in primo luogo gli organi politici per il loro ruolo organizzativo di vertice⁷¹, a cui seguivano le accuse alle guardie di frontiera, ritenute direttamente responsabili delle uccisioni di cittadini della DDR che avevano invano tentato di superare il blindato confine intertedesco, spesso con equipaggiamenti molto rudimentali come scale. Occorre peraltro precisare che simili processi sono stati instaurati ancor prima della riunificazione della Germania; è infatti possibile riscontrare la presenza di alcune nette prese di posizioni della giurisprudenza tedesco-occidentale in merito alla giustiziabilità dei diritti dei cittadini della DDR in forza della legge della Repubblica Federale di Germania: riconosciuta la tutela penale a tali soggetti, anche gli episodi di uccisione dei fuggitivi dalla DDR sarebbero confluiti nella giurisdizione dei tribunali della Repubblica Federale⁷². Tuttavia, pronunce

leggi, il parametro della ragionevolezza – collegata alla giustizia per il tramite del comune denominatore dell'eguaglianza – nonché l'effetto *ex tunc* delle decisioni da essa emanate, che non trovano nemmeno il limite del giudicato penale, sembrano attualizzare il pensiero di Radbruch e prevenire a monte un arbitrio del legislatore. Si rinvia, sul punto, alle considerazioni svolte in G. PUGLISI, *La clausola di Norimberga*, cit., 57. Tuttavia, appare chiaro come l'architettura costituzionale non disponga degli strumenti per sanare le fratture derivanti dal collasso dell'ordine giuridico, come dimostrano i casi esaminati.

70 Per un'ampia trattazione dei processi in esame si rinvia sin d'ora a E.M. AMBROSETTI, *In margine*, cit., 596 ss.; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit.; R. MUHM, *Il «Muro di Berlino»*, cit., 625 ss., il quale ritiene che la Germania si sia trovata a dover «giudicare politicamente, moralmente e giuridicamente» gli effetti del passato dittatoriale: «la riunificazione, infatti, non è solo un mutamento geopolitico, ma impone l'«elaborazione interiore» della dittatura comunista» (I).

71 Ci si riferisce, *in primis*, al processo del Presidente della DDR Erich Honecker, «ossia la c.d. Norimberga rossa», che «rappresenta, come il processo di Norimberga nel 1946 al termine della seconda guerra mondiale»; *ibidem*.

72 Cfr. *Bundesgerichtshof*, 7 marzo 1954, in BGHSt, 32. Band, 293 ss.; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 3 novembre 1982, in NJW, 1983, 1277 ss., che riteneva tale diritto applicabile anche ai cittadini della DDR, considerati pur sempre cittadini tedeschi.

più rilevanti sono quelle emanate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità della Repubblica Federale di Germania dopo la riunificazione.

Il legame con i precedenti è ricavabile dallo stesso tenore letterale delle sentenze che ci si accinge ad analizzare, in quanto molti sono i richiami, espliciti o impliciti, alle pronunce degli anni '50. Tuttavia, la differenza del tenore delle condotte incriminate e delle leggi che tali azioni hanno giustificato risulta evidente, tanto da rendere dubbia – questa volta ancor più di quanto già detto rispetto alle sentenze del secondo postguerra – l'opportunità del ricorso alla dottrina di Radbruch.

Il quadro normativo di riferimento per la scriminante invocata dagli imputati è incardinato sul § 27 del *Grenzgesetz* (25 marzo 1982) e sulla sezione 17 della Legge sulla Polizia Popolare. Tali disposizioni, ponendo l'uso delle armi come *extrema ratio*, lo legittimavano – pur con l'obbligo di risparmiare la vita ove possibile e prestare soccorso – al fine di impedire la commissione o prosecuzione di un «crimine» o per l'arresto dei responsabili.

Il nodo interpretativo risiede nella qualificazione dell'attraversamento del confine come «crimine»: ai sensi del § 213, c. 3, StGB-DDR, tale condotta integrava un reato grave solo in presenza di specifiche aggravanti (pericolo per la vita, uso di armi/mezzi pericolosi, agire in gruppo o con «particolare intensità»). Tali norme, tuttavia, necessitavano di un'interpretazione conforme ai principi di proporzionalità e tutela della dignità umana sanciti sia dalla Parte Speciale dello stesso Codice, sia dalla Costituzione della DDR (artt. 19, 30 e 89), che ammetteva limitazioni alla libertà solo se inevitabili e mai in contrasto con il dettato costituzionale⁷³.

A una prima lettura, la disciplina appare priva di arbitrio e sembra circoscrivere l'uso della forza ai soli casi di maggiore gravità. Senonché, il frequente ricorso alle armi contro fuggitivi non minacciosi, ma unicamente intenzionati a superare il confine intertedesco, impone di verificare se, in concreto, tali condotte possano ritenersi scriminate.

Occorre dunque valutare la tenuta di tale giustificazione alla luce del § 27 del *Grenzgesetz*. È qui che i limiti dello *Schiessbefehl* si rivelano fallaci: l'indeterminatezza del concetto di «particolare intensità» ha concesso ampi margini di discrezionalità, permettendo di qualificare l'attraversamento come «crimine» e legittimando così l'uso anche letale della forza⁷⁴. L'arbitrio, assente in astratto, si è concretizzato nell'applicazione, avallando una reazione sproporzionata contro giovani disarmati⁷⁵.

⁷³ Per una ricognizione completa della legislazione della DDR in materia, si rinvia a E.M. AMBROSETTI, *In margine*, cit., 598.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Sulla prassi statale e gli ordini verbali che ignoravano i limiti legalmente previsti cfr. F.C. SCHROEDER, *Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auftrag*, in JZ, 1992, 990 ss.

Al netto di altri profili giuridici controversi⁷⁶, è ora necessario esaminare come la giurisprudenza abbia affrontato il nodo cruciale sollevato dalle difese: la pretesa violazione del principio di irretroattività

Sul punto, le motivazioni delle corti di merito e di legittimità, le quali si sono concentrate approfonditamente sull'eventuale applicazione *ex post* della norma o delle interpretazioni sopravvenute, si pongono in linea di continuità rispetto alle questioni già poste dalle prime sentenze sui crimini nazisti.

Quanto alle due sentenze di merito, pronunciate dal *Landgericht* di Berlino, le argomentazioni spese dai giudici sembrano essere parzialmente diverse tra loro: nella prima⁷⁷ si è fatto ricorso ai precedenti delle corti superiori e alla formula di Radbruch per privare di rilevanza giuridica lo *Schießbefehl*; ciò a causa dell'eccesso di discrezionalità che ne investiva, più che la delineazione astratta, la relativa sfera applicativa, in modo da frustrare ogni limite normativo – *in primis*, l'art. 30 della costituzione della DDR – al ricorso incondizionato alle armi. L'esito dell'accertata invalidità della norma non può che essere quindi uno solo: la riespansione della fattispecie di omicidio, già vigente al tempo dei fatti, e la negazione dell'asserita violazione del principio di irretroattività. A tale conclusione non si è invece giunti nella seconda sentenza, dove la responsabilità penale a titolo di dolo eventuale è stata invece affermata sulla base dell'eccesso dell'uso della forza esercitata dalle guardie e non, invece, dell'invalidità della norma che ne prevedeva i limiti.

Alla prima sentenza del *Landgericht* di Berlino si è così allineata la Corte federale, che ha fatto nuovamente ricorso alla formula di Radbruch, ritenendo la legge sul confine della DDR, così come concepita e applicata in concreto, contraria ai principi di giustizia e ai diritti fondamentali dell'uomo⁷⁸.

La particolarità che può essere fin d'ora segnalata risiede nell'ancoraggio delle proprie valutazioni al diritto internazionale, elevato a duplice parametro valutativo; da una parte, della legittimità dell'azione sotto il profilo delle norme internazionali pattizie⁷⁹, dall'altra sotto quello della conformità ai principi di giustizia universalmente riconosciuti. In altri termini, la dottrina del diritto ingiusto (o del *non diritto*) viene ora

76 Fra queste, si rammentano gli indirizzi interpretativi che si erano formati in merito all'immunità penale degli organi della DDR e alla prescrizione dei crimini commessi nella Germania dell'Est; per entrambi cfr. *in*, 609-612; cfr. anche G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 85 ss. Proprio rispetto alla controversa estensione dei termini di prescrizione e all'interpretazione estensiva delle norme sull'esclusione e sulla sospensione della stessa causa estintiva del reato, cfr. R. ALAGNA, *La Rinnificazione della Germania e il 'superamento' del diritto penale della DDR*, in *Studi sulla riforma penale post-socialista*, a cura di R. Alagna e S. Riondato, Padova, 2013, 92 ss., anche per i rinvii bibliografici alla dottrina tedesca.

77 *Landgericht* di Berlino, 20 gennaio 1992, in *JZ*, 1992, 691 ss.

78 *Bundesgerichtshof*, 3 novembre 1992, in *NJW*, 1993, 141 ss.

79 Artt. 6 e 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che sanciscono il diritto alla vita e alla libertà di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio. La convenzione, stipulata in seno all'O.N.U., è stata ratificata dalla DDR l'8 novembre 1974.

integrata da fonti di diritto positivo, assumendo un carattere più certo e, quindi, meno discrezionale.

Ne consegue, ancora una volta, che dalla *fiction iuris* che consegue alla invalidità della legge ingiusta, non può essere ravvisata alcuna violazione del principio di irretroattività della legge penale.

Non stupisce, quindi, il punto di arrivo del *BGH*, che si pone in linea di continuità rispetto alle pronunce degli anni '50 e '60.

A loro volta conformi alla decisione innanzi riportata sono le successive sentenze della Corte federale di cassazione⁸⁰.

Il Tribunale costituzionale federale è stato così investito della questione circa la legittimità delle condanne dei ricorrenti Fritz Streletz e Heinz Kessler, membri del Consiglio nazionale di Difesa rispettivamente dal 1971 e dal 1967 della DDR, Egon Krenz, presidente della stessa repubblica della Germania orientale nel 1989 e una ex guardia di frontiera⁸¹. I primi, politici di spicco della DDR, erano stati condannati dai tribunali tedeschi dopo la riunificazione della Germania a causa del contributo all'uccisione, tramite istigazione all'omicidio, di alcuni giovani fuggitivi, nello specifico tramite la predisposizione di leggi e direttive sull'uso di armi da fuoco e mine antiuomo lungo il confine. Inoltre, ai suddetti vertici politici veniva imputata la responsabilità di aver instaurato una prassi statale – eseguita materialmente dalle guardie di frontiera (una delle quali, come detto, ricorrente) – il cui obiettivo era proteggere il confine tra i due Stati tedeschi «a tutti i costi», al fine di preservare l'esistenza della DDR minacciata dall'esodo massiccio della propria popolazione.

I ricorrenti denunciavano la violazione del principio di irretroattività di cui all'art. 103 della Carta fondamentale, contestando l'invalidazione *ex post* della scriminante sull'uso delle armi.

Benché le pronunce del *BGH* e del Tribunale costituzionale risultino analoghe quanto al risultato raggiunto – per l'appunto, l'invalidazione della legge ingiusta (ossia della legge della DDR) –, emerge una differenza nell'*iter* argomentativo seguito. Invero, per i motivi che ora si vedranno, il tema – sempre centralissimo – della retroattività della norma penale viene affrontato con sfumature diverse⁸².

Da un lato, la giurisprudenza di legittimità (e prima ancora di merito) ha sostenuto la tesi dell'invalidazione delle norme ingiuste e dell'applicazione della fattispecie generale

80 Sulle altre pronunce, tra cui, in particolare, quella del *Bundesgerichtshof*, 25 marzo 1993, in *BGHSt*, 39. Band, 168 ss., si rinvia a G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 100 ss.; E.M. AMBROSETTI, *L'eterno ritorno della Formula di Radbruch*, cit., 26.

81 *BVerfG*, 24 ottobre 1996 – 2 BvR 1851/94, in *BVerfGE* 95, 96 ss. Il soldato ricorrente, all'epoca dei fatti appena ventenne era stato condannato per aver sparato diversi colpi a una persona che aveva tentato di attraversare a nuoto il confine tra i due Stati tedeschi. La vittima, disarmata, aveva invano tentato di lasciare la DDR, non avendo altre vie di fuga conformi alla legge.

82 La differenza tra i diversi approcci rispetto al tema della retroattività della norma penale viene ben illustrato da G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte europea*, in *I diritti dell'uomo*, I, 2001, 9 ss.

di omicidio vigente al *dies delicti* – tesi, per l'appunto, comune alle diverse giurisdizioni – ricorrendo apertamente alla formula di Radbruch. Come già anticipato, la decisione netta della Corte viene temperata dal richiamo alle norme di diritto internazionale pattizio, quasi a segnalare il timore dei giudici nel fondare la decisione unicamente su argomenti di diritto naturale. Anche questo aspetto non stupisce, dato che già nelle sentenze degli anni '50 e '60 era stata riscontrata una certa ritrosia della Corte a invalidare le norme senza ancorare l'esito ad apporti di diritto positivo.

Per quanto negata, quindi, tale decisione comporta, di fatto, l'applicazione retroattiva del parametro giuridico *ex post* fatto proprio dalla Corte, teso a negare efficacia alla causa di giustificazione.

Dall'altro, i giudici costituzionali sembrano aver affrontato in modo frontale la questione dell'irretroattività subdolamente affermata, qualche anno prima, dal BGH. Risulta utile citare la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 24 ottobre 1996: «In questa situazione del tutto eccezionale, il requisito della giustizia oggettiva, che abbraccia anche la necessità di rispettare i diritti umani riconosciuti dalla comunità internazionale, rende impossibile per un tribunale accettare una tale difesa. La protezione assoluta della fiducia riposta nella garanzia data dall'articolo 103 § 2 della Legge Fondamentale deve cedere il passo, altrimenti l'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica Federale sarebbe in contrasto con le sue premesse di Stato di diritto»⁸³.

Ancora una volta, il principio di irretroattività viene sottoposto a un bilanciamento con l'esigenza di giustizia sostanziale. L'art. 103 comma secondo della legge fondamentale deve retrocedere di fronte alla necessità di punire le più gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo. Ma non solo: ancora una volta il bilanciamento viene svolto in assenza di una legge retroattiva, ma in presenza di un orientamento giurisprudenziale in forza del quale tale retroattività viene sostanzialmente applicata⁸⁴.

Questo argomento, accompagnando quello della invalidazione, appare come una confessione: sembra riconoscersi che la formula di Radbruch costituisce un'applicazione

83 *BVerfGE*, 24 ottobre 1996, cit.; per la traduzione si è fatto ricorso a G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività*, cit., 472. Nella stessa pronuncia si citano, a sostegno di tale tesi, le sentenze BGH e Corte di giustizia per la zona britannica, oltre che la stessa ormai nota formula di Radbruch. Una critica si può muovere al *BVerfG* in merito al contesto che legittima la deroga all'irretroattività: i fatti sono avvenuti nel diverso ordinamento della DDR. L'argomento che nega le garanzie a chi si pone fuori dallo Stato di diritto (affine a quello di Calamandrei, v. nt. 30) appare qui debole data la radicale diversità tra i due sistemi e i vincoli della Germania unificata; quest'ultima, infatti, col trattato di unificazione (art. 315), si impegnavano ad applicare il diritto DDR vigente al momento del fatto, salvo il caso di *lex mitior*. Sul punto, cfr. ID., *Formula di Radbruch*, cit., 296-298.

84 La sostanziale equiparazione tra mutamento giurisprudenziale e successione di leggi penali costituisce il presupposto concettuale implicito (e che rimane implicito) delle decisioni appena analizzate. Come, d'altra parte, lo stesso BGH aveva fatto, anche il *BVerfG* ha risolto la causa senza preoccuparsi del fatto che oggetto di censura fosse una legge o una interpretazione della stessa; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, 301.

retroattiva della norma, ma, a scanso di equivoci, si premette che tale principio non può essere invocato per casi simili.

Riecheggiano anche in questa sede le parole di Hart, fatte proprie, in parte, da Lon Fuller: l'interprete si trova spiazzato di fronte al ricorso alla dottrina dell'invalidazione della legge ingiusta, tanto più se tale approccio interpretativo viene adottato in casi dal disvalore inferiore se posti in relazione ai crimini su cui si sono fondate le considerazioni elaborate da Radbruch.

Può spingersi la teoria del «diritto ingiusto» o del «non diritto» sino al punto di considerare invalide, perché intollerabilmente ingiuste, le norme che, per la sola dimensione applicativa-interpretativa, consentono di esercitare la forza in modo eccessivamente discrezionale?

Certo è che la rinnovazione dell'approccio – ambiguo – dell'invalidazione della legge qualificata come ingiusta, esteso finanche ai casi di certo non estremi, sia in punto di concreto disvalore delle condotte, sia relativamente alla cornice normativa entro cui queste ultime erano iscritte, ha suscitato un acceso dibattito, a dimostrazione del perdurante interesse dimostrato dalla dottrina anche a distanza di anni dall'elaborazione di Radbruch e dalle relative applicazioni giurisprudenziali⁸⁵.

Un'ulteriore risposta, a suo modo alternativa, viene fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, investita delle questioni già ampiamente trattate dalle giurisdizioni nazionali tedesche.

Così, il 22 marzo del 2001 la Corte E.D.U. ha emesso due sentenze, l'una in merito al procedimento a carico di Fritz Streletz, Heinz Kessler e Egon Krenz, l'altra a carico dell'ex guardia di frontiera che già aveva fatto ricorso, al pari degli altri, al *BVerfG*⁸⁶.

85 Una risposta viene tentata dalla maggiore dottrina penalistica tedesca, primo fra tutti G. JAKOBS, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in Vergangenheits*, cit., 37 ss. Nello specifico, l'A., a cui è indubbiamente attribuibile uno dei maggiori sforzi nel ricostruire il tema della giustizia di transizione, tanto rispetto ai crimini nazisti, quanto a quelli della DDR, ne individua tre: la prima condizione coincide con la *Zurechenbarkeit*, ovvero sia l'attribuibilità del fatto agli autori. Affinché tale requisito sussista in concreto, deve essere peraltro accertata la coscienza del disvalore compiuto in relazione al contesto sociale entro cui il soggetto ha operato. Il secondo requisito va individuato nella necessità della pena (*Erforderlichkeit der Strafe*) finalizzato al superamento del passato e alla riaffermazione dell'ordinamento violato, mentre il terzo nell'esistenza di un diritto positivo (*Positivität*), in forza del quale i crimini commessi durante il precedente regime siano punibili, in ossequio al principio di legalità sancito dall'art. 103, secondo comma, della Carta costituzionale della Repubblica Federale Tedesca. Per una ricognizione completa del pensiero dell'illustre penalista tedesco si rinvia a E.M. AMBROSETTI, *In margine*, cit. 601 ss. Basti qui segnalare che Jakobs conclude per la non punibilità dei crimini nazisti, salvo espressa deroga al divieto di retroattività. Tale esito si impone, *a fortiori*, per gli omicidi del Muro, stante l'assenza di tutti i requisiti: manca la *Positivität*, data la vigenza della scriminante ex § 27 della Legge di confine; difetta la *Zurechenbarkeit*, per l'inconsapevolezza del disvalore indotta dal clima di regime; è carente, infine, la *Erforderlichkeit*, essendo il nuovo assetto democratico post-riunificazione già idoneo a scongiurare la commissione di siffatti crimini.

86 Corte E.D.U., Grande Camera, Ric. n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, e Ric. n. 37201/97, in *hudoc.echr.coe*.

Le soluzioni fornite dalle due sentenze, in quanto coincidenti in punto di diritto, verranno qui trattate unitamente, in particolare rispetto al profilo che più di tutti ha interessato la Corte, ossia la questione dell'eventuale violazione del principio di irretroattività della legge penale sancito e tutelato dall'art. 7, par. 1, CEDU. Questione che, ancora una volta, si pone al centro della dinamica processuale⁸⁷.

Anche questa volta, benché non muti l'esito dell'*iter* interpretativo rispetto a quello seguito dalle altre Corti nazionali, si assiste a una ricostruzione peculiare circa la dimensione del principio di irretroattività della legge penale; peculiarità che è senza dubbio dovuta al diverso contesto ordinamentale su cui si fonda il giudizio devoluto all'organo giudicante e alla particolarità della disciplina convenzionale in punto di divieto di retroattività sfavorevole. Difatti, l'art. 7 CEDU si compone di due commi: il primo ricalca grossomodo le disposizioni costituzionali degli ordinamenti europei in materia. Il secondo, invece, si presenta come vera e propria innovazione, nella misura in cui stabilisce che l'articolo non ostacola «il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili». È evidente come tale disposizione presenti i caratteri delle esperienze processuali e delle correlate teorie dottrinali che si sono succedute nei primi anni del secondo dopoguerra e di cui si è reso conto in questa sede⁸⁸. Tuttavia, tale clausola non rileva nei

87 Come affermato espressamente nella pronuncia sui ric. n. 34044/96, 355332/97 e 44801/98, non è compito della Corte europea accertare la bontà degli approcci adottati dalle diverse corti nazionali; ossia, non viene in alcun modo giudicata la bontà dell'approccio radbruchiano alla soluzione dei casi in esame. Il *thema decidendum* non poteva infatti che essere limitato all'eventuale contrasto della normativa interna con l'art. 7 CEDU e poche altre questioni giuridiche che, seppur non affrontate con la stessa precisione, risultano altrettanto complesse. Pur non essendo questa la sede per trattarle compiutamente ci si può limitare a una breve disamina: successione ed estinzione dei stati, immunità dei loro rappresentanti e uomo di governo, interpretazione delle fonti di diritto internazionale e del diritto interno di uno Stato diverso da quello davanti a cui pende la giurisdizione; per l'analisi delle diverse questioni si veda G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte europea*, cit. Basti qui affermare che la Corte si è soffermata sulla legittimità della punibilità di fatti commessi sotto un regime anteriore: «The Court considers that it is legitimate for a State governed by the rule of law to bring criminal proceedings against persons who have committed crimes under a former regime; similarly, the courts of such a State, having taken the place of those which existed previously, cannot be criticised for applying and interpreting the legal provisions in force at the material time in the light of the principles governing a State subject to the rule of law» (§ 84 della seconda sentenza del 22 marzo 2001).

88 Per una disamina completa della norma, sia dal punto di vista storico, che da quello applicativo e strutturale, si rinvia a G. PUGLISI, *La clausola di Norimberga*, cit., 1 ss. Non risulta pacifico se il disposto del secondo paragrafo possa o meno considerarsi una deroga al suddetto principio. In senso affermativo V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 109-114. Cfr. altresì M. CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 99 ss. Nega invece la natura di norma eccezionale rispetto al primo paragrafo P. DE SENA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e repressione dei crimini contro l'umanità: in margine al caso Touvier*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, fasc. 2, 416 ss. a ciò si aggiunga che difficile risulta qualificare tale disposto come 'formula di Radbruch' (BIN, «Formula di Radbruch», *principio di irretroattività e lex mitior. Nota a C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, in *Dir pen. cont.*, 9

casi in esame, avendo il governo tedesco inserito, in sede di ratifica della Convenzione, un'apposita riserva che fa salva l'applicazione dell'art. 103 par. 2 della costituzione tedesca.

In via preliminare, la Corte ribadisce come l'art. 7 CEDU non si limiti a sancire il divieto di retroattività, ma consacrì il più ampio principio di legalità in materia penale, comprensivo dei corollari della riserva di legge e della tassatività. Tale garanzia costituisce un elemento essenziale dello stato di diritto, la cui assolutezza è confermata dall'impossibilità di derogarvi persino in tempo di guerra, ai sensi dell'art. 15 CEDU. Quanto alla nozione di «legge» (*law*), i giudici di Strasburgo ne offrono un'interpretazione sostanziale e autonoma: il termine allude al medesimo concetto utilizzato in altre disposizioni della Convenzione, abbracciando non solo il diritto scritto di origine legislativa, ma anche quello non scritto di elaborazione giurisprudenziale.

Ma la Corte di Strasburgo non limitandosi all'esegesi dell'art. 7 CEDU, si è spinta sino a ricostruire minuziosamente la legislazione della DDR. Tale sforzo ha permesso di costruire una legislazione – quella ordinaria e costituzionale della Germania Est – già pienamente e sufficientemente idonea a fondare la penale responsabilità degli imputati al tempo dei fatti. Pertanto, la Corte ha affermato la piena legittimità delle condanne rispetto al suddetto parametro convenzionale, tanto per la riscontrata assenza dell'applicazione di una norma *ex post facto* – profilo oggettivo del principio del *nullum crimen* – quanto per l'accertata prevedibilità delle condanne stesse – declinazione soggettiva del divieto di retroattività.

Nell'affrontare i due punti, le suesposte sentenze hanno riprodotto *mutatis mutandis* le medesime argomentazioni giuridiche: nella prima la Corte si è concentrata più nel dimostrare come la legislazione vigente al tempo dei fatti fosse di per sé sufficiente a fondare la condanna degli imputati. Due sono i motivi in base ai quali si esclude la retroattività dell'incriminazione, uno oggettivo e uno soggettivo.

Quanto al primo profilo, qui definito «oggettivo», del principio di irretroattività, la Corte europea si richiama all'ampio ventaglio di norme, tra cui quelle già citate, a partire dalle quali è possibile ricostruire un sistema fondato sull'*extrema ratio* dell'uso delle armi da fuoco e sulla tutela del diritto alla vita e degli altri diritti fondamentali. A tal proposito, la Corte valorizza il diritto interno della stessa DDR: l'art. 95 StGB (1968) negava efficacia scriminante agli ordini lesivi dei diritti umani, mentre l'art. 258 – in linea con i «Principi di Norimberga» e, nello specifico, con l'art. 8 Statuto T.M.I. – sanciva la responsabilità penale per violazioni manifeste del diritto internazionale. Sotto quest'ultimo profilo, la prassi di frontiera contrastava con gli obblighi del Patto sui diritti civili e politici (ratificato nel 1974) e con i principi universali di tutela della vita (art. 3 UDHR e art. 2 CEDU), rendendo gli ordini di sparare palesemente illegittimi.

aprile 2014), se non altro per la prospettiva di applicazione: la 'vera' *formula*, come conferma il suo Autore, guarda al futuro; la clausola di cui trattasi, invece, guarda al passato.

Ma non basta l'oggettività. È necessario effettuare l'accertamento anche alla luce della prevedibilità (*foreseeability*), al tempo della commissione del fatto, delle conseguenze della propria azione⁸⁹. Invero, ci si trova ora di fronte a un problema di conflitto tra ordini gerarchici e norme di legge potenzialmente qualificabili alla stregua di cause di giustificazione, da una parte, e norme che vietano, più o meno espressamente, quelle stesse condotte, dall'altra. È evidente come questo conflitto si proietti nel profilo interiore del reo, che deve poter calcolare le conseguenze delle proprie azioni e, pertanto, cogliere l'eventuale (assenza di) anti giuridicità della condotta⁹⁰.

E qui gli elementi più innovativi delle pronunce, specialmente della seconda.

Come anticipato, nella sentenza contro Streletz, Kessler e Krenz, la questione è stata risolta agevolmente in ragione del loro ruolo politico. In quanto artefici della prassi criminosa, essi sapevano – o avrebbero dovuto sapere – che questa violava apertamente

89 Pur nella complessità del quadro normativo, la Corte sottolinea come che il diritto scritto rilevante nei casi di specie fosse quello proprio della Costituzione e del Codice penale della DDR; non, quindi, «regolamenti oscuri». Pertanto, «l'assioma "l'ignoranza della legge non scusa" si applicava anche al ricorrente» (§ 73 della prima sentenza). Emerge dunque l'autonomia, seppur nella stretta interconnessione, tra *accessibility* e *foreseeability*: la prima ancorata al dato normativo astratto, la seconda alla sua concretizzazione nel diritto vivente. Tale binomio è presupposto indefettibile per la calcolabilità delle conseguenze giuridiche e la libera autodeterminazione del consociato. Si tratta di principi sedimentati nella giurisprudenza della Corte E.D.U. che, muovendo dal *leading case Sunday Times* c. Regno Unito (1979), ha progressivamente esteso tali canoni alla materia penale (*Kokkinakis* c. Grecia, 1993 e *S.W./C.R.* c. Regno Unito, 1995). Per un approfondimento dottrinale cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La «prevedibilità del diritto» e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018; A. BERNARDI, *Art. 7 CEDU – «Nessuna pena senza legge»*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, Padova, 2001, 260 ss.; E. ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2, 2019; A. SANTANGELO, *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 332 ss.

A simili conclusioni è giunta la Corte nei casi in cui la stessa era richiesta di valutare l'applicabilità del secondo paragrafo dell'art. 7 cit. In particolare, nei casi *Maktouf e Damjanović* c. Bosnia ed Erzegovina del 18 luglio 2013 (Ric. nn. 2312/08 e 34179/08), così come nei successivi *Vasiliauskas* c. Lituania e *Drelingas* c. Lituania, la Corte ha negato che la clausola in esame trovasse applicazione, ritenendo sufficiente alla soluzione delle controversie il disposto del primo paragrafo del medesimo articolo, così come letto alla luce del principio di prevedibilità, confermando così l'indirizzo già intrapreso dalle sentenze del 22 marzo 2001. Alla c.d. clausola di Norimberga è stata così attribuita una lettura storicizzata, come a limitarne il campo di operatività alla sola casistica dei crimini nazisti (*Maktouf e Damjanović* c. Bosnia ed Erzegovina del 18 luglio 2013, cit., § 72); L. BIN, *«Formula di Radbruch»*, cit. Per una disamina completa delle diverse pronunce della Corte di Strasburgo, si v. G. PUGLISI, *La clausola di Norimberga*, cit., 142 ss.

90 La ricerca del «profilo soggettivo dell'irretroattività», ossia delle necessaria prevedibilità della condanna, seppur trattato marginalmente nei precedenti interni già esaminati, affiora già nel giudizio di Norimberga («the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished»), dove il *nullum crimen* è declinato come principio di giustizia sostanziale: l'impunità diverrebbe ingiustizia a fronte di una illiceità conoscibile. Tale lettura è stata lucidamente colta da Vassalli, che legava l'irretroattività alla concreta possibilità per l'agente di prevedere le conseguenze (dimensione teleologica), anticipando così l'odierno approccio della Corte E.D.U.

la legislazione della DDR e il diritto internazionale; la loro posizione apicale esclude, dunque, di poter eccepire l'imprevedibilità della sanzione. Il ragionamento non è però automaticamente estensibile alla seconda sentenza. Il soldato, ventenne e indottrinato come ogni recluta della NVA, era tenuto all'obbedienza gerarchica, operando sotto il rischio concreto di un'indagine della procura militare qualora un fuggitivo fosse riuscito ad attraversare il confine⁹¹.

Per affermare la prevedibilità della sanzione anche in capo all'esecutore materiale, la Corte valorizza la dimensione soggettiva e assiologica del principio di irretroattività, che altro non significa se non dare rilievo alla sua stessa *ratio* garantista⁹². I giudici di Strasburgo, pur non presumendo in astratto la conoscenza tecnica nella mera guardia, hanno ritenuto inesigibile una «cieca obbedienza» a ordini in palese contrasto con i principi della DDR e, soprattutto, con i diritti fondamentali. In quest'ottica, la violazione del divieto di retroattività è esclusa spostando il *focus* sulla *foreseeability*: l'imputato non poteva fare legittimo affidamento su quella scriminante perché essa era in flagrante contrasto con i diritti umani fondamentali, ossia, in altri termini, «intollerabilmente ingiusta».

Del resto – ritiene la Corte – la nozione convenzionale di «legge» sottende imprescindibili requisiti qualitativi, tra i quali spiccano l'accessibilità e, appunto, la prevedibilità⁹³. Affinché il precetto sia valido, non è sufficiente la sua esistenza sul piano oggettivo-formale, ma è necessaria la sua effettiva conoscibilità sul piano soggettivo, in modo tale che il consociato possa riporvi il proprio legittimo affidamento. È proprio questa dimensione soggettiva a rivestire il maggior interesse teorico nelle sentenze in esame, offrendo un quadro ermeneutico più complesso del principio di irretroattività⁹⁴ e del suo ruolo cruciale nel delicato processo di «superamento del passato attraverso il diritto».

91 Corte E.D.U., sent. *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 72.

92 G. VASSALLI, voce *Nullum crimen*, cit., 284: «punire sulla base di una legge retroattiva è come punire in virtù di un principio morale o politico che non era tradotto in legge positiva all'epoca del fatto, e dunque è del tutto equivalente a punire in assenza di una legge incriminatrice. In definitiva, in entrambi i principi si esprime una esigenza di certezza per i destinatari delle leggi penali».

93 Così la sent. della C. E.D.U., Grande Camera, 22 marzo 2001, Ric. n. 37201/97, cit., § 45.

94 Non a caso il Vassalli mostra di condividere le considerazioni della Corte europea rispetto alla «componente soggettiva» del *nullum crimen* convenzionale, pur nella difficoltà della stessa ad adattarsi ai casi concreti. Lo stesso A., infatti, considera il diritto creato dalla Corte un «diritto immaginario»; G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività*, cit., 473. Suscita perplessità la ricostruzione della consapevolezza dell'antigiuridicità in capo alla singola guardia. Nella seconda pronuncia, la Corte deduce la prevedibilità della condanna dal mero arruolamento, equiparato all'accettazione del rischio di dover sparare (§ 74): un automatismo che, sfuggendo a una verifica del dolo soggettivo dell'agente, presta il fianco a critiche.

7. «Questo per il futuro»: riflessioni conclusive sulla tenuta del principio di irretroattività di fronte al diritto ingiusto.

A partire dalle diverse vicende processuali sinora analizzate, si è potuto indagare l'atteggiarsi del principio di irretroattività della legge penale quando messo alla prova dai casi-limite della transizione da modelli di 'ingiustizia legale' allo Stato di diritto. Ipotesi in cui, a fronte di crimini eccezionalmente gravi, l'applicazione della sanzione penale rischiava di sconfinare (e per taluno sconfinava) in una vera e propria incriminazione retroattiva. Ma è proprio nei casi in cui il principio viene messo in tensione che è possibile apprezzarne in modo più integro la *ratio*, il fondamento giuridico e, conseguentemente, i confini applicativi. Elementi a loro volta necessari per individuarne le prospettive future, tanto rispetto ai casi di crisi della legalità internazionale, quanto allo sviluppo del principio stesso nell'ordinamento interno.

Il primo interrogativo che sorge dalle tappe storiche ripercorse riguarda lo statuto che si pretende riconoscere al principio di irretroattività della legge penale: deve lo stesso essere osservato anche nelle ipotesi in cui si pone in maggiore tensione con la 'necessità di pena', vincendo su quest'ultima, ovvero può esso cedere di fronte all'avvertita esigenza di reprimere le condotte particolarmente gravi e offensive dei diritti fondamentali dell'uomo (tradotto: la giustizia deve vincere sulla certezza del diritto)? Vi sono delle vie interpretative che consentano di conformarsi formalmente allo stesso, pur senza rinunciare a punire siffatti crimini?

I dibattiti che si sono svolti a partire dal secondo dopoguerra sembrano aver tentato una risposta, benché non definitiva.

L'esito a cui è giunto il T.M.I. nel celebre *Judgement* presenta degli elementi comuni alle motivazioni delle successive pronunce del BGH e del BVerfG: benché le stesse abbiano fatto ricorso a diversi *iter* argomentativi, si è notata una certa analogia nel ricorso esplicito o implicito alla formula di Radbruch e, allo stesso tempo, nella riscontrata insofferenza per la palese disapplicazione del divieto di retroattività della legge penale⁹⁵. Allo stesso tempo, si è tuttavia rilevato come, perlomeno sul piano astratto, in talune occasioni gli interpreti non negassero di per sé la legittimità di una deroga o, meglio, di un bilanciamento del suddetto principio con altri valori considerati – seppur in via eccezionale – di pari rango⁹⁶.

95 Il caso dei *Manerschützen*, pur differenziandosi dai crimini nazisti per una maggiore parvenza di legalità interna, oltre che per la minore gravità dei fatti contestati, segna un'evoluzione nella giustificazione della punibilità retroattiva. La giurisprudenza abbandona il ricorso a categorie etiche o giusnaturalistiche (formula di Radbruch «pur») per ancorarsi al diritto internazionale pattizio, spostando il baricentro della legittimità dal diritto naturale al diritto positivo sovranazionale. Le sentenze della Corte di Strasburgo, confermando l'impostazione tedesca in un contesto di crescente affermazione della giustizia penale internazionale (coevo alla genesi dello Statuto di Roma), suggellano tale passaggio, dando soddisfazione al requisito della prevedibilità (*foreseeability*) della condanna, elemento intrinseco alla nozione di legalità di cui all'art. 7 CEDU.

96 *In primis*, la «giustizia», intesa come applicazione della pena ai responsabili di fatti di una simile gravità. È il caso della sentenza pronunciata dal T.M.I. nel processo di Norimberga, la quale, nel qualificare

Sebbene l'invalidazione della legge ingiusta (o del c.d. *non diritto*) sembri escludere in linea di principio la retroattività, comportando l'applicazione della fattispecie incriminatrice vigente al tempo dei fatti, la costruzione teorica è solo apparente: l'effetto prodotto da tale operazione ermeneutica coincide, nella sostanza, con un'incriminazione retroattiva.

La soluzione, che non risulta di per sé criticabile nei casi analizzati⁹⁷, evita così di sciogliere frontalmente il nodo centrale, ossia l'eventuale derogabilità del principio di irretroattività della legge penale – inteso anche nel versante dell'interpretazione invalidante *ex post* della causa di giustificazione – e in quali termini (*pro futuro*) la deroga possa essere realizzata.

Su questo solco si inserisce il dibattito che vede al centro la dicotomia tra l'approccio giusnaturalistico, aderente alla lettera dell'equazione radbruchiana, e quello giuspositivistico, che afferma l'opportunità della strada alternativa – più certa – della sola legge apertamente retroattiva⁹⁸.

L'insoddisfazione per l'accoglimento puro e semplice dell'una o dell'altra tesi, entrambe potenzialmente idonee, in ottica futura, a originare abusi – da parte dell'organo giurisdizionale la prima e del legislatore la seconda – ha imposto la ricerca di un ancoraggio dell'incriminazione delle condotte e dell'ingiustizia (*rectius*, antigiuridicità) alle norme già vigenti all'epoca dei fatti, con argomentazioni a volte più 'coraggiose', a volte meno.

Tuttavia, adottando l'angolo prospettico già tacitamente riscontrabile nelle sentenze tedesche e acclarato nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, sembrerebbe che l'alternativa tra l'invalidazione *ex post facto* della norma tacciata di intollerabile contrarietà ai principi di giustizia e l'adozione di una legge apertamente retroattiva perda la sua utilità, prima ancora che risultare non convincente.

Invero, la questione sembra sempre potersi risolvere al metro del principio di irretroattività della norma (o, meglio, del diritto) penale, così come positivizzato all'art. 7 CEDU e successivamente interpretato dalla stessa corte di Strasburgo. Difatti, come insegnano le pronunce del 22 marzo del 2001, per stabilire se l'incriminazione sia o meno retroattiva non ci si può arrestare alla mera constatazione dell'esistenza, al tempo del fatto, della legge che si intende applicare, ma si impone altresì una valutazione soggettiva: laddove il singolo fosse stato consapevole del disvalore e dell'antigiuridicità della condotta compiuta, l'essenza stessa del divieto in parola verrebbe disinnescata.

il *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali* quale «principio di giustizia», sembra ammetterne un possibile bilanciamento con l'interesse, altrettanto (se non maggiormente) meritevole di protezione, a punire crimini particolarmente odiosi; in tal senso e rispetto alla medesima vicenda storica si colloca, come già sottolineato, H. Kelsen, *The rule against ex post facto*, cit., 8 ss. Similmente, cfr. anche l'interpretazione del *BVerfG* nell'affermare l'astratta configurabilità di una retrocessione del principio sancito dall'art. 103 § 2 della costituzione tedesca.

97 Cfr. E.M. AMBROSETTI, *In margine*, cit., 623.

98 In G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 305-306 viene proposta una duplice soluzione: applicare il criterio dell'invalidità per intollerabilità alle fattispecie incriminatrici e ai settori extra-penal, riservando invece la legge retroattiva alla revoca di scriminanti o alla sanzione di fatti moralmente intollerabili privi di adeguata tutela.

Alla luce di ciò, a poco rileva l'eventuale affidamento che il singolo riponeva circa l'eventuale giustizia formale (o 'torto legale') insita nella conformità della condotta al singolo frammento oggettivo dell'ordinamento; ossia alla norma che, in violazione di principi sovraordinati, autorizzava o si esponeva a una interpretazione o a una prassi che autorizzasse una condotta contraria ai principi di giustizia. Anzi, dovendo rinvenirsi la *ratio* del divieto di incriminazioni retroattive nella garanzia del singolo di non essere vittima di abusi dell'autorità pubblica, occorrerebbe chiedersi se, nel caso concreto sottoposto all'attenzione del giudice, l'antigiuridicità della condotta fosse già ricavabile dal contesto normativo o dai principi di giustizia universalmente riconosciuti. Di talché, il principio di irretroattività non solo non risulta leso, ma trova in questa lettura la sua naturale esplicazione⁹⁹.

Questo, si intende, solo nei casi in cui a essere giudicate siano condotte di eccezionale entità.

Affermato ciò, vi è da chiedersi se oggi questioni analoghe possano riproporsi nel panorama giuridico europeo, ovvero se nell'attuale contesto ordinamentale, nazionale e internazionale, non vi sia più spazio per simili dubbi interpretativi.

Si ritiene, in linea di massima, di accogliere la seconda opzione: l'assetto normativo internazionale, la diffusione delle convenzioni poste a presidio dei diritti fondamentali dell'uomo e gli strumenti di tutela implementati con la nascita di corti specificamente dedicate farebbero ritenere inimmaginabile la riproposizione di simili problematiche¹⁰⁰.

Sebbene si possa eccepire l'attuale stato di crisi che investe il diritto internazionale – e segnatamente quello penale – è tuttavia indubbio che i principi di giustizia in esso cristallizzati mantengano pur sempre una funzione cruciale nel garantire la prevedibilità dell'incriminazione¹⁰¹.

99 Relativamente ai casi in cui fosse prevedibile una futura interpretazione giurisprudenziale volta a considerare il fatto come reato o come crimine di maggiore entità, le corti sovranazionali e i tribunali hanno talvolta fatto ricorso alla nozione di «retroattività apparente» o solo «formale» e, dunque, in quanto tale, non illegittima; in merito cfr. G. FORNASARI, *Giustizia di transizione*, cit., 192, anche rispetto all'utilizzo del concetto di «retroattività apparente» da parte delle corti sudamericane nei contesti di giustizia di transizione.

100 Tra i primi a confidare nello sviluppo della legalità internazionale e degli organi di giustizia internazionale si potrebbe annoverare lo stesso Radbruch, il quale orienta la *pars construens* del celebre saggio del 1946 proprio al «futuro». Sul punto, si segnala inoltre il saggio di H.H. JESCHECK, *Stato attuale e prospettive future del diritto penale internazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 681 ss. Similmente, sul versante domestico, gli appelli più significativi per uno sviluppo della giustizia penale internazionale sono stati lanciati da Giuliano Vassalli. Molti sono infatti i contributi in cui l'A. auspica la progressiva affermazione di un diritto penale internazionale; cfr. nello specifico, il volume G. VASSALLI, *La giustizia internazionale penale*, cit., dove l'A. raccoglie diversi scritti e prolusioni che, dal 1946 al 1995, hanno alimentato il dibattito sull'evoluzione della giustizia internazionale penale. L'interesse per il diritto penale internazionale dimostrazione, almeno sulla carta, è rimasto costante; conferma ne è la recente esperienza della commissione presieduta da Francesco Palazzo e Fausto Pocar, che ha condotto alla presentazione della proposta di legge A.C. 2522 sul «Codice dei crimini internazionali».

101 Ovvero, accogliendo l'impostazione radbruchiana secondo cui «a fronte di un'intollerabile contrasto con la giustizia, anche le condotte conformi a norme di diritto positivo si rivelano come puri e semplici fatti criminosi», il diritto internazionale costituisce il parametro valutativo per «individuare con

In tale prospettiva, la giustizia internazionale non rileva meramente quale apparato sanzionatorio diretto (spesso depotenziato, nei fatti, da una sostanziale impunità), bensì assurge a imprescindibile parametro valutativo per l'ordinamento interno. I principi sovranazionali, infatti, offrono al giudice nazionale le coordinate ermeneutiche necessarie per condurre l'accertamento della responsabilità e l'interprete potrà così ricorrere a tali parametri per accertare l'intollerabilità dell'ingiustizia insita nella legge, oppure – per aderire alla consolidata ermeneutica della Corte E.D.U. – per stabilire se la violazione dei diritti fondamentali sia talmente flagrante da rendere ragionevolmente prevedibile la condanna¹⁰².

Affermato ciò, deve altresì ritenersi ragionevole che lo sviluppo del valore della prevedibilità quale dimensione costitutiva del principio del *nullum crimen* europeo possa condurre all'evoluzione del principio di irretroattività penale in terreni ancora di confine, ancorché differenti dallo scenario del *diritto ingiusto* in questa sede delineato.

Ne è un esempio la questione – oggi centralissima – dell'individuazione del paradigma normativo applicabile ai casi dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli; ipotesi che, benché non paragonabili in punto di gravità della condotta, non sono, nella loro dinamica astratta, così dissimili da quelli analizzati in questa sede.

In particolare, le considerazioni innovative della Corte di Strasburgo possono fornire il loro contributo nell'acceso dibattito tra chi sostiene, come la giurisprudenza a oggi quasi uniforme¹⁰³, l'applicabilità a tali ipotesi dell'art. 5 cod. pen. e chi, invece, l'alternativo regime degli articoli 25, comma 2, Cost. e 2 cod. pen.¹⁰⁴ Dunque, ci si chiede

maggior certezza quando l'ingiustizia assuma il carattere dell'intollerabilità»; E.M. AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia*, cit., 28.

102 Operazione che, come ampiamente esposto, hanno compiuto tanto le sentenze del BGH sulle uccisioni del muro, quanto le successive pronunce della Corte di Strasburgo del 22 marzo del 2001, rispetto ai parametri normativi offerti dal Patto sui diritti civili e politici del 1966.

103 In campo giurisprudenziale si è invece imposta una certa ritrosia all'affermazione del rimedio di cui all'art. 2 cod. pen. in materia di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, preferendo, la Suprema Corte, ricorrere alla tutela di cui all'art. 5 cod. pen. così come costituzionalmente manipolato (così Cass. pen., sez. VI, dep. 16 luglio 2024, n. 28594). Tuttavia, spiragli si rinvencono nella recentissima sent. Cass., sez. VI, dep. 9.7.2025, n. 25200, nella quale i giudici di legittimità si sono astenuti dall'applicare all'imputato il mutamento giurisprudenziale produttivo effetti *in malam partem* e operato nel principio di diritto della medesima pronuncia; ciò in forza non del ricorso alla scusabilità dell'errore di cui all'art. 5 cod. pen., ma, per l'appunto, del canone convenzionale della prevedibilità.

104 Il tema si è posto al centro dell'interesse degli interpreti sin da tempo più risalente (A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit.), per poi essersi di recente – e, nello specifico, a partire dalla celebre sentenza Contrada – imposto nel dibattito dottrinale; cfr. R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale*, in *Sist. pen.*, 30 aprile 2022; F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, 941 ss. In particolare, ritiene già corretto il ricorso al principio di irretroattività nei casi di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità*, a cura di C.E. Paliero et al., Napoli, 2016, 297 ss.

Sono sempre maggiori le spinte degli interpreti affinché si riconosca l'applicabilità del regime di cui agli artt. 25 c. 2 Cost. e 7 CEDU anche rispetto ai *revirement* imprevedibili, giungendo financo a suggerire, in prospettiva *de iure condendo*, di modellare il citato disposto dell'art. 2 cod. pen. in modo tale da ricompenderli

se, alla luce della centralità assegnata dall'art. 7 CEDU al principio dell'affidamento del consociato, il *nullum crimen* domestico, sancito nel citato disposto costituzionale, possa attrarre nel proprio ombrello applicativo le ipotesi, anche di non eccezionale gravità, in cui a mutare *in malam partem* non sia il precetto normativo, bensì la sua concretizzazione nel diritto vivente. Se una soluzione positiva è già stata riconosciuta sul fronte europeo, le prospettive interne sembrano invece più confuse. Eppure, è proprio su questo versante che sarebbero auspicabili future evoluzioni interpretative di segno garantistico¹⁰⁵.

ABSTRACT: Il presente contributo si propone di indagare l'atteggiarsi del principio di irretroattività della legge penale nei contesti della giustizia di transizione sperimentati nella Germania del secolo scorso. L'indagine si concentra, in particolare, sulle pronunce delle corti tedesche che hanno affrontato la *vexata quaestio* della punibilità dei fatti formalmente giustificati da un precedente regime normativo, ma sostanzialmente inosservanti dei principi di giustizia universalmente riconosciuti. Partendo dalle obiezioni mosse sin dal processo di Norimberga in punto di retroattività dell'incriminazione, si ripercorreranno le pronunce del *Bundesgerichtshof* e del *Bundesverfassungsgericht* nei processi ai criminali nazisti e alle c.d. guardie del Muro di Berlino, al fine di verificare la tenuta del paradigma da esse adottato, inaugurato ancor prima da Radbruch e dalla sua celebre «Formula». Il quadro verrà così esteso ai dibattiti sviluppatasi tra i più grandi commentatori dell'epoca e alle innovative pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, le quali, ponendo fine al suddetto *iter* giurisprudenziale, hanno definitivamente affermato il ruolo centrale del principio di prevedibilità delle conseguenze penali. Si tenterà pertanto di verificare se, nei casi-limite in esame, il divieto di incriminazione retroattiva sia stato deliberatamente violato – valutando così l'opportunità di siffatto approccio interpretativo –, o se, piuttosto, possa essere operata una lettura conforme alla *ratio* del principio, allo stesso tempo attenta alla necessità di «superare il passato» con lo strumento della giustizia penale.

PAROLE CHIAVE: Principio di irretroattività – Giustizia di transizione – Formula di Radbruch – Diritto ingiusto – Principio di prevedibilità

gli effetti *in malam partem* prodotti dai mutamenti interpretativi; cfr. D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, 380-381: «La soluzione più lineare è quella che prevede la riformulazione legislativa dell'art. 2 cod. pen. [...] Subito dopo aver chiarito al primo comma che nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato; il legislatore potrebbe inserire un nuovo comma 1-bis per precisare che nessuno può essere punito per un fatto la cui punibilità, secondo l'interpretazione della legge del tempo in cui è stato commesso, era imprevedibile». Per una ricognizione delle diverse tesi dottrinali espresse negli ultimi anni, si rinvia a G. CARUSO, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2021, 36, nt. 97.

105 Lo stesso Vassalli, traendo le proprie conclusioni rispetto alle pronunce del BGH del secolo scorso, ritiene che la capacità del principio di irretroattività di abbracciare anche la dimensione ulteriore a quella della legge formale sia «un punto sul quale occorre che la scienza giuridica» riponga «maggiore attenzione»; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 300 s.

DALLA TRADIZIONE ALL'INNOVAZIONE: LE PIATTAFORME PER DONARE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Configurare il ‘crowdfunding donation’ come donazione: una strada perseguibile? – 3. L'inquadramento giuridico del ‘crowdfunding donation-based’ alla luce della disciplina del comitato. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Il presente lavoro intende giungere a dare qualificazione giuridica al fenomeno del ‘donation-based crowdfunding’. Per fare ciò, si muoverà dalla, seppur brevemente tracciata, definizione di tale forma di ‘micro-mecenatismo’¹ per giungere, poi, a individuare le analogie e le divergenze con quegli istituti del diritto civile che, *prima facie*, sembrano meglio conformarsi al fenomeno: donazione e comitati.

A tal fine, pare d'obbligo introdurre il ‘donation-based crowdfunding’ (d’ora in avanti anche ‘donation crowdfunding’) mettendo in risalto il concetto sociale di ‘dono’ e, muovendo da questo, dipanare i dubbi sulla possibilità o meno di far rientrare la raccolta fondi online nell’alveo della donazione civilistica.

Il dono², socialmente inteso, può essere descritto come quel «sostegno economico disinteressato»³ a favore di attività che vanno a beneficio di un’intera comunità. Dunque, per le scienze umane⁴, il dono è un fondamentale strumento per la costruzione di una comunità: tramite il dono, infatti, l’essere umano attiva quella relazione (umana) necessaria a creare legami. Grazie al dono, invero, si generano amicizie e alleanze. Conseguentemente, la logica del dono si contrappone a quella propriamente economica dell’*homo oeconomicus* che agisce razionalmente e perseguendo interessi utilitaristici.

Tale premessa porta a individuare il legame che si crea «tra colui che dona e la comunità di appartenenza»⁵: contribuire donando a favore della propria comunità è, infatti, espressione del legame con la società a cui si appartiene.

La partecipazione altruistica ai bisogni della collettività può essere attuata anche attraverso forme di micro-mecenatismo che trovano, oggi, espressione e attuazione proprio grazie al web e all'utilizzo di piattaforme digitali.

1 A. MONTANARI, *Donation-based crowdfunding, mecenatismo, beni culturali: liberalità e partecipazione alla vita culturale della comunità*, in *Europa dir. priv.*, 2024, I, 77 e 103.

2 Di cui il mecenatismo, nel campo della cultura, è la sua più alta espressione.

3 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 89.

4 M. AIME, *Da Mauss al MAUSS*, in M. MAUSS, *Saggio sul dono*, Torino, 2002, VII s.

5 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 91.

Le piattaforme informatiche sono, infatti, diventate centrali in quasi tutti gli aspetti della vita, dall'intrattenimento alla comunicazione, dal lavoro al commercio giungendo, altresì, a influenzare il modo di dare compimento al 'fundraising': si assiste così al passaggio da una raccolta fondi tradizionale e a una virtuale che sfruttando il web e il concetto di 'community' che ivi si forma, mira a raccogliere il maggior numero di fondi a sostegno di un progetto propagandato grazie alla rete.

È proprio la rete (Internet) che, consentendo di raggiungere chiunque ovunque si trovi, riesce non solo a far conoscere più celermente il progetto, ma è anche in grado di generare quel coinvolgimento emotivo tanto utile per il supporto di progetti aventi natura sociale o, comunque, solidale⁶.

Detto altrimenti, le piattaforme per la raccolta fondi hanno il pregio di: a) consentire ai progetti solidaristici di ottenere una visibilità che difficilmente avrebbero con l'utilizzo di forme più tradizionali di comunicazione; b) conseguire un ritorno in termini di quantità di risorse raccolte sicuramente superiore a quanto si potrebbe reperire senza la digitalizzazione e il web.

Con le piattaforme digitali per la raccolta fondi, dunque, «il promotore trova visibilità sul web, il che non solo consente l'interazione continua e il flusso informativo costante, ma favorisce anche l'impiego di strumenti di persuasione idonei a suscitare empatia, in particolare tramite la possibilità di verificare progressivamente l'impiego dei fondi e, quindi, di 'seguire' il progetto a cui si intende contribuire»⁷.

La questione porta inevitabilmente all'analisi di un fenomeno che sta prendendo sempre più piede anche in Italia: il 'crowdfunding'. Ad essere precisi, le piattaforme di raccolta fondi intercettano due fenomeni per molti aspetti equivalenti, ma per alcune sottili peculiarità divergenti: il 'digital fundraising' e il 'crowdfunding'. La differenza la si rinviene nel fatto che il 'crowdfunding' è caratterizzato dalla temporaneità e dalla specificità della campagna da finanziare nonché dall'indicazione dell'importo necessario per il raggiungimento dell'obiettivo; il 'digital fundraising' – seppur sfruttando anch'esso le tecnologie digitali – è uno strumento per raccogliere fondi per campagne c.d. generaliste e durature nel tempo, senza indicazione della somma da raggiungere⁸. Sovente, però, con il termine 'crowdfunding' si vuole intendere anche il 'digital fundraising' tenuto conto che i meccanismi di funzionamento delle piattaforme – e, dunque, i problemi giuridici che si originano e che si andranno a investigare – sono i medesimi.

Letteralmente 'crowdfunding' si può tradurre in 'finanziamento (funding) collettivo (crowd)'. La sua peculiarità è che il fenomeno si sviluppa interamente su piattaforme digitali.

Nel Framework for European Crowdfunding 2012, il crowdfunding viene definito «as a collective effort of many individuals who network and pool their resources to support efforts initiated by other people or organizations. This is usually done via or

6 M. ZINNO, *Il donation-based crowdfunding: riflessioni sul dono in rete*, in *Contr. impr.*, 2002, 4, 1105.

7 M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1111.

8 A. M. SICCARDI - V. VITALLI, *Crowdfunding e personal fundraising: la nuova frontiera del dono. Analisi, spunti e strumenti per pianificare una solida campagna di crowdfunding e personal fundraising*, Roma, 2018, 44 ss. e 56.

with the help of the Internet. Individual projects and businesses are financed with small contributions from a large number of individuals, allowing innovators, entrepreneurs and business owners to utilise their social networks to raise capital»⁹. Tale definizione ha il pregio di individuare i tre elementi necessari del crowdfunding: i promotori della campagna ('founders'), i finanziatori ('funders') e la piattaforma informatica: è proprio grazie alla piattaforma che si genera l'incontro tra ideatore e sostenitore¹⁰.

Dunque, si tratta di fondi raccolti da una massa indistinta di persone che, grazie alla rete internet, sono state raggiunte dal messaggio promozionale del promotore e che, riconoscendo valore al progetto così diffuso, lo sostengono¹¹, solitamente con il versamento di importi modesti¹². È proprio per questo ultimo aspetto che il 'crowdfunding' è stato, altresì, definito come lo «strumento per raccogliere risorse economiche 'dal basso', in un duplice senso: chiunque, anche un singolo individuo, può avviare una campagna di finanziamento e, allo stesso tempo, chiunque può diventarne sostenitore, anche tramite contributi di importo molto ridotto»¹³.

Il 'donation crowdfunding' è, dunque, quel sistema di raccolta fondi, a favore di iniziative filantropiche, caratterizzato dal fatto che tutto il processo avviene online. Inoltre, solitamente, il sostegno economico elargito dal singolo è di modesta entità, ma l'insieme delle molteplici contribuzioni consente l'attuazione di iniziative sociali di grande impatto economico.

Il semplice funzionamento delle piattaforme consente, quindi, di passare da un sistema di supporto di progetti filantropici ove si ricercava un singolo, ma altamente generoso benefattore, a un meccanismo basato sull'opposta logica, ovvero, tanti piccoli 'backers' che, tutti insieme, partecipano attivamente alle necessità di una comunità riconoscendosi parte della stessa.

9 DE BUYSERE - O. GAJDA - R. KLEVERLAAN - D. MAROM, *Framework for European Crowdfunding*, 2012.

10 S. AMATO CAMELI, *Il civic crowdfunding e il futuro della pubblica amministrazione*, in RIPM, II, 2019, I, 22.

11 Due autori (A. BASSI e A. FABBRI, *Le strategie di finanziamento dell'economia sociale nell'era digitale. Alcuni studi di caso di campagne di crowdfunding*, in *Impresa sociale*, II, 2020, 49 ss.) si sono interrogati su cosa significa il 'crowdfunding' per i cittadini-sostenitori, gli ETS, nonché per gli effettivi beneficiari. Dai casi da loro presi in esame emerge che il 'crowdfunding' trasforma il web in un 'intermediario solidale', aiutando gli ETS a ottenere risorse per le loro attività e portando un beneficio concreto ai fruitori dei servizi sociali. Per i sostenitori, invece, rappresenta un modo semplice, rapido e sicuro per sostenere cause umanitarie o sociali a cui tengono, anche a distanza.

12 Il più famoso esempio di 'crowdfunding' – con l'impiego della carta stampata anziché della rete internet – non è, però, un'invenzione dei tempi moderni: il piedistallo su cui si regge la Statua della Libertà di New York è, infatti, stato costruito grazie ai fondi raccolti da Joseph Pulitzer. Quest'ultimo offrì di pubblicare, sul 'New York World', il nome di ogni persona che avesse contribuito al finanziamento del piedistallo a prescindere dal *quantum* donato. La risposta non si fece attendere e venne, così, raccolto un importo superiore a 100.000 dollari (A. CICERCHIA, *Crowdsourcing e crowdfunding: la folla che finanzia la cultura*, in *Econ. Cult.*, 2013, 175; D.M. FREEDMAN - M.R. NUTTING, *Equity crowdfunding for investors: a guide to risk, returns, regulations, funding portals, due diligence, and deal terms*, Hoboken, 2015, 2).

13 E. MOROTTI, *Donation crowdfunding tra donazione digitale e vincoli di destinazione*, Napoli, 2023, 2.

Le caratteristiche proprie del fenomeno postulano la necessità di una scrupolosa disamina giuridica, nella consapevolezza che la normativa civilistica attuale potrà essere di mero supporto e fungere da parametro interpretativo di un fenomeno in evoluzione per il quale si auspica una legislazione *ad hoc*.

Il ‘crowdfunding’, conosciuto e normato¹⁴ nel mondo economico come un’alternativa forma di sostegno finanziario, resta, tuttavia, privo di «forma giuridica»¹⁵. L’indagine, dunque, mira non tanto a vagliare le caratteristiche proprie del ‘crowdfunding’, ma piuttosto a saggiare la compatibilità dello stesso con i più classici istituti del diritto privato al fine di un suo inquadramento sistematico¹⁶.

2. Configurare il ‘crowdfunding donation’ come donazione: una strada perseguibile?

Il ‘crowdfunding’, utilizzato tanto nel mondo dell’imprenditoria quanto promosso da organizzazioni non profit, si declina in varie tipologie¹⁷, ma quella che qui interessa è la forma primigenia: il ‘donation-based’¹⁸.

14 Le raccolte fondi attuate mediante piattaforme di ‘crowdfunding’ possono avere tanto uno scopo lucrativo quanto privo di lucro, ma ciò che le accomuna è il sorprendente sviluppo e la diffusione degli ultimi anni. Ciò ha spinto il legislatore a regolamentare – seppur ancora sommariamente – il fenomeno. L’Unione europea si è interessata di disciplinare il ‘crowdfunding’ per il finanziamento delle imprese (Reg. UE 2020/1503 del 7 ottobre 2020) nonché la struttura su cui poggia tale fenomeno, ossia la piattaforma digitale. A tal proposito, più di recente, sono stati emanati i Regolamenti UE 2022/2065 – relativo al mercato unico dei servizi digitali – e UE 2022/1925 sui mercati equi e contendibili nel settore digitale. Anche il legislatore italiano si è, indirettamente, occupato della questione allorquando nelle Linee Guida Ministeriali relative all’art. 7 del DLgs 117/2017 ha espressamente previsto la possibilità che gli Enti del Terzo settore possano raccogliere fondi attraverso donazioni online per il finanziamento delle proprie attività di interesse generale (sul punto si veda E. MOROTTI, *Donation*, cit., 17 ss.; A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 107 ss.).

15 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 109.

16 M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1105.

17 Oltre al donation-based crowdfunding, si distinguono:

- ‘reward crowdfunding’ – il progetto da sostenere può consistere tanto in un’iniziativa imprenditoriale quanto in un’iniziativa artistica, culturale.... e il finanziatore, in cambio del denaro elargito, riceverà una ricompensa proporzionata all’entità dell’importo donato;
- ‘equity crowdfunding’ – lo sviluppo di un’impresa (avviamento di una ‘start up’) può avvenire grazie a una raccolta fondi che promette, in cambio, quote della stessa società;
- ‘lending crowdfunding’ (o ‘social lending’) – si attua quando un’impresa si finanzia chiedendo un prestito al pubblico. Il prestito è, pertanto, di importo minore in quanto ripartito tra più finanziatori. Trattandosi di un prestito la società si obbliga a restituire all’investitore non solo il capitale, ma anche una quota di interessi.

18 Caratteristica peculiare del ‘donation-based crowdfunding’ è il fatto di poter essere attivato anche da singole persone fisiche che sostengono la c.d. ‘buona causa’. Si tratta di una sorte di ‘colletta online’ con cui il promotore cerca di coinvolgere (magari in occasioni particolari: il proprio compleanno; il Natale...) parenti e amici. Anche in tal caso il promotore si avvale di apposite piattaforme di ‘crowdfunding’ che consentono la condivisione della propria colletta in ‘social network’, ‘blog’, ecc. Viene così superata l’idea che per raccogliere fondi da destinarsi a progetti sociali debba essere istituito un apposito comitato. Con

Dal punto di vista delle scienze giuridiche¹⁹ tale forma di 'crowdfunding' è caratterizzata dalla totale assenza di corrispettivo: il sostenitore di progetti aventi una natura filantropica, a fronte del versamento effettuato online non ottiene, infatti, nulla in cambio²⁰.

Inquadrate, seppur assai brevemente, le caratteristiche del fenomeno, si cerca di investigare sulla compatibilità o meno delle piattaforme di raccolta fondi con quell'istituto con il quale, *prima facie*, sembra avere più affinità: la donazione. La questione non è di scarso valore; basti, qui, anticipare che l'equiparazione tra 'donation-based crowdfunding' e donazione esigerebbe il rispetto dei rigorosi oneri formali richiesti dall'art. 782 cod. civ.²¹. Dar seguito a tale ipotesi comporterebbe, senza dubbio, lo snaturarsi del fenomeno caratterizzato invece dalla celerità con cui avviene l'erogazione nel sistema digitale. Ci si limita, qui, a ricordare che la donazione pura è quel contratto formale²² in forza del quale una parte, per spirito di liberalità, arricchisce l'altra,

le piattaforme online di 'crowdfunding' potenzialmente chiunque sarebbe, quindi, in grado di attivare raccolte fondi (sul punto A. RENDA, *Donation-based crowdfunding, raccolte fondi oblativo e donazioni di scopo*, Milano, 2021, 17).

19 Per le scienze antropologiche e filosofiche, invece, il 'donation-based crowdfunding' «pone al centro la cooperazione tra i soggetti» (A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 106) e così facendo anche una piccola elargizione acquisisce un peso preponderante.

20 A. RENDA, *Donation-based*, cit., 5.

21 E. MOROTTI, *Donation*, cit., 31.

22 La donazione, ai sensi dell'art. 782 cod. civ., «deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità» e – ai sensi della Legge sull'ordinamento del notariato – alla presenza di due testimoni. «Si parla anche di forma vincolata e solenne proprio per sottolineare la sua obbligatorietà» (A. DE MARTINO, *La forma e gli effetti della donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di L. Balestra e M. Di Marzio, Padova, 2008, 1649). Il rigoroso formalismo richiesto dal legislatore trova giustificazione, secondo la dottrina maggioritaria (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015, 1518; G. IACCARINO, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2023, 2559; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano 1954, 93 ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1964, 3 s.; M. MORETTI, *Art. 782 c.c. - Forma della donazione*, in *Codice civile commentato online*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, 2), nella necessità di far riflettere il donante sulle conseguenze economiche di un atto che comporta un impoverimento per il suo patrimonio. La solennità dell'atto avanti a un notaio e alla presenza dei testimoni comporta, infatti, una maggior riflessione e consapevolezza per il donante che sarà, pertanto, meno incline a liberalità avventate e non ponderate (G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 1518). Non manca, tuttavia, chi ha precisato che la solennità costituisca anche un mezzo di prova degli effetti della donazione a tutela delle parti quanto dei terzi (G. IACCARINO, *Successioni*, cit., 2559; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, a cura di U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006, 511 s.). Altri ancora (R. SACCO - G. DE NOVA, *Il Contratto*, Milano, 2016, 704 s.) individuano la *ratio* della rigida regola formale nella acausalità della donazione: «da forma solenne fungerebbe da surrogato della causa mancante» (A. DE MARTINO, *La forma*, cit., 1650). Un'attenuazione all'obbligatorietà dell'atto pubblico la si rinviene nelle donazioni di beni mobili di modico valore per le quali è sufficiente la *traditio*: l'eccezione al rigoroso formalismo trova giustificazione nel minor impatto economico che tale donazione comporta per il donante (G. IACCARINO, *Successioni*, cit., 2558). «A ben guardare», però «anche questa figura non può dirsi priva di formalismo» (G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 1519): l'austerità della consegna del bene mobile al donatario sostituisce, infatti, la forma solenne. L'obbligo dell'atto notarile viene meno anche nel caso di liberalità non donative. Nelle donazioni indirette l'arricchimento del donatario avviene tramite un negozio giuridico diverso dalla donazione e, pertanto, gli obblighi formali sono quelli

disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione. Dunque, è un contratto gratuito – pertanto contrassegnato dalla mancanza di corrispettivo – caratterizzato, tuttavia, dalla necessaria presenza di un elemento soggettivo: lo spirito di liberalità, da intendersi quale «interesse non patrimoniale del disponente»²³. Solitamente²⁴, anche chi elargisce per il tramite della piattaforma digitale lo fa perseguendo un interesse non patrimoniale e ciò proprio in quanto aderendo al progetto sociale fa suo l'interesse non lucrativo dello stesso. Tale conclusione porta, dunque, a ritenere che, perlopiù, l'erogazione tramite 'donation-based crowdfunding' sia caratterizzata dalla presenza dell'*animus donandi* proprio delle liberalità.

Il fatto che il trasferimento del diritto o l'assunzione dell'obbligazione possa avvenire facendo ricorso alla rete anziché nelle forme più tradizionali non sembra, poi, poter incidere sulla causa del contratto e, conseguentemente, se dal compimento dell'atto erogativo tramite piattaforma di 'crowdfunding' «non risulta un diverso intento delle parti, cioè un differente assetto di interessi o il perseguimento di un fine ulteriore»²⁵, parrebbe legittimo far rientrare la raccolta fondi tramite piattaforme online nell'alveo dell'istituto donativo stante la presenza dello spirito di liberalità²⁶.

prescritti per il contratto prescelto (G. IACCARINO, *Successioni*, cit., 2560; G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 1519; M. MORETTI, *Art. 782 c.c.*, cit., 4; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4682; Cass. 25 febbraio 2015, n. 3819; Cass. 5 giugno 2013, n. 14197; Cass. 3 novembre 2009, n. 23297). In tal caso, l'eccezione all'obbligo formale risulta – indirettamente – dall'art. 809, comma 1, cod. civ. che, nell'indicare espressamente quali norme della donazione debbano essere necessariamente applicate anche alle donazioni indirette, non include la disposizione sull'onere formale. Invero, per la giurisprudenza (Cass. 28 luglio 2023, n. 23036) le stesse «si sottraggono al rigido formalismo del tipico atto di liberalità». Per la loro validità è, quindi, sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il «negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 c.c., nello stabilire le disposizioni sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione» (vedi anche Cass. 16 marzo 2004, n. 5333; Cass. 14197/2013, cit.).

23 A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, 262.

24 Non si può negare che uno dei limiti che incontra il 'crowdfunding' è proprio la difficoltà nell'individuare – anche dalle stesse richieste dal *tradens* – la presenza o meno di un interesse patrimoniale. Se, infatti, nelle erogazioni 'face to face' pare più agevole mettere in luce l'interesse del disponente, nelle elargizioni concluse online per il tramite di una piattaforma ciò non è possibile. Si pensi alle società che partecipano a campagne filantropiche di 'crowdfunding' al solo fine di pubblicizzare il proprio operato con il proposito di attirare – grazie alle proprie opere *pro bono* – un maggior numero di clienti. Ciò, è oltretutto stimolato dalla possibilità, che offrono le piattaforme, di condividere il fatto di aver finanziato l'iniziativa mediante i propri profili social ricavandone, così, notevole visibilità. In tali casi, il contributo elargito non costituirebbe una liberalità, bensì un mero negozio a titolo gratuito o come detto da una parte della dottrina (E. MOROTTI, *Donation*, cit., 44) «le contribuzioni corrispondono» in tali evenienze «a un finanziamento senza rimborso del capitale versato e senza interessi». Purtuttavia, proprio in quanto l'elargizione avviene per il tramite di una piattaforma, non sarà rilevabile tale aspetto che, pertanto, qualora presente risulterà essere un mero interesse di fatto.

25 M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1113; A. CATAUDELLA, *Donazione e liberalità*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, 275.

26 Sebbene la raccolta di fondi – anche attraverso piattaforme digitali – a sostegno di progetti filantropici richiami un intento solidaristico del disponente, ciò non vuol dire che vi sia un'equiparazione

Tuttavia, pur riconoscendo le potenzialità della digitalizzazione e del web e la necessità di superare la diffidenza verso la nuova frontiera della negoziazione in rete, sono proprio le tecnologie informatiche a portare con sé una serie di questioni che meritano di essere saggiate in quanto pongono dubbi sulla riconducibilità del fenomeno in questione entro i limiti della donazione civilistica.

Anzitutto, con l'utilizzo delle piattaforme online la proposta donativa sembra – quanto meno a prima vista – provenire non più dal donante, ma dal donatario. È infatti colui che riceverà l'elargizione che promuovendo, online, l'iniziativa filantropica sprona al sostegno della stessa chiunque possa essere interessato; si assiste, così, a una «spersonalizzazione della contrattazione»²⁷. L'arricchimento del presunto donatario viene, dunque, «sollecitato dal donatario stesso per il tramite della piattaforma»²⁸ e non deriva – come invece accade nella donazione *ex art. 769 cod. civ.* – da un atto voluto e deciso autonomamente dal *tradens*. Inoltre, la piattaforma – il più delle volte²⁹ – è una vera e propria parte attiva di quel rapporto che si instaura tra il promotore e il sostenitore, in quanto si fa carico di promuovere il progetto e gestire i fondi pervenuti³⁰. La piattaforma nel 'crowdfunding' ha infatti, sovente, un ruolo nevralgico ponendosi

tra spirito di liberalità e spirito di solidarietà. La solidarietà, quale principio costituzionale riconosciuto dall'art. 2, è un fondamentale criterio ermeneutico per l'interpretazione di quei negozi civilistici che trovano la propria ragione, anziché nella logica egoistica dello scambio, in convinzioni morali ed etiche (G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in *Dir. priv.*, 2000, 451 ss.; M. PARADISO, *La solidarietà tra pubblico e privato: leggendo il volume omonimo di Roberto Cippitani*, in *Dir. fam.*, 2012, II, 370 ss.). La solidarietà viene comunemente ricondotta a tutti quei comportamenti di aiuto e supporto; più precisamente l'intento solidaristico non è diretto solo a beneficiare l'altra parte bensì «a sostenerla sopprimendo a un suo bisogno e soddisfacendo, al tempo stesso, un'interesse generale» (M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1118; sempre in merito alla discrepanza tra spirito di liberalità e di solidarietà si vedano anche A. CATAUDELLA, *Donazione*, cit., 273; P. RESCIGNO, *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006, 9 ss.). Lo spirito di liberalità corrisponde, invece, alla volontà del donante di porre in essere un'attribuzione a favore di altro soggetto senza avervi alcun obbligo e per uno scopo non patrimoniale: soddisfa, pertanto, un interesse individuale. L'intento solidaristico ben può, comunque, ritenersi presente nel contratto donativo non, però, come causa tipica, bensì quale motivo del dono. Infatti, non si può escludere «che l'interesse particolare dell'agente e l'interesse generale possano, in concreto, combinarsi in un atto, purché emergano entrambi dall'assetto negoziale» (M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1119). Dunque, lo spirito di solidarietà verrà ricondotto a motivo (comune a entrambe le parti) meritevole di tutela dall'ordinamento; lo spirito di liberalità, invece, assurge a vera e propria causa tipica dell'attribuzione patrimoniale gratuita. Quanto detto torna utile anche per le considerazioni in tema di piattaforme digitali per la raccolta fondi ove, dunque, la presenza dello spirito solidaristico – che permea i progetti presentati tramite delle piattaforme – non ostacola la considerazione che il negozio giuridico sottostante possa ricadere nello schema della liberalità.

27 M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1113; A. RENDA, *Donation-based*, cit., 550 ss.

28 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 109.

29 Tuttavia, può capitare che la piattaforma sia effettivamente un solo strumento per operazioni economiche: è il caso delle piattaforme interamente gestite dal proponente. In tali evenienze non vi è più, dunque, alcuna attività di intermediazione e le parti contrattuali saranno, conseguentemente, due: proponente e sostenitore.

30 E. MOROTTI, *Donation*, cit., 56; A. RENDA, *Donation-based*, cit., 592 ss.

come vero e proprio intermediario³¹ e non solo come mero strumento di trasferimento di valori economici³².

La prima discrasia riguarda, pertanto, il mancato rispetto della bilateralità del rapporto richiesta dalla donazione. Anzi, a ben vedere il sostenitore viene proprio spersonalizzato: non rileva più la singola persona, quanto, piuttosto, la collettività dei finanziatori e, così facendo, le singole elargizioni si confondono con quelle degli altri. Detto altrimenti, «la personalità del donante è sostanzialmente neutra»³³. Quest'ultimo non ricoprirà più il ruolo di un soggetto attivo, bensì sarà individuato come il mero «destinatario di una proposta di partecipazione liberale ad un progetto»³⁴.

Anche dal punto di vista strutturale emerge una fondamentale discrepanza rispetto allo schema donativo: nel 'donation-based crowdfunding', infatti, l'elargizione costituisce solo una 'quota' del *quantum* richiesto per portare a termine l'iniziativa sociale³⁵. Il beneficiario, infatti, si arricchisce grazie alla sommatoria della pluralità delle micro-attribuzioni e, così facendo, il risultato economico finale è indissolubilmente legato a un meccanismo aggregativo che richiede la necessaria partecipazione di tanti singoli (e, per lo più, marginali) contributi.

In conclusione: la struttura dell'erogazione che potrebbe essere definita 'frammentata' nonché l'assenza di una reale bilateralità del rapporto suggeriscono che il fenomeno del 'donation-based crowdfunding' non possa trovare pieno riconoscimento nello schema tipico della donazione pura³⁶.

31 E. MOROTTI, *Donation*, cit., 53 ss. L'Autrice precisa che è la piattaforma a scegliere autonomamente se e quale raccolta fondi accettare nel proprio sito, così come, eventualmente, a cancellarle perché non più 'in linea' con i propri requisiti. Ma ancora: facilita «la ricezione dei contributi, comunicando ai sostenitori i dati bancari del proponente» oppure gestisce direttamente la riscossione facendosi poi carico del trasferimento dei fondi all'*accipiens*; esercita una vera e propria influenza sulle raccolte fondi potendo, per esempio, scegliere quali inserire nella 'home page'.

32 Ciò porta a differenziare il fenomeno del 'crowdfunding' dal mero trasferimento di valori mobiliari attraverso ordine di bonifico impartito alla banca. Sul punto, si è espressa la Cassazione a Sezioni Unite (Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725) la quale ha stabilito che, nel caso di specie, si era in presenza di una vera e propria donazione tipica a esecuzione indiretta essendo l'attività compiuta dalla banca meramente esecutiva.

33 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 110.

34 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 111.

35 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 111.

36 Si ritiene che prive di rilievo siano le osservazioni in merito all'eventuale modicità di valore che, solitamente, hanno le erogazioni effettuate tramite piattaforme di 'crowdfunding'. Al contrario, si rileva che le piattaforme digitali quasi mai prevedono un limite massimo di donazione; limite che, tuttavia – tenuto conto dell'elemento soggettivo della modicità – risulterebbe, a ogni modo, privo di generale significato con riferimento al requisito della modicità.

3. L'inquadramento giuridico del 'crowdfunding donation-based' alla luce della disciplina delle obbligazioni a favore del comitato.

Rilevata la difficoltà di inquadrare il fenomeno del 'donation crowdfunding' come donazione, si è ipotizzato di poter fare riferimento alla disciplina dei comitati, ovvero quegli enti che, perseguendo uno scopo altruistico, raccolgono fondi attraverso pubbliche sottoscrizioni.

Si rammenta che l'art. 7 del c.d. Codice del Terzo Settore, nonché le correlate Linee guida ministeriali³⁷, riconoscono la possibilità agli Enti del terzo settore (ETS) di raccogliere fondi mediante piattaforme online, ma solo ed esclusivamente finalizzate al sostegno delle attività di interesse generale dell'ente. Proprio questo aspetto rafforza l'apparentamento tra il 'donation-based crowdfunding' e il comitato³⁸: i fondi raccolti dal comitato – così come quelli ricevuti tramite piattaforme online³⁹ – sono, infatti, vincolati alla realizzazione dello scopo annunciato.

I contributi reperiti dal comitato assumono la denominazione, in forza dell'art. 41 cod. civ., di obbligazioni. C'è stato chi in dottrina le ha definite come «un'elargizione per far avere ad altri»⁴⁰.

Il carattere peculiare delle stesse può essere rinvenuto nel fatto che risultano, sì, caratterizzate dall'intento liberale⁴¹, ma sono state occasionate da una precisa sollecitazione dell'*accipiens*. L'obbligazione è senza dubbio un atto gratuito, ma l'interesse che muove il *tradens* ha o meno natura economica? Si ritiene di aderire a quell'indirizzo dottrinale⁴² che si richiama al principio secondo il quale con la sottoscrizione il *tradens* fa proprio lo scopo non lucrativo del comitato e, conseguentemente, non vi è spazio per un eventuale interesse economico del sottoscrittore. Ciò non vuol dire che quest'ultimo non possa avere, altresì, un interesse patrimoniale⁴³, ma che, anche qualora vi fosse,

37 Tra le attività oggi consentite agli Enti del terzo settore (ETS) vi rientra, senza dubbio alcuno, la raccolta fondi. In dottrina vi è stato chi (F.M. SILVETTI, *Riforma del terzo settore ed attività di raccolta fondi*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2018, IV, 99 s.) l'ha qualificata come il «complesso delle attività ed iniziative poste in essere da un ente del terzo settore al fine di finanziare le proprie attività di interesse generale», ovvero quelle stabilite dall'art. 5 del Codice del terzo settore (sul punto G. SEPIO e J. PETTINACCI, *La raccolta fondi nel terzo settore: profili civilistici, fiscali e operativi*, in *Fisco*, 2019, XVII, 1653 ss., evidenziano come le attività di raccolta fondi debbono essere soggette al solo vincolo della destinazione, non risultando – pertanto – soggette, altresì, ai limiti qualitativi e quantitativi previsti, invece, per le 'attività diverse' di cui all'art. 6 c.t.s. Sull'argomento si sono espressi anche G. M. COLOMBO e M. SETTI, *Terzo settore. Aspetti civilistici, contabili e fiscali*, Milano, 2020, 190).

38 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 111 s.

39 E. MOROTTI, *Donation*, cit., 124; A. RENDA, *Donation-based*, cit., 24, 45, 73 s., 68 nt. 122.

40 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 112.

41 Sulla riconducibilità delle obbligazioni allo schema della donazione si veda A. AURICCHIO, voce *Comitati* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 757 s.; M. BASILE, voce *Comitati*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 4 s.

42 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 116.

43 Si pensi a quella ipotesi in cui la sottoscrizione venga compiuta da parte di un'azienda che persegue sì il fine non lucrativo del comitato, ma che abbia, altresì, interesse ad apparire come un'azienda attenta

questo resterebbe un mero interesse di fatto⁴⁴. Detto altrimenti: il nesso che si genera tra l'oblazione e l'interesse non lucrativo del comitato fa sì che anche l'interesse che muove il sottoscrittore debba avere una natura non patrimoniale; dunque, l'oblazione non è un atto meramente gratuito, ma una vera liberalità: diretta o indiretta?

A parere di chi scrive, la discrasia tra donazione pura e oblazione non si rinviene tanto nella sollecitazione a elargire⁴⁵, quanto piuttosto nel fatto che tale sollecitazione sia rivolta a una molteplicità non identificata e identificabile di possibili sottoscrittori⁴⁶. Vi è,

ai progetti con fini solidaristici e ciò per ottenere un ritorno d'immagine positivo presso i consumatori. Tale interesse, salvo comportamenti veri e propri obblighi per la controparte (in tal caso si rientrerebbe nelle sponsorizzazioni) resterà un mero motivo personale dell'azienda.

44 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 116; A. RENDA, *Donation-based*, cit., 149 ss. Quest'ultimo Autore precisa, in proposito, che «alla base dell'oblazione sta solo l'interesse dell'oblato ad arricchire il comitato nella condivisione morale dello scopo da questo perseguito, poiché altrimenti un concorrente interesse patrimoniale dell'oblato avrebbe dovuto essere preso in considerazione al punto da influire sulle sorti dell'atto qualora la raccolta fondi non arrivasse all'obiettivo prestabilito. Di conseguenza, tale eventuale interesse patrimoniale resta degradato a interesse di mero fatto».

45 A ben vedere, infatti, anche nella donazione pura, la volontà del donante di trasferire un diritto o assumere un'obbligazione nei confronti di altri può essere 'stimolata' proprio dalle richieste (a volte implicite) del donatario. Si pensi a un genitore che sentendo il proprio figlio lamentarsi delle proprie difficoltà economiche e, conseguentemente, dell'impossibilità di acquistare un'immobile, decida di donare una precisa somma di denaro al figlio per l'acquisto di una casa.

46 Si dà atto che parte della dottrina (A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 118) ritiene che vi sia un'altra discrepanza rispetto alla donazione: l'*accipiens* – secondo tale ricostruzione – sarebbe un mero 'strumento' per far giungere l'oblazione al vero beneficiario: la collettività. A contrario, si reputa beneficiario dell'oblazione proprio il comitato, il quale si arricchisce – anche solo moralmente (si ricorda, infatti, che l'arricchimento non corrisponde per forza a un valore economico) – per essere stato in grado di portare a compimento il proprio scopo non lucrativo. Si è, altresì, sostenuto che l'oblazione sia gravata da un onere (A. AURICCHIO, voce *Comitati*, cit., 757 s.; sul punto, si ricorda che il codice civile prevede la possibilità, all'art. 793 cod. civ., per il donante di imporre un *modus* al donatario il quale sarà, quindi, obbligato ad adempiere l'onere, pur tuttavia, entro i limiti di valore della cosa donata). Tuttavia, come già anticipato, il comitato è un ente di scopo: le oblazioni raccolte devono necessariamente essere utilizzate per raggiungere il fine che l'ente si era proposto. Quindi, il *quantum* raccolto ha un «vincolo legale di scopo» (A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 113) ovvero realizzare l'obiettivo perseguito (A. RENDA, *Donation-based*, cit., 64 ss., 73 s., 513 s.). Essendo, dunque, l'elargizione vincolata interamente a uno specifico scopo, si ritiene che la stessa non possa configurare una donazione modale. Tanto è vero che anche rifacendosi a quella dottrina (P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano 1998, 174) che afferma che per parlare di *modus* è necessario – previamente – individuare e distinguere la prestazione principale in capo al donatario e, conseguentemente – con un processo di scissione – decurtare da questa la prestazione 'secondaria' costituente l'onere imposto, se ne ricava che ove l'attribuzione sia interamente destinata a uno scopo specifico (si deve, tuttavia, precisare che vi sono casi in cui il *modus* viene inteso «come modalità d'uso dell'attribuzione stessa nella sua interezza»). «Si tratta di fattispecie dove il vincolo d'uso ben si adatta alla destinazione naturale del bene donato od alle finalità istituzionali generali del donatario, tanto da poter dire che l'impostazione del *modus*, mentre va a beneficio dei terzi, comporta sinergicamente un vantaggio per lo stesso donatario e senza tuttavia comportare un onere di spese significativo o comunque preponderante sul dono». Sul punto P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità*, cit., 174) estraneo all'interesse patrimoniale dell'*accipiens*, non potrà dirsi configurata una donazione modale con l'ovvia conseguenza

dunque, una vera e propria spersonalizzazione del *tradens*: il comitato ha interesse che il maggior numero di oblazioni vengano sottoscritte, non importa da parte di chi⁴⁷.

Tale spersonalizzazione si ritrova, altresì, 'a valle': infatti, le elargizioni si confondono tra di loro andando a generare un unico fondo che è quello che rileva per l'attuazione dello scopo del comitato stesso.

In definitiva, vi è un'importante discordanza tra donazione pura e oblazione: quest'ultima, infatti, è carente di quell'intersoggettività propria della donazione. Tale divergenza non consente di far rientrare l'oblazione nello schema della donazione *ex* art. 769 cod. civ. Purtuttavia, è innegabile la natura liberale dell'atto e, quindi, l'interesse non patrimoniale del sottoscrittore.

Pertanto, ricorrendo l'arricchimento altrui senza corrispettivo volto ad appagare un interesse non economico del *tradens*, a seguito, però, di una impersonale sollecitazione da parte del proponente-donatario al sostegno di uno specifico progetto scelto esclusivamente dal *accipiens*, si deve ritenere che l'oblazione configuri una liberalità che risulta da un atto diverso dalla donazione (art. 809 cod. civ.)⁴⁸: l'oblazione è, quindi, una donazione indiretta.

Si riprende, ora, il discorso sopra accennato relativo alla possibilità di far soggiacere il fenomeno del 'crowdfunding' – o comunque delle piattaforme digitali per la raccolta fondi – alla disciplina del comitato.

Nel 'crowdfunding' il progetto – comprensivo di modalità di realizzazione, tempistiche e oneri finanziari – viene proposto alla generalità dei sostenitori da parte del promotore. Il 'backer', da canto suo, contribuisce al progetto mediante un'elargizione che si prefigura venga utilizzata esclusivamente per la realizzazione dello stesso: l'erogazione (al pari dell'oblazione nel comitato tradizionale) ha, dunque, un vincolo di destinazione in quanto funzionalmente legata al raggiungimento di un preciso scopo propagandato dal promotore⁴⁹.

L'elargizione corrisposta tramite piattaforme digitali di raccolta fondi costituisce, quindi, una vera e propria oblazione⁵⁰ avendone tutti gli elementi sopra descritti:

- appaga un interesse non economico del disponente;
- arricchisce la controparte senza che questa debba alcun corrispettivo al *tradens*⁵¹;

che – nel caso di specie – ci si troverà di fronte a un negozio giuridico diverso dalla donazione pura, seppur modale.

47 Fatte salve eventuali scelte del comitato di natura etica (es.: il comitato contrario alla guerra può decidere di non accettare sottoscrizioni di oblazioni da parte di società che producono armamenti militari).

48 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 120.

49 M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1117.

50 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 119 s.

51 Nelle donazioni mediante piattaforma – dunque, *in primis* nel 'crowdfunding' – l'elargizione favorisce l'interesse del beneficiario, ma contestualmente anche quello di un'intera comunità essendo destinata alla realizzazione di uno specifico progetto di interesse collettivo: d'altra parte, nel crowdfunding, «a catalizzare l'attenzione del sostenitore, più che il soggetto che riceve il contributo, è il progetto, obiettivo specifico, definito nel tempo e nella portata» (M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1115; A. BOLLETTINARI, *Il*

- deriva da una impersonale sollecitazione da parte del proponente-donatario;
- è finalizzata al sostegno di uno specifico progetto scelto esclusivamente dal *accipiens*.

Tali osservazioni conducono, perciò, ad affermare che il fenomeno del ‘donation-based crowdfunding’ presenti evidenti affinità con il comitato tradizionale⁵²: in particolare, si riconosce – per le ragioni sopra esposte – alle erogazioni digitali la qualifica di oblazioni. Ne discende che i contributi ottenuti tramite piattaforma di crowdfunding possono acquisire, al pari delle oblazioni tradizionali, la qualifica di donazioni indirette⁵³. Tale risultanza non è di scarso valore: per tali contributi non sarà, pertanto, richiesto il rispetto del requisito formale⁵⁴ di cui all’art. 782 cod. civ.⁵⁵. «In definitiva, la forma giuridica del donation-based crowdfunding sembra potersi ricavare dalle discipline degli atti liberali e dei comitati: viene effettuata un’oblazione all’ente di scopo, i.e. la piattaforma digitale di crowdfunding, dal quale si diparte il vincolo legale che destina i fondi raccolti al progetto pubblicizzato»⁵⁶.

crowdfunding: la raccolta di capitali tramite piattaforme on-line nella prassi e nella recente legislazione, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, 20).

52 Il ‘crowdfunding’ prevede anche la possibilità che il sostenitore dell’iniziativa ottenga una ricompensa: si parla, in questo caso, di ‘reward-based crowdfunding’. Tale evenienza porta con sé un interrogativo: si può continuare a ritenere che, anche in questo caso, l’oblazione effettuata configuri una liberalità? Come osservato in dottrina, la forma giuridica di tale fenomeno rimane la stessa del ‘donation-based crowdfunding’: invero, lo strumento «atto a costituire il vincolo di destinazione dei fondi allo scopo» (A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 121) filantropico, cioè il comitato, non cambia. Vi è però l’aggiunta di un elemento: l’*accipiens* riceve, in cambio della propria elargizione, una ricompensa (A. RENDA, *Donation-based*, cit., 563 ss.). Questo strumento richiama alla mente la donazione modale. Il legislatore all’art. 793 cod. civ. ha, infatti, statuito che la donazione può soggiacere a un onere. Il donatario, in tal caso, sarà dunque tenuto ad adempiere all’onere. Come ampiamente osservato dalla dottrina, ciò non comporta corrispettività, bensì interdipendenza tra l’attribuzione donativa e il *modus*. A differenza della corrispettività, infatti, l’interdipendenza vuole indicare il solo nesso causale che intercorre tra le prestazioni. Inoltre, nessun ostacolo nel ritenere applicabile la norma di cui sopra all’oblazione intesa quale liberalità indiretta potendo essere un tratto comune di ogni forma di liberalità (A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 121 ss.). Ciò premesso e tenuto, altresì, conto che il donatario è tenuto ad adempiere all’onere «entro i limiti del valore della cosa donata», si può giungere alla conclusione che nel ‘reward-based crowdfunding’ la ricompensa promessa al donante rientri nella disciplina dell’art. 793 cod. civ. qualora la stessa sia meramente simbolica e acquisisca le sembianze di una forma di ringraziamento.

53 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 120.

54 Come illustre dottrina ha evidenziato (A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 119) «il difetto d’integrazione della fattispecie della donazione» pura comporta, infatti, il «mancato innesto della regola sulla forma». Questa risultanza è estremamente importante per il fenomeno in questione, in quanto consente di preservarne gli elementi strutturali essenziali, segnatamente la rapidità nella diffusione dell’iniziativa di interesse sociale e, soprattutto, l’immediatezza dell’operazione economica, che verrebbero altrimenti compromessi dall’applicazione delle forme solenni proprie della donazione diretta.

55 G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2006, 380 s.

56 A. MONTANARI, *Donation-based*, cit., 120.

4. Conclusioni.

Il 'donation-based crowdfunding' è tra gli strumenti del 'fundraising' quello che, negli ultimi anni, ha avuto una notevole espansione grazie alla rapidità con cui il mes-saggio sociale si diffonde nonché alla immediatezza delle transazioni digitali.

L'analisi condotta mostra come il 'donation-based crowdfunding' sembri avere un elemento in comune con l'istituto civilistico della donazione: lo spirito di liberalità. Tuttavia, pur condividendo con lo schema donativo il fine altruistico e liberale, è par-so più congruo il parallelismo con le oblazioni previste dalla disciplina dei comitati. Invero, così come nel comitato, anche nel 'donation-based crowdfunding' l'erogazione patrimoniale risulta vincolata al perseguimento di uno scopo determinato e, inoltre, l'invito a contribuire è rivolto a una generalità indeterminata di persone. Tuttavia, si tratta di un fenomeno con caratteristiche sue proprie ove le relazioni sono mediate dal-la tecnologia⁵⁷. Ciò porta ad argomentare a favore di una applicazione della disciplina del comitato solo in quanto compatibile e, purché, si tenga conto del contesto digitale.

Ragionando in merito alle opportunità che, indubbiamente, la rete offre (celerità delle transazioni, semplicità di accesso, comprensione e diffusione dell'iniziativa), si giunge a evidenziare come la digitalizzazione consente di ampliare enormemente il bacino dei possibili sostenitori con conseguente riuscita della campagna a favore di un progetto sociale. Ciò nonostante, il web e l'informatizzazione dei procedimenti altera le modalità «dell'accordo, sollevando, tra gli altri, problemi in termini di tutela avverso la scarsa ponderazione, insieme alle più tradizionali questioni legate alla corretta esecuzione dell'assetto di interessi negoziato e al dovere di buona fede»⁵⁸. La standardizzazione delle procedure, l'automazione dei pagamenti e l'utilizzo di algoritmi per la visibilità dei progetti alterano, infatti, le tradizionali dinamiche di formazione della volontà.

In definitiva, assimilare il 'donation-based crowdfunding' alla disciplina del comitato è un'utile chiave interpretativa, ma tuttavia non può ritenersi esaustiva. Se da un lato dà valore al vincolo di destinazione dei fondi raccolti e consente di inquadrare le elargizio-ni quali donazioni indirette, dall'altro pare imprescindibile la creazione di un'apposita disciplina civilistica, così da tener conto delle specificità della digitalizzazione e, in particolare, delle esigenze di trasparenza e fiducia⁵⁹ (derivanti da asimmetrie informati-

57 Si ricorda che la piattaforma digitale non funge da mero strumento di raccolta fondi, ma incide sulla struttura stessa del rapporto giuridico. Si tratta, infatti, di un autonomo soggetto (non presente nella disciplina del comitato) dotato di un ruolo economicamente e giuridicamente rilevante.

58 M. ZINNO, *Il donation-based*, cit., 1120; F. DELFINI - G. FINOCCHIARO, *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, 354 ss.; E. DEL PRATO, *Lo spazio dei privati*, Bologna, 2016, 376 s.

59 A tal proposito si veda il Provvedimento n. 28179 del 22 marzo 2020 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. L'Autorità – su segnalazione di un attento consumatore – aveva, infatti, avviato un procedimento nei confronti della piattaforma di 'crowdfunding donation-based' denominata GoFundMe Ireland Ltd per pratiche commerciali scorrette, in quanto la piattaforma promuoveva il servizio come 'gratuito' mentre – di fatto – applica commissioni sulle donazioni e, soprattutto, risultava

ve, opacità dei flussi finanziari, problemi di ‘accountability’) su cui si fonda quella che potremmo definire una forma di ‘economia collaborativa’ online.

Si auspica, pertanto, che la disciplina *ad hoc* metta in campo meccanismi di controllo *ante* e *post* campagna filantropica volti a vagliare, tra le altre, la bontà dei soggetti proponenti e l’effettiva attuazione dell’iniziativa stessa anche attraverso la responsabilizzazione delle stesse piattaforme digitali in particolare per il caso di mancanza di veridicità in merito alle informazioni pubblicate⁶⁰ tenuto, altresì, conto che le società che gestiscono tali piattaforme ricavano notevoli introiti economici dalle campagne sociali di raccolta fondi diffuse attraverso i loro strumenti digitali.

In ultima analisi, non ci si può però esimere dall’evidenziare come l’esigenza di normare il ‘donation based crowdfunding’ si scontra, tuttavia, con una criticità strutturale propria dei fenomeni digitali: la velocità dell’innovazione tecnologica. Questa rende, infatti, difficile creare norme che non risultino, al momento della loro entrata in vigore, già parzialmente obsolete. È proprio in questo equilibrio tra tradizione e innovazione che si colloca la sfida teorica e sistematica del ‘donation based crowdfunding’ nel diritto civile contemporaneo.

ABSTRACT: L’analisi si propone di evidenziare come il ‘donation crowdfunding’ – strumento di ‘fundraising’ sempre più utilizzato e apprezzato⁶¹ – nonostante presenti un evidente affinità con la donazione civilistica data dalla presenza dello spirito di liberalità con cui agisce il benefattore, tuttavia, non ne possiede tutti gli elementi tipici. Fulcro dell’indagine è, pertanto, far emergere le discrepanze con l’istituto donativo e ricercare, piuttosto, un parallelismo con la figura del comitato. Il ‘crowdfunding’ riproduce, invero, la logica tipica di tale ente: un promotore che organizza una raccolta pubblica di fondi con un vincolo di scopo mediante sollecitazione di una pluralità indistinta di sottoscrittori. Pregio di tale equiparazione è, inoltre, l’assimilazione dei contributi digitali alle oblazioni: invero, così facendo, si riconosce a tali erogazioni online la natura di donazioni indirette con conseguente soluzione delle questioni attinenti al rigore formale altrimenti richiesto dalla donazione ex 769 cod. civ. mantenendo, al contempo, gli ele-

preimpostato un contributo ‘libero’, a favore della stessa piattaforma, del 10%, inducendo, così, i consumatori in errore.

60 A. LAUDONIO, *Le altre facce del crowdfunding*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2017, I, 329 ss; A. RENDA, *Donation-based*, cit., 601 ss. e 673 ss.

61 Esempio virtuoso di ‘crowdfunding donation-based’, a sostegno di un progetto sociale generato da una necessità personale, è la campagna realizzata sulla piattaforma BuonaCausa.org a sostegno della famiglia di un giovane ricercatore scomparso. Al momento della rilevazione (gennaio 2026), la raccolta ha superato l’obiettivo iniziale (€ 60.000), raccogliendo ben € 79.986 grazie al contributo di circa 700 sostenitori. Tale caso mette in luce la capacità delle piattaforme di ‘crowdfunding’ non solo di aggregare modeste contribuzioni distribuite su un ampio bacino di sostenitori (nel caso di specie, addirittura mondiali), ma anche di aumentare la consapevolezza sociale per un bisogno di un singolo, facendo sì che la partecipazione emotiva si converta in concreti contributi economici.

menti caratterizzanti il fenomeno: celerità nella diffusione del progetto sociale e immediatezza della transazione economica. Alla luce di tali considerazioni, il 'donation-based crowdfunding' potrebbe essere qualificato come un comitato 'digitale'. Le disposizioni del codice civile sul comitato potranno, pertanto, fungere da parametro interpretativo pur nella consapevolezza che tali principi dovranno essere adattati alle peculiarità proprie del contesto tecnologico. In conclusione, emerge l'esigenza di un aggiornamento sistematico della disciplina civilistica, capace di tener conto delle novità introdotte dal mondo digitale e, in particolar modo, di garantire trasparenza e veridicità ai negozi conclusi in rete stimolando, in tal modo, la fiducia dei sostenitori.

PAROLE CHIAVE: Crowdfunding – Donazione – Comitato – Piattaforme – Oblazione – Fundraising – Forma

Maria Carla Canato

INTERDITTIVE ANTIMAFIA E PREVENZIONE PENALE:
VERSO UNA RICONCETTUALIZZAZIONE DELLE MISURE AMMINISTRATIVE
A CARATTERE SANZIONATORIO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Evoluzione normativa delle misure di prevenzione patrimoniale antimafia – 3. Natura giuridica delle interdittive antimafia: tra diritto amministrativo e diritto penale – 4. Il controllo giudiziario volontario: un modello graduale di prevenzione – 5. L'art. 94.1 del Codice antimafia e la trasformazione dell'interdittiva in misura graduabile – 6. Una riconcettualizzazione delle interdittive in chiave 'costituzionalmente e convenzionalmente orientata': verso un 'modello ibrido' – 7. Riflessioni comparatistiche e prospettive europee – 8. Considerazioni conclusive

1. *Introduzione.*

Negli ultimi decenni, la lotta alla criminalità organizzata ha spinto il legislatore italiano a sviluppare strumenti sempre più articolati di prevenzione patrimoniale e interdittiva, destinati a incidere sull'economia legale e a tutelare la pubblica amministrazione da possibili infiltrazioni mafiose. Tra queste misure, le interdittive antimafia, disciplinate dagli artt. 84 e seguenti del d.lgs. n. 159/2011, rappresentano un caso paradigmatico¹: formalmente amministrative, si collocano in una zona normativa 'grigia'² in cui gli effetti sostanziali, la durata e la gravità delle conseguenze richiamano caratteristiche tipiche delle sanzioni penali³. Questa ambivalenza genera tensioni interpretative e problematiche di compatibilità con principi costituzionali fondamentali, quali il giusto processo, la proporzionalità, la libertà economica e la tutela dei diritti di difesa, che saranno oggetto di approfondimento in questo studio.

1 La relazione della Direzione Investigativa Antimafia per il 1° e 2° semestre 2024 sottolinea, con l'ausilio di dati riferiti a diversi contesti territoriali, come la interdittiva costituisca un istituto particolarmente efficace a rappresentare un argine nei confronti del fenomeno mafioso, proprio per la loro capacità di costituire un controllo preventivo anticipato nei confronti del pervasivo fenomeno di penetrazione della criminalità organizzata nell'economia legale, non solo nel Mezzogiorno d'Italia. <https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/relazioni-semestrali/#relazione-sullattivita-nel-2024/1/>.

2 Con riferimento all'utilizzo di tale espressione nel contesto mafioso, si veda M. CATINO, *Fare luce sulla zona grigia*, in *disCrimen*, 2019, 18 ss.

3 Quanto all'inquadramento sostanziale delle misure sanzionatorie, occorre fare riferimento ai cosiddetti criteri *Engel*, così come formulati dalla Corte EDU nella sentenza della Grande Camera dell'8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, tali criteri non servono soltanto a individuare le garanzie convenzionali che rilevano nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 117 Cost.; essi sono stati utilizzati anche come parametro per determinare l'estensione di una garanzia costituzionale interna propria della materia penale.

La riflessione accademica sulla materia si confronta con un panorama complesso, in cui la funzione preventiva della misura si intreccia con effetti repressivi e deterrenti, creando uno strumento ‘anfibo’ che agisce tanto sulla protezione dell’interesse pubblico quanto sulla correzione del comportamento dei soggetti sospettati di contiguità mafiosa. L’analisi delle interdittive richiede, quindi, come in altri casi, un approccio multidimensionale, che integri elementi di diritto amministrativo, penalistico e comparatistico, alla luce delle indicazioni provenienti dalla dottrina, che ne ha messo in luce la natura composita, e per certi versi ambigua, in quanto posta al ‘crocevia’ tra i diversi ambiti disciplinari ⁴.

La complessità di questo scenario è stata delineata anche in giurisprudenza, già a partire dalla sentenza n. 24 del 2019 della Corte costituzionale⁵, sollecitata dalla nota pronuncia *De Tommaso* della Corte europea dei diritti dell’uomo⁶. Pur riferendosi alle misure di prevenzione personali, la Corte ha affermato con chiarezza la necessità che, anche nel diritto della prevenzione, gli elementi fattuali rilevanti, così come il metodo di accertamento, siano sufficientemente determinati, prevedibili e verificabili⁷. Si tratta di un principio di sistema, che si proietta in modo diretto sulla disciplina delle interdittive antimafia: la natura amministrativa della misura non vale infatti a sottrarsi dall’esigenza di certezza del diritto e dal divieto di compressioni arbitrarie della libertà imprenditoriale.

In tale prospettiva va letta anche l’elaborazione del Consiglio di Stato⁸, che negli ultimi anni ha progressivamente affinato il perimetro del controllo giurisdizionale fino

4 Sull’istituto dell’informazione antimafia e, più in generale, sulla fenomenologia dell’infiltrazione mafiosa nell’attività imprenditoriale nella forma della c.d. contiguità sono tuttora attuali i contributi di vari autori raccolti in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, a cura di G. Amarelli - S. Sticchi Damiani, Torino, 2019, e in particolar modo, alle pp. 207-236, le riflessioni dello stesso G. AMARELLI, *Le interdittive antimafia ‘generiche’ tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*. Per un approfondimento dell’analisi sulla complessità di tali questioni, cfr. A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali in federalismi.it*, 2019, 19, 1 ss. L’espressione ‘crocevia’ viene utilizzata da A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, in *Culturaprofessionale.interno.gov.it*, 2017, 4. Per un inquadramento dell’istituto, accompagnato da una raccolta di giurisprudenza, vedi anche il contributo di M. NOCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2020.

5 Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 24.

6 Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017. In particolare, la pronuncia mette in luce come una rivisitazione ‘garantista’ delle interdittive non richieda necessariamente una loro riconduzione all’alveo del diritto penale. Secondo i giudici, le misure di prevenzione, al di là della loro denominazione, qualora incidano sulla sfera personale, devono essere sempre chiaramente ed espressamente predeterminate, al fine di garantire la prevedibilità della loro applicazione. Sull’‘onda lunga’ della sentenza della Corte europea v. le riflessioni di G. AMARELLI, *L’onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l’interdittiva antimafia ‘generica’ ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d. lgs. n. 159/2011?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2017, 4.

7 F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 4, 135 ss.

8 Secondo l’orientamento maggioritario del Consiglio di Stato, il controllo esercitato dal giudice amministrativo sulle informative interdittive ha natura realmente penetrante e soddisfa gli standard della *full jurisdiction* richiesti anche in ambito convenzionale. Ciò significa che la giurisdizione non si limita a

a qualificarlo come ‘pieno’, secondo gli *standard* della CEDU⁹. Le decisioni più recenti rendono evidente come la discrezionalità prefettizia non possa tradursi in un margine valutativo incontrollabile: il giudice è chiamato a verificare la solidità degli indici sintomatici, la coerenza della prognosi di infiltrazione, la razionalità del ragionamento probabilistico sotteso all’atto interdittivo e la conformità dell’intero *iter* a criteri di proporzione e necessità¹⁰.

L’intero dibattito si inserisce dunque in un contesto teorico più ampio, nel quale la categoria della prevenzione amministrativa viene chiamata a misurarsi con le acquisizioni tradizionali del diritto penale in materia di legalità, imputazione e proporzionalità. Le interdittive, infatti, non svolgono soltanto una funzione di protezione dell’interesse pubblico: esse producono anche effetti di deterrenza e di pressione comportamentale, incidendo sulla sfera giuridica del soggetto in modo analogo, talvolta persino più incisivo, di quanto non accada in presenza di una sanzione penale.

Il presente contributo si propone di riflettere sulle perduranti criticità di tale scenario, articolandosi lungo tre direttrici. In primo luogo, verrà ricostruito il sistema normativo delle misure di prevenzione patrimoniale, mettendo in luce la progressiva espansione della loro vocazione affittiva e il modo in cui essa abbia inciso sulla configurazione tradizionale del potere prefettizio. In secondo luogo, sarà analizzato il controllo giurisdizionale sulle interdittive, con particolare attenzione ai margini e ai limiti della discrezionalità amministrativa, alla struttura probatoria della prognosi di infiltrazione e al ruolo del giudice amministrativo nel garantire la conformità costituzionale della misura.

Infine, il lavoro si concluderà, in prospettiva comparatistica, confrontando l’esperienza italiana con modelli sovranazionali nei quali gli strumenti di prevenzione sono più strettamente ancorati al controllo giurisdizionale, così da trarre indicazioni utili per l’elaborazione di un ‘modello italiano’, coerente con i principi dello Stato di diritto.

verificare la correttezza formale del provvedimento, ma entra nel merito della ricostruzione fattuale e della logica che ne sostiene l’adozione. Da un lato, il giudice è chiamato a valutare la solidità e la rilevanza degli elementi indiziari che l’autorità prefettizia ha ritenuto sintomatici di un rischio di infiltrazione; dall’altro, egli deve scrutinare il percorso inferenziale attraverso cui l’amministrazione ha trasformato tali indizi in una prognosi di permeabilità mafiosa dell’impresa. In questa prospettiva, la discrezionalità prefettizia non è concepita come uno spazio sottratto al sindacato, ma come un potere che deve essere esercitato secondo criteri di razionalità probabilistica e che, proprio per questo, è assoggettato a un controllo giurisdizionale pieno sulla correttezza del metodo e sulla coerenza degli esiti valutativi. Per un quadro giurisprudenziale dell’approdo interpretativo sull’istituto a cui era pervenuta, all’epoca, la giurisprudenza amministrativa, v. Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, in *Urb. e app.*, 2020, 2, 243-251, con nota di A. AMORE, *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*.

9 A tal fine, si rimanda, *ex multis*, a Corte europea dei diritti dell’uomo, sezione quinta, sentenza 26 novembre 2011, *Gochev c. Bulgaria*; Corte europea dei diritti dell’uomo, sezione prima, sentenza 4 giugno 2002, *Olivieiria c. Paesi Bassi*; Corte europea dei diritti dell’uomo, sezione prima, sentenza 20 maggio 2010, *Lelas c. Croazia*.

10 Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Consiglio di Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7575; Consiglio di Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854.

L'obiettivo consiste nel valutare e analizzare la sussistenza dei presupposti per una riconcettualizzazione delle interdittive, in quanto strumenti 'a geometria variabile'¹¹, la cui efficacia preventiva sia in grado di conciliarsi con la tutela costituzionale dei diritti fondamentali, con la necessaria prevedibilità delle conseguenze e con l'esigenza, ormai imprescindibile, di un'amministrazione che non agisca nella logica dell'emergenza, ma all'interno di un *framework* stabile, verificabile e conforme ai parametri europei¹².

2. Evoluzione normativa delle misure di prevenzione patrimoniale antimafia.

Come noto, il legislatore ha introdotto nel Codice¹³ un sistema amministrativo di norme dedicato alla documentazione volta a prevenire le infiltrazioni criminali¹⁴, nella quale rientrano sia la comunicazione sia la più incisiva informazione antimafia. Quest'ultima, nella forma dell'interdittiva, è concepita per sospendere l'operatività delle imprese esposte a condizionamenti mafiosi anche sulla base di meri indizi, con l'obiettivo di prevenire la penetrazione criminale nell'economia legale. Le trasformazioni delle organizzazioni mafiose – sempre più inserite in settori apparentemente leciti e capaci di operare con modalità meno visibili ma più sofisticate – hanno reso necessaria una risposta statale altrettanto rapida e adattabile. In questa prospettiva, l'interdittiva antimafia si è affermata da subito come strumento capace di agire con tempistiche più celeri rispetto al versante penale, ma anche foriero di interrogativi sulla sua effettiva

11 In generale, sulla natura dell'art. 416 *bis* come fattispecie a geometria variabile o a doppia intensità, si rimanda, *ex multis*, a I. MERENDA - C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis*, in *La legislazione antimafia*, a cura di E. Mezzetti - L. Lupária, Bologna, 2019, 54.

12 Per un inquadramento della problematica, il riferimento è al volume collettaneo *Misure di protezione interdittiva antimafia a procedimento*, a cura di L. Della Ragione, A. Marandola, A. Zampaglione, Milano, 2022, in particolare, specie per quanto attiene ai perduranti dubbi di costituzionalità della disciplina sul fronte della tutela dei diritti fondamentali della persona, oggetto di specifico, successivo, approfondimento, al saggio di R. BORSARI, *Misure interdittive antimafia. Profili penali*, 733 ss.

13 Ci si riferisce, specificatamente, al d.lgs. 159/2011, c.d. Codice antimafia. L'interdittiva trova la sua definizione nell'art. 84, comma 3, secondo cui «l'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4». I casi indicati nella norma – e che consentono, quindi, al Prefetto di irrogare la misura interdittiva – riguardano: 1) l'applicazione di misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II (misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria) ovvero l'irrogazione di condanna definitiva ovvero non definitiva ma confermata in appello per reati di stampo mafioso (art. 51, comma 3 bis c.p.p. o di truffa ai danni dello Stato); 2) l'esistenza di elementi che lasciano desumere l'esistenza di tentativi di infiltrazione della criminalità nell'organizzazione dell'impresa volta ad incidere quindi sulla vita della stessa; 3) l'irrogazione di sentenze, anche non definitive, per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali. M. MARTONE, *L'interdittiva antimafia, un difficile rapporto tra esigenze di prevenzione sociale ed economica e rispetto dei principi costituzionali*, in *La Magistratura*, 2024, 1, 63 ss.

14 P. PARISI, *La documentazione antimafia*, in *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali-Prevenzione penale ed amministrativa-Sistema delle confische*, a cura di R. Cantone, L. Della Ragione, Pisa, 2021, 464 ss.

natura e sulla prossimità, talvolta problematica, con le misure di carattere afflittivo tipiche dell'ambito penale¹⁵.

La struttura originaria delineata dal Codice antimafia del 2011¹⁶ si caratterizzava invero per un impianto prevalentemente binario, imperniato su strumenti di natura fortemente incisiva. La centralità attribuita al sequestro e alla confisca rifletteva una concezione tradizionale delle misure di prevenzione, fondata sulla sottrazione definitiva dei beni ritenuti frutto o strumento dell'attività illecita, quale presidio essenziale per interrompere la proiezione economica delle organizzazioni criminali¹⁷. L'amministrazione giudiziaria conservava una vocazione spiccatamente repressiva, idonea a riaffermare la presenza dello Stato nella gestione dell'impresa sospettata di collusione o condizionamento.

In questa impostazione si rifletteva una concezione quasi 'monolitica' della prevenzione patrimoniale, nella quale l'intervento dello Stato si traduceva essenzialmente nella sottrazione o nella gestione coattiva del patrimonio sospettato di collegamento mafioso. Tale modello, pur rispondente alla logica emergenziale che aveva ispirato la disciplina fin dalla sua prima introduzione, manifestava ben presto i suoi limiti strutturali. La rigidità dell'impianto binario – sequestro/confisca da un lato e amministrazione giudiziaria dall'altro – rispecchiava infatti una visione statica delle dinamiche criminali, fondata sull'assunto che il controllo mafioso dei beni e delle imprese avesse carattere stabile, organico e immediatamente individuabile.

La tensione tra la funzione preventiva dell'interdittiva e le garanzie inerenti all'esercizio dell'attività economica ha messo nondimeno in luce un nodo sistemico più ampio. L'esperienza applicativa ha infatti mostrato che un modello fondato su interventi drastici poteva rischiare, in determinate situazioni, di produrre effetti sproporzionati rispetto alla reale intensità del pericolo, specie quando le forme di agevolazione mafiosa non presentavano carattere strutturato o continuativo.

Questa prospettiva, come la dottrina più avvertita ha poi evidenziato, tendeva a sovrapporre in modo improprio la logica patrimoniale di prevenzione a quella penale, assumendo che la sottrazione definitiva del bene rappresentasse sempre la risposta più efficace¹⁸. L'esperienza successiva ha invece mostrato che l'infiltrazione mafiosa

15 R. ROLLI - P. PEPE, *Interdittiva antimafia, sanzione penale?*, in *Archivio Penale*, 2024, 2, 3-4.

16 Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della L. 13 agosto 2010, n. 136 (G.U. 28 settembre, n. 226, suppl. ord. n. 214)», entrato in vigore con d.lgs. n. 159/2011.

17 F. ARGIRÒ, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, in *Diritto penale dell'antimafia*, cit., 395 ss.

18 In questo quadro, la vocazione repressiva dell'amministrazione giudiziaria – pur concepita come misura a contenuto meno intrusivo rispetto alla confisca – mostrava una sostanziale continuità con la logica sanzionatoria, poiché implicava l'esautorazione dell'imprenditore e la sostituzione della governance aziendale con organi nominati dall'autorità giudiziaria. Si trattava di un modello fondato su una sorta di 'commissariamento etico' dell'impresa, che, se da un lato rispondeva all'esigenza di recidere legami compromettenti, dall'altro comportava costi economici e organizzativi elevatissimi, non sempre giustificati

nell'economia può presentare forme ben più fluide, talvolta episodiche, spesso legate a vulnerabilità ambientali più che a veri e propri assetti criminali strutturati. La prevalenza accordata al paradigma ablativo rischiava quindi di generare, in determinate situazioni, interventi sproporzionati rispetto all'effettiva intensità del rischio, con effetti potenzialmente devastanti per il tessuto produttivo coinvolto.

Tale constatazione ha imposto al legislatore di ripensare l'architettura complessiva delle misure di prevenzione patrimoniali, estendendo il ventaglio degli strumenti disponibili e introducendo meccanismi più gradualmente e partecipati. È su questo sfondo che si colloca l'evoluzione normativa più recente, volta a comporre un sistema più solido, più proporzionato e più coerente con i principi elaborati in sede europea.

L'adattamento delle misure di prevenzione patrimoniale alle modifiche intervenute in campo economico e sociale può essere quindi letto come il risultato di un processo di progressiva razionalizzazione dell'intervento pubblico, con l'obiettivo di coniugare esigenze di sicurezza e salvaguardia dell'economia legale¹⁹.

Le novelle del 2017 e del 2021 nascono proprio dalla consapevolezza che un sistema esclusivamente ablativo, incapace di graduare il proprio intervento, non è in grado di intercettare la complessità dei meccanismi contemporanei di penetrazione mafiosa nell'economia legale. L'esigenza di introdurre misure più flessibili e di valorizzare la capacità dell'impresa di auto-risanarsi emerge dunque come risposta a un'impastazione, quella originaria, troppo concentrata sulla dimensione 'patologica' del fenomeno, e meno attenta alle potenzialità di recupero e consolidamento della legalità economica presenti in molte realtà produttive.

La svolta introdotta nel 2017²⁰ con il controllo giudiziario volontario si inserisce quindi in un quadro più complesso e moderno, meno 'statico', più attento alle 'dinamiche' degli operatori economici e alla necessità di evitare effetti controproducenti²¹. L'introduzione di questa misura rappresenta il riconoscimento, da parte del legislatore, della pluralità delle situazioni riconducibili all'"agevolazione mafiosa", che non sempre assume forme strutturate o sistematiche. La tipizzazione di uno strumento caratterizzato da maggiore elasticità consente di superare la logica dicotomica che imponeva di scegliere tra interventi radicali e, all'opposto, assenza di qualsiasi presidio preventivo.

La stessa innovativa nozione di 'collaborazione volontaria' dell'impresa si innesta su un paradigma più evoluto, che valorizza la capacità dell'imprenditore di intraprendere

dalla gravità del contesto. G. MAZZA, *La confisca di prevenzione: l'attenzione dell'ordinamento sull'intervento patrimoniale preventivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 6, 863.

19 G. MACRINA, *Misure di prevenzione. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Pisa, 2019, 17 ss.

20 L. 17 ottobre 2017 n. 161, *Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*. La norma introduce la nuova misura di prevenzione patrimoniale del controllo giudiziario c.d. volontario, all'art. 34 bis, comma 6, del codice antimafia.

21 C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario 'volontario': una moderna 'messa alla prova' aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Le interdittive antimafia*, cit., 237-253.

un percorso di emersione e legalizzazione, trasformando la prevenzione da mera imposizione autoritativa a processo partecipato.

Tale impostazione emerge anche nella crescente attenzione agli strumenti di *compliance* e ai modelli di organizzazione e gestione quali indicatori dell'attitudine dell'impresa a prevenire fenomeni di infiltrazione mafiosa. Questo spostamento semantico e funzionale – dall'«espulsione del rischio» alla «gestione del rischio» – risulta emblematico dell'evoluzione del diritto della prevenzione verso forme più sofisticate di regolazione economica.

Da ultimo, la riforma del 2021²², intervenendo sia sul fronte procedurale sia su quello degli strumenti disponibili, ha ulteriormente consolidato questa metamorfosi. L'attribuzione di centralità alla comunicazione di avvio del procedimento, prima spesso trascurata nella prassi, ha comportato un recupero del contraddittorio preventivo e una maggiore trasparenza delle ragioni poste a fondamento dell'intervento statale. Il recepimento di alcune indicazioni del Consiglio di Stato²³ si è proposta di colmare i vuoti di garanzia evidenziati dalla giurisprudenza europea, ponendo un argine alle derive applicative che rischiavano di configurare le misure di prevenzione come strumenti afflittivi privi di adeguato supporto motivazionale.

Di particolare rilievo è poi la valorizzazione delle misure di *self-cleaning*²⁴. Il legislatore riconosce che l'impresa, se adeguatamente incentivata, può costituire il primo presidio contro le infiltrazioni mafiose, adottando spontaneamente procedure di selezione dei fornitori, sistemi di tracciabilità, protocolli di trasparenza e modelli organizzativi avanzati. La previsione di misure amministrative collaborative applicabili nei casi di agevolazione occasionale rappresenta il completamento di questo percorso, integrando l'apparato giudiziario con strumenti extragiurisdizionali che consentono interventi mirati e calibrati senza ricorrere alla drastica ablazione del patrimonio²⁵.

22 Intervenuta con d.l. 6 novembre 2021, n. 152, *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*, convertito con modificazioni dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233. Il riferimento è agli artt. 47, 48, 48-bis, 49 e 49-bis.

23 Si fa riferimento in particolare alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 4979 del 10 agosto 2020, in www.giustiziainsieme.it del 19.11.2020, con nota di R. ROLLI e M. MAGGIOLINI. La sentenza merita di essere segnalata per l'attenzione prestata nella ricerca di un punto di equilibrio tra lotta alla criminalità organizzata e tutela del diritto alla difesa, specie nel caso in cui la permeabilità mafiosa appare incerta. La partecipazione procedimentale, in situazioni dubbie, potrebbe fornire utili elementi all'autorità amministrativa, chiarendo la natura dei rapporti che legano il soggetto destinatario del provvedimento al mondo criminale. Per un recente commento si rimanda alla *news* n. 92 del 15 ottobre 2025 a cura dell'Ufficio del massimario del Consiglio di Stato, in www.giustizia.amministrativa.it.

24 N. DURANTE, *Interdittive antimafia, continuità d'impresa e tutela del lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2025, 2, 81.

25 Grazie alla possibilità di intervenire nel procedimento, infatti, il soggetto interessato può non solo fornire spiegazioni e prove sulla propria situazione rispetto alle contestazioni ricevute, ma anche assumere un ruolo attivo. Ciò significa che egli può predisporre – eventualmente in collaborazione con l'autorità che conduce l'istruttoria – adeguate iniziative di «autorisanamento», volte a neutralizzare o ridimensionare gli aspetti sfavorevoli emersi dagli accertamenti, nel periodo compreso tra la conoscenza degli elementi

Nel loro insieme, tali innovazioni tracciano una linea evolutiva ben definita. Le misure di prevenzione patrimoniale non sono più percepite esclusivamente come strumenti eccezionali e intrusivi, bensì come componenti di un sistema integrato di tutela dell'economia legale. L'influenza dei principi affermati dalla Corte EDU – in particolare la necessità di determinatezza, prevedibilità e controllo giurisdizionale effettivo, emerse con forza nel caso *De Tommaso* – si riflette nel passaggio da un modello di prevenzione centrato sulla discrezionalità amministrativa a uno più ancorato a parametri verificabili e a garanzie sostanziali.

Si assiste così alla costruzione di un paradigma nuovo, orientato a un equilibrio più maturo tra esigenze di sicurezza e tutela delle libertà economiche: un sistema nel quale la prevenzione non è più soltanto esercizio di potere autoritativo, ma anche promozione di legalità, responsabilizzazione degli operatori economici e valorizzazione dei meccanismi di autoregolazione.

3. *Natura giuridica delle interdittive antimafia: tra diritto amministrativo e diritto penale.*

Come detto, le misure interdittive rappresentano un interessante esempio di misure amministrative a 'potenziale' funzione repressiva, potendo assumere o meno carattere punitivo. Ciò dipende dal fatto che esse siano effettivamente rivolte – e concretamente adatte – a tutelare determinati interessi pubblici, oppure si configurino semplicemente come risposte conseguenti alla commissione di illeciti²⁶.

Le interdittive antimafia, emanate dall'autorità prefettizia, incidono in maniera immediata e significativa sull'attività economica dei destinatari, impedendo l'accesso a gare pubbliche, finanziamenti agevolati o concessioni. Questa compressione dei diritti economici, pur motivata da esigenze preventive, si colloca sul piano sostanziale accanto agli strumenti tipici del diritto penale, evocando quella che la dottrina definisce una logica del 'diritto penale del nemico' applicata in forma amministrativa²⁷.

La problematica principale riguarda la misura in cui le interdittive, pur emanate in chiave amministrativa, producono effetti afflittivi sostanzialmente definitivi. La compressione della libertà economica avviene senza che sia necessario un accertamento giudiziario pieno, che si avvale di un assetto probatorio proprio del diritto penale, con conseguenze di forte rilevanza sul piano costituzionale. Non richiedono, in altri termini, un accertamento 'al di là di ogni ragionevole dubbio', alla stregua della

potenzialmente preclusivi e la fase conclusiva del procedimento. In questo modo, il *self-cleaning*, che prima della riforma poteva essere utilizzato soltanto per ottenere la revisione di un'interdittiva già disposta, diventa uno strumento progressivamente più rilevante, poiché consente di prevenire l'emissione stessa dell'interdittiva e di scongiurare le conseguenze, spesso molto gravi e talvolta definitive, che essa comporta. Cfr., sul punto, Cons. Stato, sez. III, ord. 31 maggio 2024, n. 2051.

²⁶ Si rimanda all'ampia letteratura sull'argomento e più recentemente a F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Diritto Amministrativo*, 2025, 1, 16.

²⁷ A. MANNA, *La confisca nel Codice antimafia*, in *Archivio Penale*, 2021, III, 5.

responsabilità penale, bensì si fondano sull'apprezzamento discrezionale, da parte dell'autorità Prefettizia, di un complessivo quadro indiziario, che tenga conto della logica del 'più probabile che non', e lasci trasparire un concreto, e attuale, 'pericolo' di infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale²⁸.

Cosicché la Consulta, con la sentenza n. 57 del 2020²⁹, e – sia pure con diverse finalità – il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4979 del 2020, hanno sottolineato la necessità che tali provvedimenti siano adottati solo in presenza di situazioni gravi, chiare e inequivocabili, garantendo una rigorosa istruttoria e una motivazione puntuale. Spetta al Prefetto svolgere in piena autonomia una ricostruzione del quadro fattuale attraverso un procedimento di tipo induttivo, individuando quelle circostanze che, per gravità, precisione e coerenza reciproca, consentono di ritenere concretamente presente un rischio di infiltrazione. La funzione attribuita all'autorità prefettizia viene pertanto collocata nell'area della discrezionalità amministrativa, poiché richiede sia un'attività istruttoria ampia, sia una successiva valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'adozione della misura³⁰.

Una diversa componente, di natura tecnico-specialistica, emergerebbe nel caso in cui il Prefetto fondasse le proprie conclusioni sull'impiego di metodologie e competenze tipiche dell'attività investigativa o di polizia, operando dunque una valutazione

28 Gli 'indizi' che vengono valutati dal Prefetto in sede di informazione antimafia sono concettualmente gli stessi su cui è chiamato a pronunciarsi il giudice della prevenzione cautelare penale che, diversamente da quello della giurisdizione penale piena di merito, non deve raggiungere un livello di certezza 'al di là di ogni ragionevole dubbio', limitandosi piuttosto a provvedere, nella fase di adozione del sequestro cautelare di prevenzione, sulla base di indizi che, comunque, rendano la prospezione accusatoria 'più probabile che non', ossia dotata di quello stesso grado di verosimiglianza cui è chiamato ad attenersi il Prefetto in sede amministrativa (e, dopo di lui, il giudice amministrativo nel suo vaglio giurisdizionale). Cfr. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, ordinanza 30 giugno 2025, n. 195. Per un approfondimento sull'istituto da un punto di vista procedimentale, specie con riguardo ai limiti di validità, cfr. V. SALAMONE, *L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un 'ergastolo imprenditoriale'?* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 1 ss.

29 La Consulta ha sostenuto che l'informazione adottata dal Prefetto nei confronti dell'attività privata delle imprese oggetto di tentativi di infiltrazione mafiosa non viola il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata perché, pur comportandone un grave sacrificio (nel caso di specie era in gioco l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane), è giustificata dall'estrema pericolosità del fenomeno mafioso e dal rischio di una lesione della concorrenza e della stessa dignità e libertà umana.

30 Cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1563. Più recentemente cfr. Cons. Stato, sez. III 17 gennaio 2024, n. 552, in *ildirittoamministrativo.it*, 2025, 12, con nota di E. VETRONE. Il pericolo che la valutazione prefettizia si tramuti in una 'pena del sospetto' e che la portata della discrezionalità in questa materia sconfini nel puro arbitrio è scongiurata dal sindacato giurisdizionale per eccesso di potere sulla motivazione del provvedimento. L'autore rileva tuttavia come il principio di legalità imponga che gli elementi sintomatici, anche se 'tipici', vengano adeguatamente ponderati dall'autorità amministrativa e non vengano apoditticamente assunti a base del provvedimento interdittivo. In caso contrario, l'adozione di interdittive fondate sul mero sospetto e su di automatismi non adeguatamente supportati dall'*id quod plerumque accidit*, potrebbe risultare in contrasto con il dettato costituzionale, che eleva a rango primario il valore della libertà di iniziativa economica privata.

fondata su saperi specialistici, ma priva di quel bilanciamento tra interessi che caratterizza propriamente la discrezionalità amministrativa³¹.

La mancanza di una tipizzazione legislativa degli indizi di infiltrazione ha infatti costretto la giurisprudenza a elaborare un sistema di criteri applicativi che, pur non codificati, costituiscono ormai un quadro stabile di riferimento. Si è così formato un *corpus* di ‘indizi qualificati’ – rapporti parentali, frequentazioni, cointeressenze economiche, precedenti penali o di polizia, anomalie nella gestione dell’impresa – che opera come una tassatività di fatto, idonea a colmare le lacune normative e a garantire un minimo di prevedibilità dell’azione amministrativa.

Tuttavia, questa evoluzione presenta una tensione interna: una tassatività costruita giurisprudenzialmente è sempre esposta al rischio di eccessiva elasticità, poiché riflette criteri interpretativi mutevoli e difficilmente riconducibili alla legalità formale richiesta per le misure che incidono sui diritti fondamentali. La Corte costituzionale, in più occasioni, ha accettato, seppur con prudenza, questo sistema ‘tassativo-giurisprudenziale’, riconoscendo che esso rappresenta un compromesso necessario per assicurare la funzionalità preventiva della misura³². Ma rimane evidente che la legittimità di tali indici dipende dalla loro verifica rigorosa, dalla contestualizzazione nel caso concreto e dal rispetto del principio di proporzionalità, senza i quali l’interdittiva rischia di fondarsi su presunzioni generalizzate incompatibili con il modello costituzionale.

Ne deriverebbe la necessità di un’applicazione fondata su presupposti certi e verificabili, sottoposti a un controllo giurisdizionale pieno, non limitato al mero sindacato estrinseco, ma esteso anche alla valutazione sostanziale della motivazione e dell’adeguatezza della misura. A ciò dovrebbe aggiungersi il rispetto effettivo del contraddittorio, quale presidio imprescindibile per assicurare equilibrio tra esigenze di tutela dell’interesse pubblico e salvaguardia dei diritti del soggetto inciso³³.

In questa prospettiva, le interdittive antimafia sembrano riprodurre, in chiave amministrativa, le stesse tensioni teoriche evidenziate dalla dottrina più avvertita con riguardo alle misure di prevenzione patrimoniali. Come osservato³⁴, la perdurante assenza di un ancoraggio necessario a un fatto storico penalmente accertato e la centralità di una prognosi di pericolosità fondata su elementi sintomatici conducono a qualificare simili interventi come ‘pene del sospetto’, collocate in un’area intermedia e strutturalmente instabile, tra diritto amministrativo e diritto penale. Le interdittive condividono dunque quella logica selettiva-funzionalista tipica delle misure *praeter delictum*, mediante la quale

31 Il T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sezione I, con la sentenza n. 1371 del 7 settembre 2015, sottolinea la complessa esigenza di trovare un equilibrio tra la salvaguardia dell’ordine pubblico e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall’articolo 41 della Costituzione.

32 L. RISCATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza n. 98/2021*, in *Discrimen*, 2021, 1-14.

33 Con riferimento al ruolo del contraddittorio in materia di interdittiva antimafia, si rinvia a F. FIGORILLI, *Il difficile equilibrio fra prevenzione dell’economia criminale e garanzia delle posizioni soggettive nella nuova conformazione delle interdittive antimafia*, in *Archivio Penale*, 2024, 2, 1 ss.

34 A. MANNA, *La confisca*, cit., 19 ss.

il sistema mira a neutralizzare rischi reputati intollerabili per l'ordine socio-economico, sacrificando però la pienezza delle garanzie proprie del paradigma penalistico.

L'esito è un'ibridazione sistematica³⁵ che genera un 'terzo binario'³⁶ sprovvisto di una collocazione costituzionale chiara: non pienamente amministrativo, perché connotato da un'intensità affittiva incompatibile con la mera cura dell'interesse pubblico; non propriamente penale, perché sganciato da un reato e dai correlati *standard* probatori e procedimentali. Ed è proprio tale ambivalenza a produrre le maggiori criticità: l'effetto interdittivo, pur qualificato come misura di prevenzione, si traduce in una compressione immediata e, spesso, irreversibile della capacità d'impresa, con una forza incisiva che la avvicina più alle sanzioni penali accessorie che ai provvedimenti amministrativi ordinari.

Da qui l'emersione, anche in ambito antimafia, dell'esigenza, già elaborata con riguardo alla confisca di prevenzione, di ricondurre misure siffatte entro uno schema garantistico coerente, che assicuri una più rigorosa tipizzazione dei presupposti, un accertamento fattuale non meramente indiziario e un controllo giurisdizionale sostanziale. Se è vero che la giurisprudenza amministrativa ha tentato di colmare le lacune legislative attraverso una tassatività di fatto degli indici di infiltrazione, tale opera integrativa, pur meritoria, non può sostituirsi stabilmente a un intervento sistematico del legislatore. Come rilevato dalla Corte costituzionale in relazione ad altre forme di prevenzione, la legittimità di misure che incidono in profondità sui diritti fondamentali non può poggiare su categorie elastiche e variabili, né su presunzioni generalizzate, ma richiede un ragionevole collegamento con fatti dotati di verificabilità, precisione e gravità³⁷.

In definitiva, la natura ambivalente delle interdittive impone di ripensarne l'assetto, nella consapevolezza che la sola etichetta amministrativa non può elidere la sostanziale carica affittiva della misura. Solo un modello ricondotto, quantomeno sul piano delle garanzie, al paradigma penalistico o, secondo una prospettiva più evolutiva, al sistema delle misure di sicurezza³⁸, potrebbe impedire la degenerazione dell'istituto in una forma di controllo sociale sganciato dai presupposti di legalità formale e sostanziale. Una tale operazione risponderebbe non solo a esigenze di coerenza dogmatica, ma anche alla necessità di assicurare che la tutela dell'ordine pubblico economico non si trasformi in uno spazio di deroghe implicite alla Costituzione, bensì rimanga saldamente ancorata ai principi di proporzionalità, prevedibilità e rispetto del contraddittorio che presidiano l'esercizio del potere pubblico.

35 A. MANNA, *La confisca*, cit., 14.

36 A. MANNA, *La confisca*, cit., 5.

37 Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 25.

38 Questa proposta 'trasformativa' delle misure di prevenzione in misure di sicurezza è sostenuta da A. MANNA, *La confisca*, cit., 19 ss.

4. Il controllo giudiziario volontario: un modello graduale di prevenzione.

Il controllo giudiziario volontario, disciplinato dall'art. 34-*bis* del D.Lgs. n. 159/2011, rappresenta il tentativo più avanzato di conciliare, nella logica a cui si è fatto cenno, esigenze preventive e tutela dei diritti economici³⁹. La misura consente all'imprenditore di intraprendere un percorso di 'bonifica aziendale', sotto la supervisione di un giudice e di un amministratore giudiziario, garantendo la gestione dell'impresa senza ablazione della titolarità dei beni⁴⁰.

Tale modello introduce una logica riparativa e graduale, in netto contrasto con l'approccio tradizionale, che interviene, di converso, con effetti repressivo-punitivi e afflittivi immediati. Il chiaro obiettivo del legislatore è stato, quindi, quello di introdurre strumenti di vigilanza preventivi, capaci di operare a seconda del grado di infiltrazione mafiosa, garantendo così un tendenziale risanamento dell'attività imprenditoriale, senza precludere la possibilità di proseguire nello svolgimento delle iniziative economiche.

La funzione, quantomeno nelle intenzioni, appare razionale: consiste nel consentire la sospensione degli effetti inibitori dell'interdittiva sulle imprese, sui loro *stakeholder* e sui lavoratori subordinati⁴¹, nonché, parallelamente, nel valorizzare misure temporanee di tipo collaborativo, tramite le quali lo Stato si affianca all'impresa in un percorso sinergico-costruttivo di tendenziale recupero della legalità.

In forza della parziale indeterminatezza della disciplina del nuovo istituto, nel diritto vivente si sono innescate invero prassi applicative che hanno prodotto, in molte circostanze, esiti discriminatori e sfavorevoli per alcuni destinatari, interessati da soluzioni interpretative rigide e in *malam partem*⁴².

Una delle questioni più critiche consiste nel verificarsi una sorta di 'vuoto' temporale tra il momento del controllo da parte del giudice ordinario e l'eventuale aggiornamento del provvedimento amministrativo di competenza prefettizia⁴³. La norma in

39 Il comma 6 dell'art. 34-*bis*, introdotto dalla legge di riforma del codice del 2017, n. 161, dispone che le imprese «destinatari di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario». Il provvedimento che dispone il controllo 'sospende' gli effetti della interdittiva, perseguendo l'obiettivo di «decontaminare» le attività imprenditoriali sostanzialmente sane (o non del tutto compromesse) e restituirle al libero mercato, una volta depurate dagli agenti inquinanti, in un'ottica conservativa», Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. n. 8, depositata il 13 febbraio 2023. Per un commento, cfr. E. BORBONE, *Interdittive antimafia e controllo giudiziario: il Consiglio di Stato fa chiarezza in amministrazione in cammino*, *luiss.it*, 3 aprile 2023.

40 R. ROLLI, *Confisca di prevenzione e interdittiva antimafia: riflessioni a margine di un possibile confronto*, in *queste istituzioni*, 2025, 1, 41-42.

41 Fino alla riforma del contraddittorio operata dall'art. 92 d.lgs. n. 159/2011 nel 2021 nella maggior parte delle ipotesi il provvedimento prefettizio preclusivo veniva adottato *inadita altera parte*.

42 G. AMARELLI, *Controllo giudiziario volontario: aspettando le Sezioni unite, la Corte costituzionale protrae gli effetti sospensivi dell'interdittiva antimafia*, in *Sistema penale*, 23 luglio 2025.

43 R. ROLLI, V. DE SENSI, *L'interdittiva antimafia e il tempo 'vuoto' tra controllo giudiziario e aggiornamento prefettizio*, in *De Justitia*, 2025, 9, 1-25.

questione non si preoccupava cioè di regolare gli effetti derivanti da una conclusione positiva della procedura giudiziaria sulla attività amministrativa di aggiornamento dell'informativa originaria, per evitarne una rioperatività automatica.

Su questa delicata questione è recentemente intervenuta la Corte costituzionale, la quale, con sentenza n. 109 del 2025, ha censurato il comma 7 dell'art. 34-*bis* del Codice antimafia nella parte in cui – pur disponendo la sospensione degli effetti dell'informazione antimafia in caso di ammissione dell'impresa al controllo giudiziario – non prevede che tale sospensione si estenda, in caso di esito positivo della misura, fino alla conclusione del procedimento di aggiornamento dell'interdittiva da parte del prefetto (*ex* art. 91, comma 5)⁴⁴.

Secondo la Corte, l'applicazione della disciplina vigente – come peraltro correttamente interpretata dalla giurisprudenza amministrativa – avrebbe comportato l'immediata cessazione della sospensione dell'interdittiva non solo nel caso di esito contrario del controllo giudiziario, con effetti irragionevoli e sproporzionati sulla libertà di iniziativa economica, vanificando i risultati del percorso di risanamento avviato.

La sospensione degli effetti interdittivi, infatti, rappresenta uno strumento funzionale alla *ratio* dell'istituto: consentire all'imprenditore – interessato da fenomeni di agevolazione solo occasionale della criminalità organizzata – di proseguire l'attività economica in condizioni di legalità, sotto la supervisione del Tribunale e del controllore nominato. Il *revirement* dell'interdittiva anche qualora l'esito del controllo sia stato positivo – in attesa di una aggiornata rivalutazione prefettizia – potrebbe, di contro, determinare danni irreparabili per l'impresa e ostacolare la finalità riabilitativa della misura.

Una seconda rilevante questione sollevata si riferiva (e si riferisce tuttora) ai presupposti applicativi del controllo 'volontario'. È sorto cioè il dubbio se si tratti dei medesimi previsti per la misura di prevenzione giurisdizionale del controllo giudiziario 'prescrittivo' di cui al medesimo art. 34-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 159/2011⁴⁵, oppure siano propri, diversi e di natura solo prognostica.

Il tema è stato affrontato dalla recente rimessione alle Sezioni Unite operata dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 24672 del 2025, la quale conferma come il controllo giudiziario volontario sia oggi collocato nel cuore di una fase di transizione profonda del diritto della prevenzione antimafia. Si tratta di una stagione nella quale

44 La Corte, con una sentenza 'additiva', ha posto rimedio alla riscontrata illegittimità costituzionale dell'articolo 34-*bis*, comma 7, del Codice antimafia, aggiungendo alla già prevista sospensione degli effetti sospensivi dell'interdittiva per tutta la durata del controllo, anche la sua protrazione – in caso di controllo concluso positivamente – sino alla rivalutazione prefettizia della situazione infiltrativa dell'impresa. Il principio di proporzionalità e razionalità procedimentale emerge così come condizione imprescindibile per la legittimità della misura, garantendo l'equilibrio tra finalità preventiva e tutela dei diritti fondamentali. Corte cost. sent. 20 maggio 2025 (dep. 17 luglio 2025), n. 109.

45 «Quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende di cui al medesimo comma 1, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività».

emergono con particolare intensità le tensioni, per molti versi ancora irrisolte, tra l'esigenza di anticipare la tutela dell'ordinamento di fronte ai rischi di infiltrazione criminale e quella, parimenti imprescindibile, di assicurare il rispetto delle garanzie di legalità sostanziale e procedimentale⁴⁶.

La Corte prende atto che la disciplina vigente, contraddistinta da una formulazione volutamente ampia e flessibile, ha dato luogo a un panorama interpretativo frastagliato, caratterizzato da approdi giurisprudenziali talora confliggenti. L'assenza di una chiara tipizzazione legislativa dei presupposti applicativi della misura ha, infatti, favorito la proliferazione di letture sia di segno marcatamente estensivo, sia di segno più restrittivo, generando incertezza nell'applicazione e compromettendo, per questa via, il principio di prevedibilità delle decisioni e la parità di trattamento degli operatori economici.

Il quesito rimesso alle Sezioni Unite assume una valenza paradigmatica⁴⁷. Come detto, si tratta di stabilire se l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario volontario debba essere subordinata ai medesimi presupposti previsti per il controllo 'prescrittivo' di cui al comma 1 dell'art. 34-*bis* – e, dunque, alla verifica dell'«agevolazione occasionale» in favore di soggetti mafiosi – oppure se, al contrario, la misura possa fondarsi su una valutazione dotata di una autonomia logica e funzionale⁴⁸. Questa seconda opzione risulterebbe, almeno in astratto, maggiormente coerente con la funzione collaborativa e riparativa che il legislatore del 2017 ha inteso attribuire all'istituto, inscritto nel più ampio percorso di evoluzione della prevenzione 'mite' e della cosiddetta *cooperative compliance*.

L'esito di tale valutazione alternativa non si esaurisce in una disputa esegetica: esso incide, piuttosto, sulla stessa identità sistematica del controllo giudiziario volontario. A seconda dell'opzione prescelta, la misura potrà essere configurata come una vera e propria misura di prevenzione in senso tecnico – e pertanto assoggettata a tutti i limiti e le cautele propri dell'intervento giudiziario ablativo – oppure come uno strumento di accompagnamento e di riassetto organizzativo dell'impresa, connotato da una logica più flessibile, strutturalmente orientata alla salvaguardia della continuità aziendale e alla bonifica delle strutture societarie esposte a rischi infiltrativi. La qualificazione dogmatica dell'istituto, quindi, non è un mero esercizio classificatorio, ma incide sul

46 Su questo tema si rimanda anche alle riflessioni di R. ROLLI, V. BILOTTO, F. BRUNO, *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: l'Adunanza Plenaria mette la parola fine (?) al dibattuto rapporto tra i due istituti*, in *Ratio Juris*, 2025, 9, 1 ss.

47 Il quesito rimesso alle Sezioni Unite è il seguente: «se, in presenza di una richiesta di applicazione del controllo giudiziario previsto dall'art 34 *bis*, comma 6, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, il giudice, preso atto della sussistenza dell'informazione antimafia interdittiva e della pendenza del giudizio amministrativo avverso la stessa, debba svolgere esclusivamente un giudizio in merito al carattere occasionale dell'agevolazione mafiosa e alle concrete possibilità dell'impresa di riallinearsi al contesto economico sano oppure possa anche valutare la sussistenza dell'infiltrazione mafiosa, presupposto dell'interdittiva disposta dal prefetto, e, nel caso di sindacato negativo, negare il controllo giudiziario richiesto volontariamente dall'impresa».

48 Con la comunicazione provvisoria n. 18 dell'11 dicembre 2025, le Sezioni Unite hanno indicato una soluzione affermativa in relazione a entrambi i quesiti sottoposti a rimessione.

bilanciamento tra poteri del giudice, diritti dell'impresa e finalità preventive cui il sistema antimafia è ispirato.

In questo scenario, la rimessione operata dalla Cassazione assume un rilievo che trascende il caso concreto e si inserisce nel dibattito, ormai maturo, sulla necessità di definire un equilibrio stabile e coerente tra due rischi speculari. Da un lato, quello di scivolare verso un'applicazione in *malam partem*, che finirebbe per assimilare la misura volontaria a uno strumento affittivo non previsto dal legislatore; dall'altro, quello di adottare interpretazioni eccessivamente 'benevole', tali da depotenziare la funzione di difesa sociale affidata alle interdittive antimafia e di minare la credibilità del sistema complessivo di prevenzione.

Mentre la Corte costituzionale, con la sentenza n. 109 del 2025, ha tracciato un percorso volto a ricondurre il controllo giudiziario entro una cornice compatibile con il principio di proporzionalità, inteso quale parametro guida nella valutazione degli effetti della misura sugli assetti aziendali e sulla libertà di iniziativa economica, il recente rinvio alle Sezioni Unite⁴⁹, sulla scia della pronuncia del Giudice delle leggi, si propone di assicurare un quadro applicativo che sia insieme uniforme, ragionevole e orientato alla legalità sostanziale.

La stessa ordinanza rileva come l'incertezza sui presupposti della misura incida direttamente sulla *ratio* non affittiva del controllo giudiziario: un istituto concepito per assistere imprese solo occasionalmente esposte a rischi di contaminazione mafiosa, consentendo loro di recuperare affidabilità istituzionale e continuità gestionale senza precipitare nelle conseguenze drastiche dell'interdittiva. In assenza di criteri chiari e univoci, la misura rischia di essere utilizzata, da un lato, come improprio strumento difensivo contro l'informativa prefettizia, e, dall'altro, di essere negata proprio nei casi che il legislatore aveva inteso tutelare attraverso un percorso di bonifica guidata, alternativo alla marginalizzazione economica.

La rimessione alle Sezioni Unite chiama la Corte a definire una cornice dogmatica chiara, capace di garantire prevedibilità, equilibrio e coerenza applicativa, in un settore nel quale il rischio di derive punitive è sempre incombente⁵⁰. L'esito del prossimo intervento nomofilattico potrà incidere in maniera decisiva sulla configurazione dell'istituto, chiarendone natura, finalità e perimetro operativo. In tal modo, le Sezioni Unite avranno l'occasione di contribuire alla costruzione di un modello di prevenzione moderno, in grado di coniugare il legittimo interesse pubblico alla difesa dell'economia legale con la tutela dei diritti fondamentali dell'impresa, senza sacrifici eccessivi né arretramenti ingiustificati rispetto ai principi dello Stato di diritto.

Da questa prospettiva, il contrasto interpretativo oggi sottoposto alle Sezioni Unite rappresenta la manifestazione più evidente di una difficoltà più ampia e più profonda:

49 Cass., sez. VI, ord. 4 luglio 2025 (ud. 30 aprile 2025), n. 24672.

50 C. VISCONTI - A. MERLO, *Il controllo giudiziario alla prova del fuoco. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sull'art. 34 bis cod. ant.*, in *Sistema Penale*, 2025, 7-8, 57 ss.

quella di riconoscere pienamente la portata innovativa degli strumenti che il legislatore ha introdotto per favorire il risanamento e la continuità delle imprese esposte a rischi di condizionamento criminale. Si tratta, in particolare, di un'area dell'ordinamento che presuppone un diverso modo di concepire l'intervento pubblico rispetto alle tradizionali misure di carattere spiccatamente ablativo.

Il riferimento è al paradigma, ormai consolidato in dottrina, che distingue le situazioni in cui l'illecito si inserisce nell'attività dell'impresa – rimanendo quindi rimediabile attraverso interventi di riorganizzazione e di bonifica – da quelle in cui, al contrario, l'impresa stessa si configura come strumento dell'agire criminale. È un'impostazione che non è rimasta isolata nel settore della prevenzione antimafia, ma che ha progressivamente orientato anche altri comparti del diritto penale dell'economia.

Emblematica, in questo senso, è la disciplina della responsabilità da reato degli enti, la quale incarna un modello di reazione fondato non soltanto sull'accertamento del fatto illecito, ma anche, e soprattutto, sulla capacità dell'organizzazione di dotarsi di regole, procedure e presidi idonei a prevenire il rischio di commissione di reati. L'accento posto dal d.lgs. 231/2001 sulla strutturazione di modelli organizzativi efficaci rivela la medesima logica che informa gli strumenti di prevenzione collaborativa: non più (o non soltanto) la sanzione o l'esclusione dal mercato, ma la rigenerazione dell'impresa attraverso meccanismi di controllo interno, rinnovamento gestionale e supervisione qualificata.

La vicinanza concettuale tra questi due ambiti è evidente⁵¹. In entrambi i casi, l'interesse pubblico non si esaurisce nella repressione della devianza economica, ma guarda alla capacità dell'impresa di correggere le proprie vulnerabilità e di riallinearsi stabilmente ai canoni di legalità. In tale prospettiva, l'eredità del sistema 231 rappresenta, come osservato in dottrina⁵², un precedente importante: ha insegnato che anche l'impresa coinvolta in fatti penalmente rilevanti può e deve essere considerata un soggetto recuperabile, a condizione che sia disposta ad assumere un ruolo attivo nella costruzione di un assetto organizzativo conforme ai principi di correttezza e trasparenza.

Il controllo giudiziario volontario si colloca esattamente in questa corrente culturale: come nel sistema della responsabilità degli enti, il punto non è punire l'impresa, ma guidarla in un percorso di risanamento strutturale, intervenendo sulle cause organizzative che hanno favorito o non impedito il rischio di infiltrazione criminale. Il mancato riconoscimento di tale affinità concettuale spiega, almeno in parte, la difficoltà con cui una parte della giurisprudenza continua a guardare agli strumenti di prevenzione collaborativa, spesso ancora imbrigliati in schemi interpretativi che privilegiano logiche repressive o puramente interdittive.

51 C. VISCONTI, A. MERLO, *Il controllo*, cit., 61.

52 C. VISCONTI, A. MERLO, *Il controllo*, cit., 71. Gli autori osservano, difatti, che il 'sistema 231' è complessivamente orientato a tutelare la continuità dell'attività aziendale, obiettivo che si realizza al meglio attraverso lo strumento del commissariamento giudiziale. Allo stesso tempo, esso riconosce numerosi benefici alle imprese che, adottando anche successivamente un modello di organizzazione, dimostrano di operare secondo principi volti a prevenire i rischi simili a quelli già verificatisi.

5. *L'art. 94.1 del Codice antimafia e la trasformazione dell'interdittiva in misura graduabile.*

L'introduzione dell'art. 94.1 del Codice antimafia a opera del d.l. n. 48 del 2025⁵³ rappresenta una significativa, ulteriore, evoluzione nel sistema delle misure di prevenzione amministrativa⁵⁴.

Per la prima volta, il legislatore riconosce esplicitamente che l'interdittiva, pur qualificata come misura preordinata alla tutela anticipata dell'ordine pubblico economico, incide in modo penetrante sulla libertà d'impresa, tale da richiedere un meccanismo di modulazione degli effetti. La nuova norma consente al Prefetto, nei casi in cui l'applicazione integrale dei divieti determinasse la perdita dei mezzi di sostentamento dell'imprenditore individuale o del suo nucleo familiare, di escludere temporaneamente, per un periodo non superiore a un anno, alcuni degli effetti preclusivi ordinariamente connessi all'informativa. L'intervento, accompagnato dall'imposizione di specifici obblighi di collaborazione e trasparenza, introduce nel sistema un modello di interdittiva 'attenuata' che, pur conservando la finalità preventiva, si struttura secondo canoni di proporzionalità e personalizzazione propri delle misure affittive di tipo penale.

La portata dell'innovazione non può essere compresa senza richiamare il percorso giurisprudenziale che ne costituisce il presupposto.

Con la sentenza n. 180 del 2022, la Corte costituzionale aveva infatti denunciato l'irragionevolezza dell'asimmetria tra le misure di prevenzione giudiziaria, modulabili in relazione all'impatto concreto sul destinatario, e le interdittive prefettizie, caratterizzate da effetti automatici e uniformi indipendentemente dalla gravità del rischio. Secondo la Consulta, la rigidità dell'impianto amministrativo rendeva la misura, nella prassi, sostanzialmente assimilabile a una sanzione definitiva, priva tuttavia del corredo di garanzie procedurali e motivazionali che l'ordinamento esige in presenza di interventi idonei a comprimere diritti fondamentali⁵⁵. L'art. 94.1 si iscrive precisamente in questa linea: colma una lacuna di protezione e recepisce la necessità di graduare l'intervento preventivo in ragione della vulnerabilità dell'impresa e della natura del rischio, introducendo nel versante amministrativo un principio già consolidato sul piano delle misure giudiziarie⁵⁶.

53 D.l. n. 48 del 2025 convertito dalla L. 9 giugno 2025, n. 80. *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*. Tale disposizione ora prevede che il prefetto, «qualora ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva, può escludere uno o più divieti e decadenze previsti all'articolo 67, comma 1» quando dall'interdizione derivi la mancanza dei mezzi di sostentamento al destinatario e alla sua famiglia (comma 1). Il beneficio della modulazione degli effetti dell'interdittiva è concedibile «su documentata istanza del titolare dell'impresa individuale, all'esito di verifiche effettuate dal gruppo interforze istituito presso la prefettura competente» (comma 2).

54 G. AMARELLI, *Il decreto sicurezza e la riforma degli effetti delle interdittive antimafia: un fiore nel deserto in attesa di essere emendato*, in *Sistema Penale*, 2025, 1 ss.

55 Corte cost., 19 luglio 2022, n. 180, Cfr. nota di E. SQUILLACI, *La prevenzione 'eventuale' nello specchio delle interdittive antimafia*, in *Archivio penale*, 2023, 3, 1-43.

56 Tra i primi commenti alla novella, si segnala C. FORTE, *Il presupposti di accesso al controllo giudiziario volontario al vaglio delle Sezioni Unite: una 'dissenting opinion'*, in *Sistema Penale*, 11 settembre 2025, 1 ss.

Tale meccanismo innovativo consente di superare la concezione tradizionale dell'interdittiva come misura a 'effetto totale', la cui operatività determinava in via automatica la paralisi dell'impresa anche in presenza di forme occasionali o marginali di agevolazione mafiosa. La nuova disciplina, pur limitata alle sole imprese individuali, valorizza la dimensione sostanziale dei diritti economici e impone una valutazione più articolata del rapporto tra rischio di infiltrazione e impatto socio-economico del provvedimento. Riconosce che la prevenzione non può tradursi in un annientamento indiscriminato della capacità produttiva quando non ricorrano indici di condizionamento strutturale, e che l'interdittiva, per essere costituzionalmente sostenibile, deve assumere la forma di un intervento proporzionato, reversibile e adattabile al caso concreto.

La scelta di circoscrivere la norma alle imprese individuali rappresenta tuttavia un limite evidente. La *ratio* della novella – che consiste nell'evitare la distruzione dell'attività economica in assenza di un rischio particolarmente intenso – si presterebbe a essere applicata infatti anche a forme societarie di piccole dimensioni o a compagini unipersonali, nelle quali la funzione economica dell'impresa coincide sostanzialmente con il lavoro del titolare. Il perimetro soggettivo così definito rischia infatti di riprodurre nuove incongruenze e di compromettere la coerenza dell'intervento, lasciando prive di tutela situazioni identiche dal punto di vista funzionale⁵⁷.

In questa prospettiva, l'art. 94.1 non si esaurisce comunque nella sola introduzione di un correttivo agli effetti più gravosi dell'interdittiva, ma segna un passaggio significativo verso una prevenzione amministrativa più razionale e garantita. La possibilità di modulare gli effetti interdittivi riflette infatti un mutamento culturale: la consapevolezza che la tutela anticipata dell'ordine pubblico economico non può tradursi in automatismi rigidi né in compressioni irreversibili della capacità di reddito. La riforma recepisce l'esigenza, già suggerita dalla Corte costituzionale, di calibrare la misura in base non solo al rischio, ma anche all'impatto socioeconomico della decisione.

Resta però inesausta, come detto, la questione dell'estensione del meccanismo modulare alle compagini societarie unipersonali e alle strutture d'impresa minori, omissione che rischia di generare nuove irragionevolezza e che rende auspicabile un futuro intervento – legislativo o giurisprudenziale – volto a garantire piena coerenza con il principio di eguaglianza sostanziale⁵⁸.

57 È stata messa in dubbio, da alcuni autori, anche la legittimità costituzionale di questa limitazione. G. AMARELLI, *Il decreto sicurezza*, cit., spec. par. 5.

58 L'introduzione dell'istituto non è stata peraltro accompagnata da una disciplina transitoria. Ne consegue – secondo la prima giurisprudenza (TAR per la Sicilia, sezione prima, ordinanza 10 settembre 2025, n. 461 e TAR per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sezione prima, ordinanza 4 settembre 2025, n. 796) e la prassi amministrativa (per esempio, provvedimento del Prefetto di Palermo 13 agosto 2025) – anche il destinatario delle informazioni antimafia emesse anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 94.1 del d.lgs. n. 159 del 2011 ha facoltà di proporre istanza all'organo amministrativo per ottenere la limitazione degli effetti interdittivi in atto. Sul punto è intervenuta recentemente la Corte Costituzionale con decisione del 06/10/2025, depositata il 28/11/2025, dichiarando inammissibile la questione sollevata. Benché, infatti, l'art. 94.1 cod. antimafia abbia certamente modificato in modo significativo il quadro normativo, la novella

Nonostante questi limiti, la riforma del 2025 assume un rilievo sistemico. L'interdittiva cessa di configurarsi come un provvedimento rigidamente binario e si inserisce in una struttura più complessa, nella quale la risposta amministrativa al rischio di infiltrazione non è più necessariamente affidata a uno strumento ablativo e totalizzante, bensì a un insieme graduato di misure differenziate quanto a intensità, finalità e modalità applicative. La prevenzione assume così un profilo più aderente ai principi costituzionali: il suo obiettivo non è più unicamente l'espulsione immediata dell'impresa sospetta dal mercato, ma anche la gestione del rischio attraverso la collaborazione, la trasparenza e il controllo amministrativo rafforzato.

La novità introdotta dall'art. 94.1, letta in combinato disposto con il controllo giudiziario volontario e con gli strumenti di *self-cleaning*, sancisce l'ingresso dell'ordinamento in una stagione di maggiore maturità nella gestione delle interferenze tra diritto penale, diritto amministrativo e regolazione economica. La prevenzione antimafia si colloca sempre più chiaramente all'intersezione tra tutela dell'ordine pubblico, protezione dell'economia legale e salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo un modello in cui la rigidità degli automatismi cede il passo a un approccio flessibile, calibrato e maggiormente rispettoso dei principi di legalità sostanziale e giustizia procedurale.

6. *Una riconcettualizzazione delle interdittive in chiave 'costituzionalmente e convenzionalmente orientata': verso un 'modello ibrido'.*

La persistente discontinuità tra la qualificazione formale delle interdittive antimafia come misure preventive e la loro concreta idoneità a generare effetti di marcata afflittività impone una riconsiderazione complessiva della loro funzione nell'ordinamento, che eccede la logica della prevenzione pura e sfuma progressivamente verso l'area funzionale delle sanzioni in senso sostanziale.

Ne emerge un istituto dalla struttura bifasica, contraddistinto da finalità anticipatorio-preventive e al contempo da effetti repressivi e deterrenti, tale da rendere inevitabile l'applicazione, almeno sul versante sostanziale, di garanzie procedurali tipiche della tradizione penalistica e, a fortiori, richieste dal diritto convenzionale.

In tale prospettiva, le interdittive antimafia non si esaurirebbero in una funzione cautelare, ma assumerebbero una conformazione più complessa: sono misure durevoli e penetranti, in grado di paralizzare o compromettere in maniera significativa l'attività economica anche in assenza di un accertamento di responsabilità penale. È qui che trova conferma l'"ibridismo funzionale" dell'istituto, formalmente amministrativo, ma sostanzialmente afflittivo, dotato di una forza conformativa che esercita pressioni comportamentali simili a quelle derivanti da provvedimenti punitivi, pur rimanendo ancorato a un giudizio prognostico e indiziario.

è ininfluenza nella definizione delle questioni pregresse, sottoposte al principio del *tempus regit actum*, la cui definizione va, dunque, condotta in base alle norme vigenti al momento della loro adozione.

L'afflittività delle misure interdittive – come già osservato – emerge infatti non già al termine della prova di un illecito, bensì sulla base di elementi sintomatici, indiziari o relazionali, idonei a fondare un sospetto qualificato di permeabilità mafiosa. Ciò colloca questi provvedimenti all'interno di un paradigma epistemico fortemente anticipatorio, in cui la valutazione prefettizia opera non per verificare un comportamento già realizzato, ma per prevenire un rischio potenziale. Ne discende una duplice funzione: da un lato, un meccanismo di filtraggio e di *moral suasion*, diretto a sollecitare l'impresa sospettata a riallinearsi spontaneamente ai parametri di legalità; dall'altro, uno strumento di selezione economica volto a neutralizzare gli operatori ritenuti funzionalmente contigui alle logiche dell'economia mafiosa, escludendoli dal circuito degli appalti pubblici e dai rapporti qualificati con la pubblica amministrazione⁵⁹.

L'efficacia interdittiva, unita alla tendenziale stabilità degli effetti, conferma la necessità di una vera e propria 'riconcettualizzazione' costituzionalmente orientata⁶⁰ dell'istituto *de quo*. Sebbene formalmente ricondotte alla categoria delle misure di prevenzione amministrativa, le interdittive producono un sacrificio incisivo su diritti e libertà fondamentali – libertà economica, parità di accesso al mercato, diritto a un ricorso effettivo – che le riavvicinerebbe, sul piano funzionale, alle pene accessorie e alle misure di sicurezza⁶¹. Tale convergenza ha indotto dottrina e giurisprudenza a valorizzare la loro natura sostanzialmente punitiva, invocando *standard* di garanzia ben più robusti di quelli tradizionalmente riconosciuti nell'ambito dell'azione amministrativa.

Il quadro convenzionale rafforza questa impostazione. La Corte EDU e la giurisprudenza eurounitaria hanno progressivamente esteso l'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU a misure formalmente amministrative quando caratterizzate da rilevante afflittività, funzione repressiva e margini ridotti di discrezionalità nell'applicazione⁶². Il riferimento ai criteri *Engel* – pur non ancora applicati in modo esplicito alle interdittive – mostra un potenziale significativo⁶³: la forte incidenza sui diritti fondamentali, la natura preventiva ma al tempo stesso sostanzialmente deterrente, l'intensità delle conseguenze economiche, la perdita di opportunità professionali, costituiscono

59 R. ROLLI, P. PEPE, *Interdittiva*, cit., 28-29.

60 M. DE GREGORIO, *Le recenti riforme della disciplina delle interdittive antimafia ed i perduranti dubbi di legittimità costituzionale*, in *www.penedp.it*, 2025, 1 ss.

61 A. MANNA, *La confisca*, cit., 24. Questa duplice natura, secondo l'autore, evidenzia le tensioni teoriche che attraversano l'intero sistema delle misure di prevenzione, da tempo percepite come un settore 'marginale' del diritto penale. Solo attraverso una riforma organica, che includa misure di sicurezza e di prevenzione in un quadro coerente, sarebbe possibile armonizzare interventi fondati sulla pericolosità con adeguati presidi di legalità, proporzionalità e tutela della dignità della persona, realizzando un modello di diritto penale più equilibrato e costituzionalmente orientato, come suggerito – seppure in maniera parziale, con riferimento alla c.d. *restorative justice* – dalle innovazioni introdotte dalla riforma Cartabia. Si rimanda, sul punto, a G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, *Legge 27 settembre 2021, n. 134 (G.U. n. 137 del 4 ottobre 2021)*, in *Sistema Penale*, 2021, 1 ss.

62 M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in P.A. *Persona e amministrazione*, 2018, 2, 27 ss.; P. LOMBARDI, *Le parti del procedimento amministrativo*, Torino, 2018, 11 ss.

63 A. MANNA, *La confisca*, cit., 15 ss.

elementi che avvicinerebbero le interdittive a misure di tipo penale almeno sotto il profilo sostanziale. Proprio questa dinamica permetterebbe di estendere l'apparato delle garanzie convenzionali – contraddittorio pieno, effettiva conoscibilità degli atti, motivazione rafforzata, sindacato giurisdizionale completo sui fatti – anche per misure formalmente amministrative⁶⁴.

Ulteriori elementi di evoluzione in questa direzione si rinvencono negli strumenti di prevenzione collaborativa, quali il controllo giudiziario volontario e i meccanismi di *self-cleaning*. Essi rappresentano un modello alternativo alla mera espulsione dal mercato, e la loro diffusione segnala una transizione verso un paradigma che combina esigenze preventive e capacità di recupero dell'impresa, evitando effetti sproporzionati o irreversibili.

In definitiva, la peculiare conformazione delle interdittive antimafia quale istituto a 'struttura duale' – amministrativo nella veste formale, ma idoneo a dispiegare effetti che trascendono la fisiologia dell'azione di prevenzione per avvicinarsi a esiti afflittivi di marcata intensità – sembrerebbe sollecitare una riflessione sistematica più approfondita sull'assetto delle garanzie che ne presidiano l'adozione e il controllo. La rilevanza dei diritti coinvolti, la latitudine degli effetti sul piano economico e concorrenziale, nonché la stabilità delle conseguenze che l'interdittiva inevitabilmente produce, imporrebbero, in una prospettiva costituzionalmente e convenzionalmente orientata, un innalzamento degli *standard* di tutela coerente con i principi di proporzionalità, razionalità e piena verificabilità dell'accertamento fattuale⁶⁵.

Il progressivo consolidarsi di prassi e orientamenti giurisprudenziali che valorizzano il contraddittorio procedimentale, la motivazione rafforzata e un sindacato giurisdizionale non meramente esterno, bensì attento alla tenuta logica ed epistemica del giudizio prefettizio, potrebbe quindi essere letto come l'indizio di un mutamento non episodico, ma strutturale: un movimento di progressiva 'penalizzazione' delle garanzie, non già nel senso di una trasfigurazione dell'istituto in misura punitiva, bensì come riconoscimento della necessità di modulare il livello delle tutele in proporzione all'effettività dell'incisione sui diritti fondamentali.

In tale logica, la riconcettualizzazione dell'interdittiva secondo categorie costituzionalmente e convenzionalmente orientate non assumerebbe i tratti di un esercizio ermeneutico eccentrico o di una forzatura dogmatica; essa potrebbe, al contrario, configurarsi come la risposta più coerente a una trasformazione già in atto, nella quale la

64 Su questo terreno ermeneutico si iscrive la scelta legislativa del d.l. 152/2021, che ha introdotto forme, seppur parziali, di partecipazione procedimentale, volte a colmare l'asimmetria informativa che tradizionalmente caratterizza la fase istruttoria delle interdittive. F. FIGORILLI, *Il difficile equilibrio*, cit., 28 ss.

65 Come affermato da Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, «l'eventuale sacrificio di queste garanzie procedurali e dei diritti di difesa, che deve essere necessario e proporzionato rispetto al fine perseguito, è compensato dal successivo sindacato giurisdizionale sull'atto adottato dal Prefetto che, contrariamente a quanto assume parte della dottrina, è pieno ed effettivo, in termini di full jurisdiction, anche secondo il diritto convenzionale»; in questi termini, cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017 n.565.

tradizionale dicotomia tra prevenzione e sanzione tende a stemperarsi alla luce della concreta afflittività della misura. Una lettura che valorizzi la centralità delle garanzie procedurali e la piena verificabilità del substrato indiziario non si porrebbe, dunque, in tensione con la finalità preventiva dell'istituto, ma costituirebbe lo strumento per garantirne la perdurante legittimità sistemica.

Pur senza aderire alla tesi di una natura punitiva delle interdittive in senso proprio – tesi che eccederebbe i dati normativi e la stessa architettura del Codice antimafia – non sarebbe possibile ignorare come la progressiva assimilazione, su un piano funzionale, ai parametri di valutazione propri delle misure afflittive induca a ritenere fisiologico un rafforzamento delle garanzie. Tale percorso potrebbe rappresentare la modalità più equilibrata per preservare l'effettività del sistema di prevenzione, senza sacrificare, oltre il necessario, i principi dello Stato di diritto, assicurando che la tutela dell'ordine pubblico e la salvaguardia dell'economia legale si coniughino con una disciplina rispettosa delle prerogative fondamentali degli operatori economici coinvolti.

Letta sullo sfondo dell'itinerario ricostruttivo sinora tracciato, la persistente frizione tra la veste formalmente amministrativa dell'interdittiva e la sua effettiva portata afflittiva delinea un'area di incertezza concettuale che non può, da ultimo, non riflettersi sulla sua compatibilità con i parametri costituzionali⁶⁶.

La tensione tra funzione preventiva e incidenza sui diritti fondamentali impone infatti di verificare se il quadro normativo attuale sia in grado di soddisfare quei requisiti minimi di intelligibilità e prevedibilità che l'art. 3 Cost. pretende ormai anche al di fuori del dominio penalistico, quali garanzie essenziali contro l'arbitrarietà dell'azione pubblica⁶⁷.

A riguardo, merita richiamare la sentenza della Corte Costituzionale n. 110 del 2023⁶⁸, la quale assume un valore emblematico: l'affermazione secondo cui anche disposizioni non penali affette da 'oscurità radicale' possono risultare costituzionalmente illegittime

66 R. BORSARI, *Misure interdittive antimafia*, cit., 756.

67 Va osservato che, nei casi considerati, il requisito della trasparenza e comprensibilità del precetto non viene più inquadrato – come avveniva tradizionalmente – nell'ambito del principio di legalità penale e del correlato canone di determinatezza previsto dall'art. 25, comma 2, Cost., applicato in passato, seppure in modo discontinuo, a partire dalla nota pronuncia sul plagio. Tale esigenza viene oggi riletta attraverso la lente più ampia del controllo di ragionevolezza e del rispetto dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., segnalando come l'architettura dei principi costituzionali sia soggetta a continui spostamenti e ridefinizioni, adattandosi progressivamente alle trasformazioni dei fenomeni regolati e alle nuove esigenze di tutela.

68 Corte Cost., sent. 18 aprile 2023 (dep. 5 giugno 2023), n. 110, la quale ha interessato la declaratoria di incostituzionalità di una disposizione legislativa in materia edilizia contenuta nella legge di stabilità finanziaria 2022 della Regione Molise ed, in particolare, dell'art. 7, comma 18, l.r. n. 8/2022, ai sensi del quale «[n]elle fasce di rispetto di tutte le zone e di tutte le aree di piano, in presenza di opere già realizzate e ubicate tra l'elemento da tutelare e l'intervento da realizzare, quest'ultimo è ammissibile previa V. A. per il tematismo che ha prodotto la fascia di rispetto, purché lo stesso intervento non ecceda, in proiezione ortogonale, le dimensioni delle opere preesistenti o sia compreso in un'area circoscritta nel raggio di mt. 50 dal baricentro di insediamenti consolidati preesistenti». Per un commento sul tema, si rimanda, tra gli altri, a A.G. ARABIA, *La legge oscura. Come e perché è incostituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, 1 ss.; G.

potrebbe ‘riaprire’ un interrogativo non eludibile sulla tenuta dell’art. 84, comma 4, lett. d) ed e), del Codice antimafia⁶⁹. L’ampiezza delle clausole sintomatiche ivi previste, che affida al Prefetto un margine valutativo particolarmente elastico, rischia in effetti di collocare tali previsioni nella medesima categoria di norme prive di un perno di significato definito, rendendo incerta la determinazione dell’esercizio del potere amministrativo. L’indeterminatezza, lungi dal ridursi a mera fisiologia tecnica, diventerebbe così il punto nevralgico da cui far dipendere la proporzionalità complessiva del sistema, lasciando aperta la questione del bilanciamento tra tutela preventiva e salvaguardia del mercato legale⁷⁰.

Questi rilievi acquistano ulteriore rilievo se si considera la natura ‘bifronte’ dell’istituto: quando la base legale non delimita con precisione la discrezionalità amministrativa, cresce il rischio di applicazioni oscillanti e difficilmente prevedibili, con inevitabili ricadute sul principio di eguaglianza e sulle garanzie difensive. La stessa necessità, emersa in giurisprudenza, di costruire macro-categorie sintomatiche per orientare l’azione prefettizia conferma il carattere supplente dell’interprete rispetto a una norma primaria non pienamente autosufficiente, ciò che pone interrogativi tanto sul piano costituzionale quanto alla luce degli *standard* convenzionali⁷¹ elaborati dalla pronuncia *De Tommaso*⁷², nonostante il giudice amministrativo abbia più volte escluso

AMARELLI, *Butterfly effect e interdittive antimafia. L’incostituzionalità di una norma edilizia regionale può determinare l’illegittimità delle interdittive generiche?*, in *Sistema Penale*, 2024, 11 ss.

69 G. AMARELLI, *Butterfly effect*, cit., 13 ss.

70 La recente ricostruzione della Corte costituzionale in tema di norme connotate da marcata oscurità semantica (Corte. Cost., sent. n. 110/2023, cit.) offre un paradigma valutativo applicabile anche all’art. 84, comma 4, lett. d) ed e), Codice antimafia. Qualora l’ampiezza indeterminata delle c.d. interdittive generiche fosse ricondotta alla categoria delle ‘leggi radicalmente oscure’, non emendabile mediante gli ordinari canoni ermeneutici, verrebbe in rilievo un potenziale *vulnus* di costituzionalità non soltanto rispetto ai parametri convenzionali e proprietari tradizionalmente evocati, ma altresì in relazione al principio di ragionevolezza ed eguaglianza ex art. 3 Cost., oggi assunto dalla Corte quale criterio di scrutinio delle disposizioni normative strutturalmente prive di un nucleo precettivo sufficientemente definito.

71 Difatti, le più recenti vicende giurisprudenziali – a partire dalla sentenza *Isaia e altri c. Italia* della Corte EDU del 25 settembre 2025, sino alla decisione della Corte d’Appello di Caltanissetta del 7 ottobre 2025 e al concomitante sviluppo del caso *Cavallotti c. Italia* – evidenziano un crescente attrito tra il sistema italiano delle misure di prevenzione e i parametri della Convenzione europea. La Corte di Strasburgo, pur non qualificando le misure di prevenzione come sanzioni penali, ha richiesto standard probatori e motivazionali più stringenti, censurando l’uso di presunzioni legali non supportate da un adeguato nesso logico-temporale tra pericolosità e arricchimento ingiustificato, nonché l’estensione automatica degli effetti ablativi a terzi. Nel solco di tali rilievi, la Corte d’Appello di Caltanissetta ha revocato una confisca disposta in assenza di condanna definitiva, mentre nel procedimento *Cavallotti* sono stati prospettati ulteriori profili di incompatibilità con gli articoli 6 § 2, 7 e 1 del Protocollo n. 1 CEDU, soprattutto in relazione alla presunzione di innocenza, all’uso espansivo della confisca e al rispetto del principio di proporzionalità. L’insieme di tali sviluppi compone un quadro in rapido mutamento, che impone una riflessione critica sul bilanciamento tra finalità di prevenzione antimafia e garanzie fondamentali, anche alla luce delle ricadute economiche e sociali derivanti da un possibile impiego non sufficientemente rigoroso degli strumenti di prevenzione patrimoniale.

72 F.P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Arch. pen.*, 2017, 1 ss.; E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, Napoli, 2020, 135 ss.

la sussistenza di una violazione della CEDU – in particolare dell'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 sul diritto di proprietà – e, per il tramite di tale parametro interposto, dell'art. 117 Cost., negando dunque l'assenza di una base legale idonea a scongiurare provvedimenti arbitrari e imprevedibili per i destinatari⁷³.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato⁷⁴, infatti, la disciplina dell'interdittiva antimafia non potrebbe essere qualificata né come norma in bianco né come delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa, né tantomeno come ambito sottratto al sindacato giurisdizionale, pur fondandosi la valutazione prefettizia su elementi non tipizzati e accertati caso per caso⁷⁵.

Proprio l'intersezione tra vaghezza del precetto⁷⁶ ed elevata afflittività degli effetti segna, in definitiva, il punto più problematico della disciplina: un istituto che opera in una dimensione 'ibrida', sospeso tra prevenzione e sanzione, necessiterebbe – pur nell'alveo formalmente amministrativo – di un ancoraggio normativo capace di sostenere garanzie adeguate alla sostanza dei suoi esiti.

Da tale consapevolezza trae impulso la crescente istanza, in dottrina e nella prassi, di una riconcettualizzazione che non sia solo ermeneutica ma anche legislativa⁷⁷, volta a prevenire derive applicative difficilmente controllabili e al tempo stesso ad assicurare la continuità dell'efficacia del sistema antimafia.

Ne consegue che l'attuale bilanciamento tra l'esigenza di flessibilità dell'azione amministrativa e gli obblighi di determinatezza normativa non può essere soddisfatto unicamente attraverso il progressivo sviluppo giurisprudenziale. La perdurante genericità delle clausole e la rilevanza centrale dell'apprezzamento indiziario evidenziano la necessità di un intervento legislativo chiarificatore⁷⁸.

Solo una definizione più puntuale degli indicatori sintomatici, affiancata da strumenti procedurali volti a circoscrivere la discrezionalità dell'autorità, potrà consolidare la coerenza costituzionale dell'istituto – intesa sotto la lente della ragionevolezza *ex* art. 3 Cost. – senza compromettere la sua funzione fondamentale di tutela e presidio contro le infiltrazioni criminali nel tessuto economico⁷⁹.

73 Cfr. Cons. Stato, sez. III., 8 giugno 2020, n. 3641.

74 Secondo il giudice amministrativo, tale conclusione trova ulteriore conferma nella giurisprudenza costituzionale successiva alla *De Tommaso*, con specifico riferimento alla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019.

75 R. BORSARI, *Misure interdittive antimafia*, cit., 752.

76 In senso critico all'insostenibile vaghezza delle interdittive generiche, si rinvia anche a M. ARBOTTI, *Interdittive antimafia e prevenzione patrimoniale non ablativa: tra funzioni manifeste e latenti*, in *Diritto di difesa*, 2024, III – IV, 288 ss.

77 G. AMARELLI, *Butterfly effect*, cit., 18.

78 R. DI MARIA, A. AMORE, *Effetti 'inibitori' dell'interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in *federalismi.it*, 2021, XII, 122.

79 L. DELLI PRISCOLI, *Diritto di iniziativa economica dell'impresa sospettata di essere collusa con la mafia e diritto della collettività ad un mercato concorrenziale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, 41 ss.

7. *Riflessioni comparatistiche e prospettive europee.*

Il sistema italiano delle interdittive antimafia rappresenta un *unicum* nel panorama europeo, in quanto caratterizzato dalla capacità di incidere immediatamente sulla libertà di iniziativa economica pur conservando una collocazione formale nel diritto amministrativo.

Diversamente da altri ordinamenti, nei quali le misure preventive patrimoniali presuppongono un accertamento giudiziario rigoroso e producono effetti afflittivi solo a seguito di una valutazione pienamente giudiziale, in Italia le interdittive consentono un intervento diretto e immediato sulle imprese sospette di contiguità mafiosa, sospendendo l'accesso a gare pubbliche, finanziamenti agevolati o concessioni, e incidendo sulla titolarità di qualificazioni essenziali per l'attività imprenditoriale. La misura, pur preventiva, produce dunque effetti sostanzialmente punitivi, comprimendo diritti fondamentali e libertà economica in maniera strutturalmente irreversibile.

La digressione operata nella sentenza, più volte richiamata, *De Tommaso c. Italia*⁸⁰ consente di tratteggiare un quadro sintetico di misure preventive analoghe applicabili nell'ambito degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Si può rilevare come la grande maggioranza dei paesi esaminati non possieda misure sovrapponibili a quelle applicate in Italia con riferimento al fenomeno mafioso.

A titolo esemplificativo, l'Austria, la Francia e la Svizzera hanno adottato misure precauzionali preventive per trattare il fenomeno della violenza negli stadi. La Francia prevede anche il divieto di partecipare a incontri, eventi o manifestazioni, o il ricovero ospedaliero obbligatorio di competenza delle autorità amministrative. Nel Regno Unito invece misure analoghe sono state introdotte nel 2011 nell'ambito della prevenzione del terrorismo⁸¹.

In aggiunta, l'analisi comparata mostra come alcuni ordinamenti europei abbiano sviluppato strumenti alternativi alle interdittive, privilegiando modelli fondati su percorsi di conformità controllata.

In Francia, ad esempio, la recente *Convention judiciaire d'intérêt public* consente all'impresa coinvolta in vicende illecite di negoziare con l'autorità requirente un programma di riorganizzazione interna, affiancato da obblighi di monitoraggio e da verifiche giudiziali, evitando così effetti espulsivi automatici dal mercato⁸². Nel Regno Unito, i *Deferred Prosecution Agreements* adottano una logica analoga, prevedendo la sospensione dell'azione penale in cambio dell'adozione di modelli organizzativi idonei, della

80 Ci si riferisce, in particolare, ai paragrafi in fatto nn. 69, 70 e 71.

81 In questi termini, cfr. par. 70 della sentenza Corte EDU, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017.

82 In Francia, la *Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)*, introdotta con la legge *Sapin II* del 2016 (art. 41-1-2 c. proc. pen.), consente all'impresa coinvolta in fatti corruttivi o di illecito economico di stipulare un accordo con il pubblico ministero che prevede obblighi di compliance, monitoraggio esterno per un periodo determinato e il pagamento di un'ammenda negoziata. L'accordo, sottoposto all'omologazione del giudice, evita l'iscrizione nel casellario giudiziale e consente quindi la prosecuzione dell'attività economica senza automatismi espulsivi.

collaborazione con le autorità e della sorveglianza giudiziaria sull'attuazione degli impegni assunti⁸³. Si tratta di strumenti che, pur nati in contesti differenti, condividono un'impostazione incentrata sulla bonifica dell'impresa attraverso forme di prevenzione cooperativa, anziché su misure amministrative a effetto immediatamente interdittivo⁸⁴.

Una particolare menzione è, poi, da rivolgere al '*RICO Act*', acronimo di '*Racketeer influenced and corrupt organizations*', previsto nel sistema di *common law* statunitense, rivolto a combattere la criminalità organizzata oltreoceano⁸⁵. Le misure previste dal RICO cercano di punire una persona che commette più *predicates acts*, 'atti presupposto' costituenti un '*pattern*', ossia un modello di attività di *racket*, quando tali azioni sono riferite a un'impresa e condividono più di un elemento con le analoghe misure previste dal codice antimafia⁸⁶.

I provvedimenti restrittivi o i divieti che possono essere adottati dalla Corte presentano alcune analogie con gli strumenti previsti nell'ambito della disciplina italiana afferente al codice antimafia. In particolare, può essere ordinata a un soggetto la dismissione di qualsiasi interesse, diretto o indiretto, con l'impresa; possono essere imposte restrizioni sull'attività dell'impresa e sugli investimenti di soggetti e può essere persino previsto lo scioglimento dell'impresa. Il tribunale può inoltre nominare uno o più curatori (*trustee*) che possono incidere sulla gestione in concreto della società.

Appare significativo rilevare che, alla stregua del modello dell'informazione antimafia interdittiva italiana, anche i *predicate acts* non devono essere provati 'oltre ogni ragionevole dubbio', essendo invece sufficiente lo *standard* probatorio del 'più probabile che non'. In buona sostanza, i provvedimenti inibitori oggetto dei *civil remedies* previsti dal *RICO Act* non consistono in comportamenti per i quali il soggetto è stato sottoposto a condanna penale, ma in atti o fatti per i quali potrebbe esserlo⁸⁷.

83 Nel Regno Unito, i *Deferred Prosecution Agreements (DPAs)*, introdotti dal *Crime and Courts Act 2013*, permettono al pubblico ministero e all'ente collettivo di definire un piano di ristrutturazione, di adozione di modelli organizzativi più robusti e di cooperazione con le autorità di controllo. L'accordo, validato dal giudice, sospende l'azione penale e, in caso di adempimento, ne determina l'estinzione, favorendo un percorso di riallineamento dell'impresa agli *standard* di legalità senza incidere in modo immediato e irreversibile sulla sua capacità operativa.

84 C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario 'volontario': una moderna 'messa alla prova' aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 11 ss.

85 F. PIEMONTESE, *Preventing and Fighting Organized Crime and Mafia Type Infiltration: The Italian Anti-Mafia Information Model Compared with US Civil RICO*, in *The Italian Law Journal*, 2022, 2, 659 ss.

86 La legge fa parte dello U.S. Code, Titolo 18, Parte I, Capitolo 96, §§ 1961-1968.

87 Va a ogni buon conto sottolineata una differenza di fondo tra i due ordinamenti. Mentre ai sensi dell'art. 85, comma 2, del d.lgs. n. 159/2011 la normativa italiana si applica ad associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, la sezione 1961 dello U.S. Code, prevede che può essere considerata impresa «qualsiasi individuo, accordo di partnership, società, associazione o altra entità giuridica e qualsiasi unione o gruppo di individui associati di fatto, sebbene non costituenti un'entità giuridica». Contrariamente a quanto previsto dal codice antimafia italiano, negli States possono essere considerate imprese tanto le società, le associazioni e le altre 'persone giuridiche', quanto le 'imprese di fatto', anche se non legalmente riconosciute. Questo ampio concetto di 'impresa' ai sensi del *Rico Act*,

Alcune misure adottate, nel tempo, dalla Corte americana ricalcano, per certi versi, anche l'istituto di cui all'art. 34 del codice antimafia in tema di amministrazione giudiziaria delle imprese, ove si verifica una forma di 'spossessamento gestorio' dell'impresa in favore dell'amministratore giudiziario nominato dal tribunale. In altri casi – in modo molto simile al contesto italiano derivante dall'applicazione della misura del controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 – la Corte ha permesso ai componenti degli organi di amministrazione dell'organizzazione di essere affiancati da ufficiali giudiziari (*court officers*) per riorganizzare la struttura amministrativa compromessa da presunte infiltrazioni mafiose⁸⁸.

Il confronto con l'esperienza oltreoceano propone comunque spunti di riflessione sulle prospettive dell'analogia legislazione a livello europeo.

Nonostante il modello italiano sia riconducibile al diritto amministrativo e quello statunitense sia basato sui rimedi civili, entrambi gli strumenti, per la loro natura afflittiva non possono esimersi dal rispetto di principi e regole propri della *matière pénale*, in ragione del loro contenuto intrinsecamente punitivo.

Alla luce della predetta impostazione sovranazionale e comparata, emerge come anche il modello italiano, pur collocandosi nel contesto della prevenzione amministrativa, si debba confrontare con le tensioni tipiche del diritto penale, quali il rispetto dei principi di legalità sostanziale, di proporzionalità e di controllo giurisdizionale pieno, in quanto l'efficacia preventiva di una sanzione non può giungere a giustificare una compressione indiscriminata dei diritti.

In questo senso, la pronuncia della Corte EDU, citata a più riprese, costituisce un paradigma interpretativo essenziale, poiché richiama – per tutti i provvedimenti interdittivi adottati negli stati membri, comunque denominati – il rispetto della tutela dei diritti fondamentali⁸⁹, sottolineando come la protezione individuale non possa essere sacrificata sull'altare dell'urgenza preventiva⁹⁰.

Il controllo giudiziario volontario previsto dall'art. 34-*bis* del D.Lgs. n. 159/2011 integra ulteriormente questa prospettiva, proponendo l'introduzione un modello

senza distinzione tra l'altro tra enti pubblici e privati, ha condotto gli uffici del procuratore generale a poter applicare tale norma anche nei confronti di agenzie governative statali e locali.

88 Ci si riferisce al caso Local 560, 581 F. Supp. § 326, e al caso IBT (*International Brotherhood of Teamsters*), descritti da F. PIEMONTESE, *Preventing*, cit., 674.

89 J. P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019, 1 ss.

90 La Corte ha affermato che le misure preventive devono garantire: a) determinazione chiara dei presupposti e prevedibilità della norma; b) proporzionalità rispetto all'intensità del rischio; c) trasparenza motivazionale; d) possibilità di sindacato giurisdizionale pieno, con esame sostanziale degli elementi indiziari. Tali requisiti, tipici del diritto penale, trovano applicazione anche nei procedimenti amministrativi con effetti afflittivi, sottolineando come la forma non possa prevalere sulla sostanza. In generale, poi, quanto alle forme di 'confisca senza condanna' diffuse in Europa, cfr. J. P. RUI, U. SIEBER, *Non-Conviction Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, 2015, 1 ss.

graduale di prevenzione, in grado di contemperare la funzione deterrente e repressiva con la continuità economica, evitando, in assenza di adeguate tutele, l'ablazione automatica dei beni o delle capacità imprenditoriali.

In questa cornice comparata, anche il parallelismo con il modello delineato dal d.lgs. 231/2001 consente di reinterpretare l'esperienza italiana delle interdittive antimafia alla luce delle più moderne strategie europee e transnazionali di prevenzione del rischio criminale⁹¹. Così come gli ordinamenti stranieri, attraverso strumenti quali la *Convention judiciaire d'intérêt public* francese, i *Deferred Prosecution Agreements* britannici e nordamericani o i rimedi civili previsti dal RICO statunitense, tendono a sostituire la logica espulsiva con percorsi di conformità negoziata, allo stesso modo il sistema italiano mostra oggi la capacità di affrancarsi da un paradigma meramente sanzionatorio per avvicinarsi a un modello cooperativo di bonifica organizzativa. L'introduzione del controllo giudiziario volontario, infatti, riproduce quella stessa architettura prospettica e rimediale che caratterizza le forme più avanzate di prevenzione 'orientata al futuro' presenti nelle esperienze europee e anglosassoni: un modello che non si limita ad accertare la compromissione dell'impresa, ma verifica la sua idoneità a riorganizzarsi, a implementare processi di *self-cleaning* e a incorporare *standard* di integrità strutturale.

In questa prospettiva, la 231 diviene il punto di contatto metodologico tra gli strumenti domestici e i meccanismi comparati: come avviene per i modelli organizzativi nella responsabilità da reato degli enti, anche nelle interdittive il giudizio prognostico non mira a cristallizzare la colpevolezza dell'impresa, bensì a verificarne la capacità di trasformare la propria struttura interna per prevenire nuovi rischi. È questa la logica che la Corte EDU ha riconosciuto come condizione imprescindibile di legittimità nelle misure preventive a effetto incisivo: la necessità che ogni compressione della libertà economica sia bilanciata dalla possibilità effettiva di percorsi alternativi, reversibili, partecipativi e sottoposti al controllo giurisdizionale. Ed è proprio sulla base di tali criteri sovranazionali – legalità sostanziale, proporzionalità e sindacato pieno – che il sistema italiano può oggi candidarsi a un ruolo di laboratorio avanzato nella costruzione di un modello europeo di prevenzione 'smart', meno centrato sull'interdizione e maggiormente orientato al recupero dell'impresa come attore responsabile del mercato.

La convergenza tra interdittive graduabili, controllo giudiziario volontario e strumenti di *self-cleaning* mutuati dalla logica 231 consente quindi di chiudere il cerchio comparatistico: laddove altri ordinamenti ricorrono a modelli negoziali per evitare l'espulsione automatica dell'impresa dal mercato, l'Italia può sviluppare un paradigma che coniuga la tempestività dell'intervento amministrativo con la razionalità correttiva e produttiva del controllo giudiziario. Si realizza così un equilibrio inedito tra prevenzione e continuità economica, nel quale l'efficacia dell'azione antimafia non è misurata solo dalla capacità di interrompere rapporti a rischio, ma dalla possibilità di ricondurre l'impresa entro un alveo di legalità sistemica⁹².

91 C. VISCONTI, *Il controllo*, cit., 10 ss.

92 C. VISCONTI, *Il controllo*, cit., 15-16.

In conclusione, il raffronto europeo e transnazionale mostra che la sfida del futuro non consiste nel rendere le interdittive più severe, bensì ‘più intelligenti’: capaci di distinguere tra infiltrazione e vulnerabilità, di valorizzare la collaborazione dell’impresa, di integrare strumenti di monitoraggio e di garantire che la prevenzione non si traduca in una sanzione occulta. È in questa direzione – al crocevia tra diritto amministrativo, modello 231 e *standard* CEDU – che il sistema italiano può diventare un ‘modello virtuoso’, trasformando la risposta alle infiltrazioni mafiose in una politica pubblica orientata non alla mera espulsione, ma alla rigenerazione delle condizioni di legalità nel mercato.

8. *Considerazioni conclusive.*

Si è potuto osservare come l’evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di interdittive antimafia e, in generale, sulle misure amministrative preventive a funzione repressiva mostri una tensione costante tra le esigenze di prevenzione e quelle di tutela dei diritti fondamentali.

L’analisi condotta evidenzia, infatti, una progressiva armonizzazione della disciplina, orientata verso modelli gradualisti e collaborativi, come il controllo giudiziario volontario, caratterizzati dalla necessità di una progressiva integrazione tra le tutele proprie del diritto amministrativo e i principi del diritto penale.

È pur vero che molte questioni restano tuttora aperte: ancorché le riforme intervenute possano dirsi tendenzialmente conformi al principio di proporzionalità e agli scopi perseguiti di evitare infiltrazioni mafiose nel circuito economico, lasciano spazio a residui dubbi interpretativi e ai profili di incostituzionalità, a cui si è accennato⁹³.

In ogni caso appare confermata e imprescindibile la necessità di ‘riconcettualizzare’ le interdittive come ‘strumenti ibridi’, con forte matrice preventiva ma, al tempo stesso, integrati da garanzie procedimentali analoghe a quelle proprie del diritto penale, in grado di combinarne la funzione sostanzialmente repressiva, senza per questo giungere a ‘omologarne’ la componente amministrativa con quella penale. Si tratta evidentemente di una sfida complessa e rilevante, specie per l’Italia, su cui si basa il futuro della prevenzione antimafia.

La piena attuazione dei principi di proporzionalità, trasparenza e controllo giurisdizionale – pur ‘attenuato’ – costituisce, in definitiva, il presupposto per un modello equilibrato, efficace e compatibile con i principi costituzionali e con le garanzie europee.

In questa prospettiva, le interdittive potranno costituire un terreno privilegiato di dialogo tra diritto amministrativo e diritto penale, ove la prevenzione non è più pura anticipazione del rischio, ma si intreccia con logiche afflittive, deterrenti e correttive, richiamando l’applicabilità dei principi penali alla valutazione dei presupposti, alla

93 M. DE GREGORIO, *Le recenti riforme della disciplina delle interdittive antimafia ed i perduranti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Diritto e procedura penale*, 2025, 1 ss.

modulazione della misura e alla tutela giurisdizionale. A partire dall'applicazione degli *Engel criteria*, l'equilibrio tra efficienza preventiva e rispetto dei diritti individuali potrà quindi rappresentare il criterio cardine per un modello di prevenzione antimafia costituzionalmente compatibile e conforme agli *standard* europei, in cui la repressione delle infiltrazioni criminali nel settore economico convive con la protezione della continuità imprenditoriale, della libertà economica e della sicurezza giuridica.

In definitiva, il futuro della prevenzione antimafia sembra orientarsi verso un paradigma integrato e più maturo, nel quale la funzione preventiva convive con una componente afflittiva non eludibile, ma disciplinata da criteri di trasparenza, proporzionalità, reversibilità e pieno sindacato giurisdizionale. Ne emerge un modello avanzato, capace di bilanciare esigenze collettive di legalità e garanzie individuali, e di dare forma a una 'giustizia preventiva' dotata di strumenti e limiti chiari, che segna una frontiera innovativa nell'evoluzione del diritto amministrativo europeo⁹⁴.

Affinché l'interdittiva possa preservare la propria legittimazione costituzionale, essa dovrà quindi operare entro confini rigorosamente definiti, che non si esauriscono nella mera osservanza della legge formale, ma si estendono al rispetto dei criteri sostanziali, volti a presidiare ogni compressione dei diritti fondamentali. Da ciò deriva che il controllo giudiziario sull'operato prefettizio non assume un ruolo meramente accessorio, ma costituisce un elemento strutturale del sistema di garanzie: il giudice amministrativo è infatti investito della responsabilità di assicurare la piena operatività di un doppio binario di tassatività, sostanziale e procedurale. In assenza di tale presidio, l'interdittiva rischierebbe di cadere in una condizione di sostanziale indeterminatezza, incompatibile sia con la libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost., sia con i principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

In tale prospettiva, l'interdittiva antimafia potrà essere reinterpretata come un autentico '*tertium genus*' all'interno del panorama delle misure preventive: uno strumento che, pur formalmente amministrativo, si colloca in una posizione intermedia tra prevenzione e repressione. La sua struttura concettuale si fonda infatti sulla valutazione prognostica del rischio di coinvolgimento in illeciti, richiamando, sotto un profilo metodologico e teleologico, logiche analoghe a quelle proprie della responsabilità amministrativa degli enti delineata dal D.Lgs. 231/2001⁹⁵.

In questo quadro, il recupero di una rigorosa legalità appare quanto mai indispensabile, sia per restituire al paradigma preventivo una più solida razionalità di scopo, sia per evitare derive applicative che potrebbero produrre una pericolosa dissociazione tra

94 Sul tema del rapporto tra garanzie penalistiche e sanzioni amministrative, senza omologare i due tipi di illeciti, cfr. le considerazioni di F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 4, 1 ss. Sullo stesso tema, più recentemente, C. D'ORAZIO, *Sanzioni amministrative sostanzialmente penali: è davvero la svolta?*, in *Rivista giuridica ambiente e diritto*, 2022, 1, 1-39.

95 C. VISCONTI, *Il controllo*, cit., 10-11; sul ruolo della *compliance* nel contesto del controllo giudiziario, si rimanda anche a M. COLACURCI, *Evoluzioni e divergenze della compliance riparatoria nel sistema di responsabilità da reato degli enti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2025, I-II, 202 ss.

finalità dichiarate e pratiche operative. È necessario, infatti, scongiurare il rischio che l'intervento pubblico nella sfera dell'impresa sfoci in forme di controllo eccessivamente discrezionali o, peggio, arbitrarie; allo stesso tempo, occorre garantire trasparenza, prevedibilità e coerenza tra gli obiettivi normativi e gli effetti concreti delle misure. Solo così il sistema potrà essere percepito non come un'ingerenza indebita nelle scelte gestionali, ma come uno strumento solidaristico di 'rilegalizzazione', volto a preservare l'impresa da fenomeni di contaminazione criminale⁹⁶.

Un simile inquadramento consentirebbe di interpretare le interdittive come strumenti di tutela collettiva che devono mantenersi proporzionati al comportamento effettivo dell'ente e compatibili con le garanzie fondamentali riconosciute in materia penale. L'applicazione di criteri quali proporzionalità, tassatività, necessità e ragionevolezza permette di attribuire alla misura una dimensione afflittiva reale, senza però smarrire la sua natura amministrativa, traducendo in concreto – nella gestione del rischio di infiltrazione mafiosa – i principi propri del diritto penale sostanziale.

Ne deriva una configurazione dell'interdittiva come dispositivo amministrativo a matrice sostanzialmente penale: una misura in cui la funzione preventiva non si esaurisce nella mera anticipazione del rischio, ma si intreccia con logiche di deterrenza indiretta, riorganizzazione dell'impresa e protezione del mercato. La sua natura ibrida consente non solo di perseguire esigenze di sicurezza economica e integrità dei rapporti contrattuali, ma anche di delineare una frontiera avanzata di integrazione tra diritto amministrativo e principi penalistici, dando vita a un modello di 'giustizia preventiva sostanzialmente penale' capace di coniugare efficacia e garanzie.

Invero, è proprio nel cuore dell'ambiguità cui si è fatto cenno, propria di questo particolare provvedimento, che si colloca il nodo più sensibile dell'intero sistema: in un ordinamento che si proclama fondato sul principio di legalità, la prevenzione amministrativa non può trasformarsi né in un meccanismo di reazione istintiva a qualsivoglia timore o sospetto, né in un apparato permeato da logiche emergenziali, proprie di un 'diritto della paura' e del sospetto⁹⁷.

⁹⁶ M. ARBOTTI, *Interdittive*, cit., 305.

⁹⁷ A.M. SPECIALE, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, 33. Per una riflessione sulla natura punitiva delle c.d. 'pene del sospetto', cfr. F. P. LASALVIA, *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Roma, 2022, 51 ss.

ABSTRACT: Il presente contributo analizza le interdittive antimafia come strumenti amministrativi dotati di ‘rilevanza sostanzialmente penale’, collocandosi al crocevia tra diritto amministrativo e diritto penale. L’articolo esplora la duplice natura di tali misure: formalmente preventive, ma effettivamente afflittive, capaci di incidere in modo duraturo sulla libertà di iniziativa economica e sulla continuità aziendale. Attraverso un approccio integrato, si evidenziano le tensioni tra la funzione repressiva e deterrente delle interdittive e la necessità di salvaguardare i diritti fondamentali, quali il giusto processo, la proporzionalità dell’intervento e la trasparenza motivazionale. L’analisi si sviluppa altresì sul piano comparatistico, mettendo a confronto il modello italiano con esperienze europee e internazionali, e valorizza una prospettiva di tutela integrata dei diritti, in cui garanzie procedimentali ispirate al diritto penale si intrecciano con strumenti amministrativi graduabili e collaborativi, richiamando la logica della responsabilità degli enti *ex* d.lgs. 231/2001. Il lavoro sostiene che la piena efficacia della prevenzione antimafia non possa prescindere dall’adozione di un paradigma ‘ibrido’, ma bilanciato, in cui la repressione del rischio mafioso convive con la protezione dei diritti individuali e la continuità economica, delineando così una prospettiva evoluta di integrazione tra diritto penale, diritto amministrativo e *standard* europei di tutela dei diritti.

PAROLE CHIAVE: Interdittive antimafia – Principi penali e misure di prevenzione – Tutela integrata dei diritti – Diritto europeo – *Compliance* 231 – Prevenzione Antimafia e continuità aziendale.

IL GOVERNO DELLE IMPRESE FINANZIARIE ALLA PROVA DELL'INTELLIGENZA
ARTIFICIALE: RIFLESSIONI SUL 'ROBO-AMMINISTRATORE'

SOMMARIO: 1. Il 'robo-amministratore' nelle imprese finanziarie: oggetto e obiettivi dell'indagine. – 2. Gli ostacoli alla nomina di un robo-amministratore: i requisiti di idoneità alla carica e, in particolare, il rinvio alle cause di ineleggibilità e decadenza di cui all'art. 2382 c.c. – 2.1. Segue: il problema della (in)capacità giuridica e della (in)capacità di agire dell'intelligenza artificiale. – 2.2. La (ir)responsabilità dell'intelligenza artificiale. – 3. Riflessioni conclusive sull'impossibilità di nominare un robo-amministratore se non a seguito di una riforma normativa. I limiti costituzionali a tale riforma e il principio della sana e prudente gestione.

1. Il 'robo-amministratore' nelle imprese finanziarie: oggetto e obiettivi dell'indagine.

Le riflessioni che seguiranno mirano ad approfondire se e, nel caso, in che termini un sistema di intelligenza artificiale possa essere impiegato per governare un'impresa finanziaria¹ e, più precisamente, se esso possa essere nominato amministratore della medesima². Si tratta di ipotesi che, a una prima impressione, potrebbero essere considerate avveniristiche ma che, nondimeno, sembrano meritevoli di riflessione considerata la rapida evoluzione della tecnologia in questione. E invero, all'estero, alcune prime sperimentazioni sulla nomina di un 'robo-amministratore' sono avvenute già nel

1 Sia consentito utilizzare questa espressione, invero a-tecnica, per fare riferimento a tutte quelle imprese operanti nei mercati finanziari e, pertanto, soggette a vigilanza pubblica, ossia banche, imprese assicurative, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio, istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica e intermediari finanziari di cui all'art. 106 del Testo unico bancario, etc.

2 Per una prima indagine sul problema, si v. spec. F. MÖSLEIN, *Robots in the boardroom: Artificial intelligence and corporate law*, in *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, a cura di W. Barfield e U. Pagallo, Cheltenham, 2018, 649 ss.; G. SCARCHILLO, *Corporate governance e intelligenza artificiale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 881 ss.; G.D. MOSCO, *Roboboard. L'intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in *An. giur. econ.*, 2019, 274 ss.; N. ABRIANI e G. SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT, Corporate governance e corporate social responsibility*, in *Riv. soc.*, 2020, spec. 1365 ss.; ID., *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corpotech*, Bologna, 2021, 197 ss.; U. TOMBARI, *Intelligenza artificiale e corporate governance nella società quotata*, in *Riv. soc.*, 2021, 1438 ss.; C. PICCIAU, *Intelligenza artificiale, scelte gestorie e organizzazione delle società per azioni*, in *Nuovo dir. soc.*, 2022, 1253 ss.; M. CIAN, *Intelligenza artificiale e funzionamento degli organi sociali*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, a cura di N. Abriani e R. Costi, Milano, 2023; C. SANDEI, *Intelligenza artificiale e funzionamento degli organi sociali: autonomia e vincoli*, *ivi*, 157 ss.; e M.L. MONTAGNANI, *Roboboard e robocompanies*, *ivi*, 167 ss. Per quanto riguarda l'ipotesi simile della nomina di un sistema di intelligenza artificiale quale membro dell'organo di controllo, si v. F. SPORTA CAPUTI, *Artificial Intelligence (AI) ed organo di controllo della S.p.A.: sui limiti strutturali e funzionali all'adozione di sistemi di c.d. AI autonomous*, in *Nuovo dir. soc.*, 2024, 589 ss.

2014, quando l'impresa d'investimento hongkonghese Deep Knowledge Ventures comunicò al mercato di aver inserito all'interno del proprio consiglio d'amministrazione il sistema VITAL, acronimo di *'Validating investment tool for advancing life sciences'*³.

A dire il vero, stando al diritto di Hong Kong, VITAL non era propriamente un consigliere con diritto di voto ma un mero osservatore, interrogato di volta in volta dagli amministratori persone fisiche su determinate questioni come, ad esempio, alcune scelte d'investimento⁴. Nondimeno, gli interrogativi che esso ha posto sono molteplici e non possono essere ignorati per la sola ragione che ai fatti, così come riportati da diverse testate giornalistiche, non corrispondeva la realtà giuridica. Interrogativi che, in tempi più recenti, sono alimentati dalle sempre più frequenti presentazioni di robot umanoidi 'tuttofare' da parte di Tesla e di altre imprese concorrenti⁵ e che, invero, trascendono l'ambito strettamente giuridico del tema che qui ci occupa (*i.e.*, se l'intelligenza artificiale possa amministrare un'impresa finanziaria) per coinvolgere inevitabilmente anche quello filosofico. Viene da chiedersi, infatti, se al sistema di intelligenza artificiale possa essere riconosciuta una qualche forma di personalità⁶ e se, in futuro, uomini e robot potranno convivere pacificamente⁷.

3 Si v. R. WILE, *A venture capital firm just named an algorithm to its board of directors. Here's what it actually does*, 13 maggio 2014, consultabile sul sito *web* di Business Insider; M. LETIZIA, *Intelligenza artificiale, un computer nel c.d.a. di una società d'investimenti*, 28 maggio 2014, consultabile sul sito *web* del Corriere della Sera; e L. BENFATTO, *Il dominio della matematica dove non te l'aspetti. Sette algoritmi che comandano la nostra vita*, 25 giugno 2014, consultabile sul sito *web* de Il Sole 24 Ore.

4 A riguardo, si v. i rilievi di F. MÖSLEIN, *Robots*, cit., 649 s.

5 Per alcuni esempi, si v. A. CAFFO, *La corsa degli umanoidi entra nel vivo, è già un mercato miliardario*, 23 giugno 2025, consultabile sul sito *web* de Il Sole 24 Ore.

6 Sul punto, si v. le riflessioni di R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, *Legal personhood in the age of artificially intelligent robots*, in *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, a cura di W. Barfield e U. Pagallo, cit., 213 ss.; P. MORO, *Macchine come noi. Natura e limiti della soggettività robotica*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020, 45 ss.; *Id.*, *Persona elettronica. Una finzione giuridica per l'intelligenza artificiale*, in *Invocervo*, 2024, 372 ss.; U. RUFFOLO, *Il problema della "personalità elettronica"*, in *J. of ethics and legal tech.*, 2020, 75 ss.; M. FARINA, *Brevi riflessioni sullo status delle "persone elettroniche"*, in *Invocervo*, 2021, 106 ss.; E. FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Napoli, 2023, 97 ss.; ed E. BRAMBILLA, *Lo statuto del robot fra personalità e responsabilità giuridica*, in *Cyberspazio e dir.*, 2024, 177 ss. In arg., si v. anche N. ABRIANI e G. SCHNEIDER, *Diritto*, cit., 46 ss.

7 Si tratta di riflessioni presenti già nella prima opera in cui la parola 'robot' ha acquisito il suo significato attuale, ossia nel dramma teatrale *'R.U.R.'* (acronimo di *'Rossumovi Univerzální Roboti'*) scritto da Karel Čapek e pubblicato nel 1920, in cui per l'appunto i robot finiscono con il ribellarsi e dichiarare guerra al genere umano. Si v. K. ČAPEK, *R.U.R. Rossum's Universal Robots*, a cura di A. Catalano, Venezia, 2015.

2. *Gli ostacoli alla nomina di un robo-amministratore: i requisiti di idoneità alla carica e, in particolare, il rinvio alle cause di ineleggibilità e decadenza di cui all'art. 2382 c.c.*

Venendo più nello specifico al tema oggetto dell'indagine, giova anticipare che il nostro ordinamento pone diversi ostacoli alla nomina di un robo-amministratore. Il primo di questi è dato dalla disciplina dei requisiti di idoneità che gli amministratori delle imprese finanziarie devono soddisfare per assumere e svolgere il proprio incarico e che è contenuta agli artt. 26 del Testo unico bancario, 13 del Testo unico della finanza, 76 del Codice delle assicurazioni private e nei relativi decreti attuativi: considerati gli interessi pubblici sottesi all'amministrazione delle imprese di cui si discute, il legislatore ha previsto che gli esponenti aziendali delle medesime – inclusi gli amministratori – debbano soddisfare rigorosi requisiti di onorabilità, professionalità, competenza, correttezza, indipendenza di giudizio e *time commitment*⁸, pena l'impossibilità di assumere la carica o la decadenza dalla stessa laddove già assunta.

A tal fine, a titolo esemplificativo, è richiesto che l'amministratore non abbia riportato condanne per determinati reati, che possieda adeguate conoscenze teoriche ed esperienza pratica in relazione al settore bancario, finanziario od assicurativo, che sia in grado di dedicare il tempo necessario all'espletamento dell'incarico, *etc.* All'evidenza, i requisiti citati sono concepiti avendo a riferimento un essere umano⁹ e ciò vale anche per quel che concerne la composizione dell'organo amministrativo nel suo insieme, essendo necessaria un'adeguata diversificazione dei suoi membri – in termini di età e di genere, oltre che, ovviamente, di competenze – di modo da alimentare il confronto e

8 Si v. il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze n. 169 del 23 novembre 2020, recante un *Regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche, degli intermediari finanziari, dei confidi, degli istituti di moneta elettronica, degli istituti di pagamento e dei sistemi di garanzia dei depositanti*, emanato in forza della delega contenuta all'art. 26 t.u.b.; il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze n. 468 dell'11 novembre 1998, recante il *Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di professionalità e di onorabilità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso s.i.m., società di gestione del risparmio e s.i.c.a.n.*, emanato in forza della delega contenuta all'art. 13 t.u.f.; e il decreto del Ministero dello sviluppo economico n. 88 del 2 maggio 2022, recante il *Regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali e di coloro che svolgono funzioni fondamentali*, in forza della delega contenuta all'art. 76 c.a.p. In generale, sui requisiti di idoneità degli amministratori delle imprese finanziarie per come disciplinati dagli articoli appena richiamati e dalle relative disposizioni attuative, si v. rispettivamente E. DE LILLO, sub art. 26, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*⁴, diretto da F. Capriglione, I, Padova, 2018, 267 ss.; G. ALFANO, *Fit & proper nel governo delle banche. Idoneità individuale e adeguatezza collettiva nella prospettiva della diversity degli esponenti*, Bari, 2023, 61 ss.; I. GIRARDI e G. NUZZO, sub art. 26, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa ed A. Mirone, I, Torino, 2024, 213 ss.; F. POLISI, sub art. 13, ne *Il testo unico della finanza*, I, a cura di M. FRATINI e G. GASPARRI, Torino, 2012, 283 ss.; P. VALENSISE, sub art. 76, ne *Il Codice delle assicurazioni private*, diretto da F. Capriglione, I, 2, Padova, 2007, 189 ss.; e G.C. CORVESE, *I requisiti e i criteri di idoneità degli esponenti aziendali e dei titolari di funzioni fondamentali di imprese di assicurazione e riassicurazione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2023, II, 69 ss.

9 Sul punto, si v. M. CIAN, *Intelligenza*, cit., 155 s.

la dialettica interna e così favorire l'emersione di una pluralità di approcci e prospettive nell'analisi dei temi e nell'assunzione di decisioni¹⁰.

Ai fini della presente indagine, tra i requisiti di idoneità e, in particolare, tra quelli di onorabilità, assume particolare rilievo il rinvio all'art. 2382 c.c.¹¹, ai sensi del quale «Non può essere nominato amministratore, e se nominato decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi»¹². Com'è noto, la disposizione citata individua le cause di ineleggibilità e di decadenza degli amministratori delle sole società per azioni, non essendo invece applicabile – salvo diversa previsione statutaria – alle società a responsabilità limitata, in quanto la disciplina di queste, a seguito della riforma apportata dal decreto legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003, non rinvia più all'art. 2382 c.c. come faceva il previgente art. 2487 né contempla tali cause in un'altra previsione¹³. Invero, quanto appena detto vale

10 Così dispone, per le banche, gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b., gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica, l'art. 11, comma 1, del d.m. n. 169/2020, e, similmente, per le imprese assicurative, l'art. 10, comma 1, del d.m. n. 88/2022. Una previsione analoga manca nel d.m. n. 468/1998 relativo a s.i.m., s.g.r. e s.i.c.a.v. ma, a ben vedere, la regola appena richiamata può ben essere ricavata dal più generale principio di sana e prudente gestione cui tali imprese devono certamente ispirarsi nella propria organizzazione interna. Sulla portata di tale principio, si v. recentemente le riflessioni di M. DE POLI, *Sana e prudente gestione delle imprese finanziarie*, in *Le clausole generali nel diritto dell'economia*, a cura di R. Lener, A. Sciarrone Alibrandi, M. Rabiti e F. Sartori, Torino, 2024, 57 ss.; e F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della "sana e prudente gestione"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 131 ss.

11 «Non possono essere ricoperti incarichi da coloro che: a) si trovano in stato di interdizione legale ovvero in un'altra delle situazioni previste dall'art. 2382 c.c. [...]». Così dispone l'art. 3, comma 1, lett. a), del d.m. n. 169/2020; e, similmente, anche l'art. 3, comma 1, lett. a), del d.m. n. 468/1998; e l'art. 3, comma 1, lett. a), del d.m. n. 88/2022.

12 Per un primo approfondimento sulla previsione citata, si v. G.D. MOSCO, sub *artt. 2382-2383*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini ed A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 602 ss.; P. RAINELLI, sub *art. 2382*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, I, Bologna, 2004 (rist. 2008), 684 s.; M. LANDINI, sub *artt. 2382-2383*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 685 ss.; A. SIRONI, sub *art. 2382*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, *Amministratori*, Milano, 2005, 131 ss.; M. FRANZONI, *Società per azioni*, III.1 *Artt. 2380-2396*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2008, 115 ss.; N. ABRIANI e P. MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO e P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 569 ss.; M. AIELLO, *Gli amministratori di società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVI, 6, Torino, 2013, 1 ss.; e P.M. SANFILIPPO e D. ARCIDIACONO, *Il rapporto di amministrazione: costituzione e cause di cessazione*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, II, Torino, 2022, 1784 ss.

13 In tal senso, al § 1.2 dei motivi, Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2013, n. 18904, ined. ma consultabile attraverso le banche dati *DeJure* e *OneLegale*, nonché Trib. Vicenza, sez. II, 7 agosto 2020, anch'essa ined. ma consultabile attraverso la banca dati *DeJure*; e Cass. civ., sez. I, 16 settembre 2021, n. 25050, in *Società*, 2022, 165 ss., con nota di G. FAUCEGLIA, *Brevi riflessioni sull'inapplicabilità dell'art. 2382 c.c. alla società a responsabilità limitata*, 169 ss. *Contra*, si v. Trib. Roma, 23 gennaio 2018, n. 523, ined. ma consultabile attraverso la banca dati *DeJure*, secondo cui la previsione di cui all'art. 2382 c.c. sarebbe «volta a tutelare non solo i soci, ma anche i creditori e i terzi che vengono in contatto con la società: [...] la tutela del patrimonio

per le sole imprese comuni, mentre per quelle finanziarie, di cui qui ci si occupa, la disposizione in commento è applicabile anche a quelle costituite in forma di società a responsabilità limitata, proprio in forza del rinvio operato dalle citate disposizioni attuative degli artt. 26 t.u.b., 13 t.u.f. e 76 c.a.p.

2.1. *Segue: il problema della (in)capacità giuridica e della (in)capacità di agire dell'intelligenza artificiale.*

Ciò premesso, il richiamo all'art. 2382 c.c. implica che l'amministratore debba necessariamente essere in possesso della capacità di agire¹⁴ e, quindi, anche di quella giuridica: pertanto, un soggetto, per assumere la carica di amministratore, deve essere una persona fisica (quindi, un essere umano)¹⁵ oppure una persona giuridica¹⁶. Nonostante

sociale richiede anche nelle società a responsabilità limitata l'assenza in capo agli amministratori di situazioni, quali l'interdizione, l'inabilitazione, le condanne in sede penale, idonee ad incidere negativamente sulla capacità e onorabilità di coloro ai quali è affidata la funzione gestoria. In altre parole, l'art. 2382 c.c. esprime una regola di tutela dei terzi a valenza generale, in quanto le indicate esigenze di tutela si manifestano in modo analogo a prescindere dal tipo sociale adottato in sede di costituzione della società. [...] La circostanza che la norma ricavabile dall'art. 2382 c.c. esprima una regola generale porta conduce necessariamente alla sua applicabilità anche alle società a responsabilità limitata». Di questo avviso, in dottrina, è anche G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, *Artt. 2475-2483*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2020, 946 s., il quale suggerisce una interpretazione analogica dell'art. 2382 c.c. anche alle società a responsabilità limitata.

14 E infatti in dottrina è stato condivisibilmente precisato che anche la minore età, pur non espressamente menzionata dall'art. 2382 c.c., impedisca l'assunzione della carica di amministratore: a riguardo, si v. A. SIRONI, sub *art. 2382*, cit., 131; M. AIELLO, *Gli amministratori*, cit., 12; e P.M. SANFILIPPO e D. ARCIDIACONO, *Il rapporto*, cit., 1784.

15 Sull'equivalenza dei concetti di 'persona fisica' e 'essere umano' (almeno, nel nostro ordinamento) e sulla portata del primo, si v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966 (rist. 2012), 23 ss.; M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 193 ss.; A. PIZZORUSSO, sub *artt. 1-4*, in Id., R. ROMBOLI, U. BRECCIA e A. DE VITA, *Personae fisiche. Artt. 1-10*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 1 ss.; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*², diretto da P. Rescigno, I, 2, Torino, 1990 (rist. 2008), 3 ss. e spec. 24 ss.; C.M. MAZZONI, voce *Persona fisica*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, IV, Torino, 1995 (rist. 2008), 379 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*², I, Milano, 2002, 136 ss.; F. GIARDINA, *La persona fisica*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, I, 1, Milano, 2009, 251 ss.; G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche. Artt. 1-10*, in *Il Codice civile. Commentario*², fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013, 230 ss.; C.M. MAZZONI e M. PICCINI, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016, 3 ss.; e G. ALPA e G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, I, in *Trattato di diritto civile*², diretto da R. Sacco, Torino, 2019, 3 ss.

16 La prassi notarile, seguita dalla giurisprudenza, ha da tempo riconosciuto «la possibilità di nominare alla carica di amministratore una o più persone giuridiche o enti diverse dalle persone fisiche ('amministratore persona giuridica'), salvi i limiti o i requisiti derivanti da specifiche disposizioni di legge per determinate tipologie di società», con la precisazione che «ogni amministratore persona giuridica deve designare, per l'esercizio della funzione di amministratore, un rappresentante persona fisica appartenente alla propria organizzazione». Così, la massima n. 100 del 18 maggio 2007 della Commissione società presso il Consiglio notarile di Milano, consultabile presso il sito *web* del medesimo. Per la giurisprudenza, si v. Trib. Milano, sez. VIII, 27 febbraio 2012, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 734 ss. e spec. 736, con nota di T. MARSILI,

la tecnologia di cui si discute si fregi di un attributo che è proprio dell'uomo, ossia l'intelligenza, ad oggi l'ordinamento non le attribuisce alcuna forma di personalità, con la conseguenza che essa non è dotata di capacità giuridica né di capacità di agire. Invero, va segnalato come nel 2017, il Parlamento europeo avesse invitato la Commissione «a esplorare, esaminare e valutare [...] l'istituzione di uno *status* giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi»¹⁷. Tuttavia, guardando alla proposta avanzata dalla Commissione il 28 settembre 2022 per l'emanazione di una direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale, poi ritirata nel 2025¹⁸, nonché al principale atto normativo che oggi si occupa dei sistemi di intelligenza artificiale, ossia il regolamento 2024/1689/UE (il c.d. '*AI Act*')¹⁹, l'invito del Parlamento europeo non ha avuto seguito alcuno.

Come detto, nessuna forma di personalità è attribuita dall'*AI Act* al sistema di intelligenza artificiale, il quale è definito dall'art. 3, pt. 1), come «un sistema automatizzato

Amministratore di fatto persona giuridica vs. *attività di direzione e coordinamento*, 741 ss.; Trib. Milano, sez. spec., 27 marzo 2017, n. 3545, in *Giur. comm.*, 2018, II, 890 ss. e spec. 893 s., con nota di G. PESCATORE, *Ammissibilità dell'amministratore persona giuridica tra conferme e problemi interpretativi*, 897 ss.; e Trib. Roma, 1° giugno 2020, n. 4339, ined. ma consultabile sul sito web www.dirittoabancario.it, con nota di L.S. LENTINI, *Persona giuridica amministratore e designazione del rappresentante persona fisica*. Sul tema, si v. altresì G. PESCATORE, *L'amministratore persona giuridica*, Milano, 2012, 1 ss. e spec. 35 ss.; K. MARTUCCI, *L'amministratore persona giuridica*, in *Trattato delle società*, II, diretto da V. Donativi, cit., 1830 ss.; e G. GALLUCCIO, *Persona giuridica amministratore e società di capitali. Profili di disciplina*, Torino, 2023, 1 ss.

17 Si v. il pt. 59, lett. f), della sez. *Responsabilità* della *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, consultabile attraverso la banca dati *Eur-Lex*. In arg., si v. A. GUACCERO, *Automazione dei processi e dei servizi, imputazione e responsabilità*, in *Diritto del Fintech*, a cura di M. Cian e C. Sandei, Padova, 2020, 68, secondo cui «Quella che auspica la risoluzione non è altro che una forma di individuazione di un patrimonio – per sua natura proveniente da una persona (fisica o giuridica) – che venga isolato e destinato alle obbligazioni risarcitorie eventualmente scaturenti dalla condotta posta in essere dalla macchina in via autonoma, ma pur sempre sulla base di una primigenia programmazione, in ultimo riconducibile all'essere umano. In altri termini, una personificazione consistente in una forma di istituzione di un patrimonio separato rilevante ai soli fini della responsabilità scaturente da una certa operatività». Sul punto si tornerà ancora al paragrafo seguente.

18 Si v. la *Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale)*, COM/2022/496 final, consultabile attraverso la banca dati *Eur-Lex*. Sulla proposta citata e sul suo ritiro, si v. spec. L.M. LUCARELLI TONINI, *L'IA tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità: la nuova proposta di 'AI Liability Directive'*, in *Dir. inf.*, 2023, 327 ss.; e E. FAZIO, *Danni da 'robot' e da prodotto difettoso: responsabilità civile e diritto europeo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, 667 ss.

19 Su cui si v. G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contratto e impresa*, 2021, 1003 ss. e spec. 1009 ss.; G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, 2022, 303 ss.; G. SCHNEIDER, *La proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale alla prova dei mercati finanziari: limiti e prospettive (di vigilanza)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 1014 ss.; R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 989 ss.; e L. RODIO NICO, *Efficienza della giustizia e intelligenza artificiale*, Bari, 2024, 96 ss.

progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali». Il regolamento, quindi, tratta la tecnologia di cui si discute alla stregua di un bene al servizio dell'uomo²⁰ e ciò è confermato non solo dalla definizione appena richiamata ma anche dalle previsioni che seguono e che si occupano di proibire la messa in commercio e l'utilizzo di sistemi il cui rischio è considerato inaccettabile²¹ e di regolare i sistemi classificati come 'ad altro rischio'²², ponendo un'articolata serie di doveri in capo a fornitori, distributori e *deployer*. Peraltro, le riflessioni finora proposte trovano ulteriore conferma anche in un altro recente corpo normativo, ossia nella direttiva 2024/2853/UE sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi²³, la quale, nella nozione di 'prodotto' di cui all'art. 4, pt. 1, ricomprende anche i '*software*' e, quindi, anche i sistemi di intelligenza artificiale, come suggerisce il considerando n. 13 della direttiva medesima: «I prodotti nell'era digitale possono essere tangibili o intangibili. Sul mercato è sempre più diffuso il *software*, come i sistemi operativi, il firmware, i programmi per computer, le applicazioni o i sistemi di IA, e la sua importanza a fini di sicurezza dei prodotti è sempre maggiore».

Alla luce di quanto detto, la carenza di capacità giuridica e di capacità di agire in capo ai sistemi di intelligenza artificiale fa sì che essi non possano essere nominati amministratori di imprese finanziarie. Viene ovviamente da chiedersi se tale ostacolo possa essere superato in via interpretativa, attraverso un'applicazione analogica delle disposizioni sulla persona fisica, considerati i tratti di somiglianza con l'uomo che presentano alcuni sistemi di intelligenza artificiale²⁴. La risposta è negativa posto che all'analogia si può ricorrere solamente in presenza di una lacuna normativa mentre,

20 E tale considerazione dei sistemi di intelligenza artificiale, quali beni *al servizio dell'uomo*, pare coerente con lo scopo del regolamento, per come fissato all'art. 1, ossia «migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) *antropocentrica* e affidabile [...]» (l'enfasi è di chi scrive).

21 Le 'pratiche di intelligenza artificiale vietate' sono elencate all'art. 5 del regolamento: si tratta di pratiche idonee a pregiudicare in maniera significativa la dignità della persona umana o di comprometterne il libero arbitrio, come, ad esempio, quelle che sfruttano le vulnerabilità di una persona o di uno specifico gruppo, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica, con l'obiettivo o l'effetto di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare loro un danno significativo.

22 I sistemi classificati come 'ad alto rischio' sono elencati dall'allegato III del regolamento, il quale può comunque essere modificato dalla Commissione secondo le modalità prescritte all'art. 7. Sono tali, ad esempio, i sistemi utilizzati per valutare il merito creditizio delle persone fisiche, quelli impiegati per la valutazione dei rischi e la determinazione dei prezzi in relazione a persone fisiche nel caso di assicurazioni sulla vita e assicurazioni sanitarie, etc.

23 Su cui si v. A. FUSARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotti difettosi: la direttiva 2024/2853*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, II, 488 ss.; e E. FAZIO, *Danni*, cit., 653 ss.

24 Il riferimento è ai sistemi cc.dd. '*autonomous*', capaci di sostituire completamente l'uomo in determinate mansioni, e '*autopoietic*', in grado di autosvilupparsi. A riguardo, si v. N. ABRIANI e G. SCHNEIDER, *diritto*, cit., 197; nonché A. SACCO GINEVRI, *Intelligenza artificiale e corporate governance*, in *Riv. dir. impr.*, 2022, 262.

nel caso di specie, il fenomeno è regolato e il legislatore, come si è visto, ha deliberatamente scelto di non attribuire alcun tipo di personalità ai sistemi di cui si discute²⁵. Né pare possibile un'interpretazione estensiva della categoria della persona fisica, per come disciplinata dai primi dieci articoli del libro primo del Codice civile, di modo da includere nel proprio perimetro anche i sistemi di intelligenza artificiale. Infatti, è sufficiente guardare a quanto previsto già dall'art. 1 c.c., secondo cui la persona fisica acquista la capacità giuridica con la nascita, quindi al momento del parto²⁶: all'evidenza, si tratta di un evento essenzialmente naturale, incompatibile con l'artificialità della programmazione di un sistema 'intelligente'.

L'accenno ai primi dieci articoli del libro primo del Codice, poi, chiama in causa un ulteriore ostacolo alla nomina di un robo-amministratore, ossia il difetto in capo al sistema di intelligenza artificiale di nome e cognome, che, ai sensi dell'art. 2383, comma 4, c.c., devono essere comunicati al registro delle imprese entro trenta giorni dalla notizia della nomina, unitamente al luogo e alla data di nascita, al domicilio e alla cittadinanza dell'amministratore²⁷. La previsione citata, applicabile oltre che alle società azionarie anche a quelle a responsabilità limitata in virtù del richiamo di cui all'art. 2475, comma 2, c.c., implica che l'amministratore sia in possesso di attributi squisitamente propri della persona fisica. Invero, si potrebbe affermare che tale ostacolo sia facilmente superabile se si considera come sia ammessa la nomina ad amministratori di soggetti privi di tali tratti distintivi, ossia di persone giuridiche. A bene vedere, però, si tratta pur sempre di soggetti dotati di *personalità*, a tacer del fatto che, anche in presenza di un amministratore persona giuridica, quest'ultima deve comunque designare, per

25 Se la scelta del legislatore europeo di non attribuire alcuna forma di personalità ai sistemi di intelligenza artificiale è, in un certo senso, implicita, va segnalato come non siano mancati tentativi, a livello nazionale, di renderla esplicita: nonostante non abbia avuto seguito, è emblematica una proposta di legge costituzionale francese (la n. 2585 del 15 gennaio 2020) finalizzata ad introdurre in Costituzione una *Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*. Qui, oltre a negare espressamente il riconoscimento di qualsiasi «personnalité juridique» ai sistemi di intelligenza artificiale, si affermava altresì che «Au même titre que les virus s'intègrent au long cours au patrimoine génétique des humains, les technologies du quotidien entrent de fait dans les réflexions. Or après l'ignorance, la plupart de nos réactions confinent au dédain l'analyse des avancées technologiques. Cette loi vise donc à interpeller tout à chacun quant à son rôle et sa responsabilité, ses droits et ses devoirs, pour être acteur et garant de ses libertés».

26 Inteso come distacco del feto (vivo ma non necessariamente vitale) dall'alvo materno. In arg., oltre agli scritti richiamati alla precedente nota 15, si v. anche F. SCARDULLA, voce *Nascita* (dir. civ.), in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1977, 520 ss.; e P. RESCIGNO, voce *Nascita*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, IV, Torino, 1995 (rist. 2008), 1 ss.

27 Su tali adempimenti pubblicitari, si v. G.D. MOSCO, sub artt. 2382-2383, cit., p. 606; A. DENTAMARO, sub art. 2384, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, I, cit., p. 699 s.; M. LANDINI, sub artt. 2382-2383, cit., p. 692; M.L. MONTAGNANI, sub art. 2383, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, *Amministratori*, cit., 164 s.; M. FRANZONI, *Società*, cit., 202 ss.; N. ABRIANI e P. MONTALENTI, *L'amministrazione*, cit., 585 s.; M. AIELLO, *Gli amministratori*, cit., 29 ss.; e P.M. SANFILIPPO e D. ARCIDIACONO, *Il rapporto*, cit., 1771 s.

l'esercizio della funzione di amministratore, un rappresentante persona fisica appartenente alla propria organizzazione²⁸.

2.2. *La (ir)responsabilità dell'intelligenza artificiale.*

Alla luce di quanto detto finora, il principale ostacolo alla nomina di un robo-amministratore in un'impresa finanziaria è dato dal difetto della capacità giuridica e di quella di agire in capo al sistema di intelligenza artificiale e non sembra superabile se non attraverso un intervento del legislatore che attribuisca una qualche forma di personalità ai sistemi di intelligenza artificiale o che, comunque, ne consenta eccezionalmente la nomina a membri dell'organo amministrativo. Fermo restando che sulle speculazioni *de jure condendo* cui si è appena accennato si tornerà ancora al paragrafo seguente, ora occorre procedere con l'esame di un'ulteriore causa ostativa alla nomina di un robo-amministratore, strettamente connessa al difetto di personalità giuridica, ossia quello della 'irresponsabilità' dei sistemi di intelligenza artificiale²⁹: un robo-amministratore non è dotato di un patrimonio aggredibile dalla società, dai creditori sociali, dai soci o dai terzi nel caso in cui venisse instaurata una delle azioni di responsabilità disciplinate dal Codice civile³⁰, con la conseguenza che, diversamente da un amministratore che sia una persona fisica o giuridica, esso finirebbe con l'essere non responsabile per l'eventuale *mala gestio*.

A quanto detto si potrebbe obiettare che anche un amministratore che sia una persona fisica o giuridica, pur essendo astrattamente titolare di un patrimonio, potrebbe di fatto essere incapiente o, comunque, non essere in grado di far fronte con il proprio patrimonio all'intero ammontare dei danni cagionati (il che non è certo infrequente nelle azioni di responsabilità esercitate nelle imprese finanziarie, nelle quali l'importo dei danni azionati in giudizio è in genere particolarmente elevato). Nel caso del robo-amministratore, però, la 'irresponsabilità' di quest'ultimo è assoluta, non meramente eventuale, e discende direttamente dall'ordinamento che non gli attribuisce alcuna personalità, non da una situazione di fatto di incapienza patrimoniale.

Alle criticità sollevate si potrebbe ovviare con meccanismi alternativi, quali, a titolo esemplificativo, la responsabilità del fornitore del sistema di intelligenza artificiale per i danni cagionati dal robo-amministratore, oppure la creazione di uno specifico

28 Si v. la massima n. 100 del 18 maggio 2007 della Commissione società presso il Consiglio notarile di Milano, richiamata alla precedente nota 16.

29 Sul punto, si v. spec. le considerazioni di N. ABRIANI e G. SCHNEIDER, *Diritto*, cit., 49 s.; e M. CIAN, *Intelligenza*, cit., 154 s.

30 Per una panoramica sulle quali si v. recentemente S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, II, cit., 2003 ss.; G. DONGIACOMO, *Il giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali*², Milano, 2024, 1 ss.; oltre agli scritti raccolti in *Le azioni di responsabilità nelle società di capitali*², a cura di M. De Poli e G. Romagnoli, Pisa, 2024. Si v. anche M. FRANZONI, *Società*, cit., 413 ss.

patrimonio destinato a garanzia di tali danni da parte del fornitore o dell'impresa amministrata³¹, o, ancora, specifiche polizze assicurative sottoscritte dal fornitore o dall'impresa amministrata. Tuttavia, si tratta di soluzioni che implicherebbero una significativa deviazione dall'attuale regime della responsabilità degli amministratori di società e che, all'evidenza, potrebbero creare una situazione di disparità rispetto agli amministratori persone fisiche o giuridiche, che continuerebbero a rispondere con il proprio patrimonio degli atti di *mala gestio*³².

3. *Riflessioni conclusive sull'impossibilità di nominare un robo-amministratore se non a seguito di una riforma normativa. I limiti costituzionali a tale riforma e il principio della sana e prudente gestione.*

Le riflessioni finora svolte portano a ritenere che, ad oggi, per consentire la nomina di un sistema di intelligenza artificiale quale amministratore di un'impresa finanziaria sarebbe necessario un intervento normativo che riconosca una qualche forma di personalità in capo al sistema o che, comunque, in altro modo, disciplini l'ipotesi di cui si discute. E tale intervento normativo, invero, dovrebbe necessariamente fare i conti con un rigoroso vaglio di costituzionalità³³: infatti, al di là del netto contrasto con la tradizione giuridica in materia di amministrazione societaria, una simile riforma solleva diverse perplessità circa la sua compatibilità con il dettato costituzionale e, nello specifico, con quanto previsto dall'art. 41.

Se, da un lato, la libertà dell'iniziativa economica privata sancita dall'art. 41, comma 1, Cost. potrebbe legittimare la scelta di nominare un robo-amministratore; dall'altro viene da chiedersi se tale nomina non contrasti con l'utilità sociale e non rechi danno alla dignità umana protette dal secondo comma dello stesso art. 41. Infatti, l'intervento normativo di cui in astratto si discute trova fondamento sull'assunto implicito che un sistema d'intelligenza artificiale possa essere equiparabile o migliore rispetto all'uomo nell'esercizio dell'attributo che più contraddistingue quest'ultimo, ossia l'intelligenza (peraltro, disincentivandolo a migliorare le proprie capacità e spronandolo ad affidarsi

31 L'idea si ispira a quelle riflessioni che hanno avanzato una equiparazione tra il sistema di intelligenza artificiale e il *servus* della tradizione romanistica, dotato di un *peculium ex multis*, si v. M. RIZZUTI, *Il 'peculium' del robot. Spunti sul problema della soggettivizzazione dell'intelligenza artificiale*, ne *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. Dorigo, Pisa, 2020, 283 ss.; e C. DE CRISTOFARO, *Diritto romano e intelligenza artificiale. Itinerari di comparazione storico-giuridica*, Torino, 2025, 79 ss. e 128 ss.

32 Salvi ovviamente i casi in cui anche questi beneficino di manleve o di polizze D&O, su cui si v. rispettivamente F. SARTORI, *Responsabilità degli amministratori e patti di manleva*, in *Le azioni di responsabilità nelle società di capitali*, a cura di M. De Poli e G. Romagnoli, cit., 369 ss.; e M. ROSSETTI, *Le polizze 'Directors' & Officers' (D&O). Aspetti sostanziali e processuali*, *ivi*, 385 ss.

33 Per una prima panoramica sul complesso rapporto tra intelligenza artificiale e principi costituzionali, si v. C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw j.*, spec. n. 2, 2019, 711 ss.; B. CARAVITA DI TORRITO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, cit., 451 ss.; L. RINALDI, *Intelligenza artificiale, diritti e doveri nella Costituzione italiana*, in *DPCE online*, 2022, 201 ss.

totalmente al sistema stesso). Chi scrive è consapevole che la riflessione appena proposta potrebbe essere tacciata di luddismo. Tuttavia, le problematiche di cui si discute sono estremamente diverse da quelle emerse nel diciannovesimo secolo, durante la rivoluzione industriale: all'epoca, il generale Ludd e i suoi seguaci boicottavano l'impiego di nuovi macchinari e, in particolare, del telaio meccanico nelle attività produttive³⁴, ma tali macchinari, comunque, necessitavano di una supervisione umana e svolgevano compiti in un certo senso limitati. Oggi, invece, si è di fronte a una tecnologia che potrebbe prescindere totalmente dall'uomo³⁵ e occuparsi di una serie infinita di mansioni. Di qui le perplessità evidenziate.

Inoltre, va rilevato che, quand'anche l'ordinamento ammettesse la nomina di un robo-amministratore, quest'ultimo sarebbe soggetto al rigoroso vaglio delle autorità di vigilanza, le quali potrebbero decidere di rimuoverlo dall'incarico ritenendo che la sua permanenza in carica possa recare pregiudizio alla sana e prudente gestione dell'ente³⁶. Infatti, la tecnologia di cui si discute condivide i medesimi problemi di qualsiasi apparato informatico, quali quelli inerenti alla possibile obsolescenza, al rischio di hackeraggio o a eventuali malfunzionamenti, che ben potrebbero compromettere la sicurezza informatica dell'impresa. A questi, poi, si aggiungono problematiche nuove e che, in buona sostanza, attengono alla tipologia e alla qualità dei dati elaborati, nonché all'affidabilità e all'esplicabilità dei risultati prodotti³⁷. Le criticità citate, all'evidenza,

34 *Ex multis*, si v. E. HOBSBAWM, *The machine breakers, in Past & present*, 1952, 57 ss.

35 Anche se va rilevato come il legislatore europeo si sia mosso rispetto a tale problematica rendendo necessaria la sorveglianza umana per i sistemi d'intelligenza artificiale, almeno per quelli considerati come ad alto rischio: si v., infatti, l'art. 14 dell'*AI Act*, il quale stabilisce che essi «sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso» (comma 1), con la precisazione che la sorveglianza umana «mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile [...]» (comma 2).

36 Tale potere – c.d. di '*removal*' – è espressamente attribuito nei confronti dei soggetti rispettivamente vigilati a Banca d'Italia dagli artt. 52-bis, comma 1, lett. e), 67-ter, comma 1, lett. e), 108, comma 3, lett. d-bis), 114-quinquies.2, comma 3, lett. d-bis), e 114-quaterdecies, comma 3, lett. d-bis), del Testo unico bancario e dagli artt. 7, comma 2-bis, e 12, comma 5-ter, t.u.f., a Consob dall'art. 7, comma 2-bis, t.u.f., ad IVASS dall'art. 188, comma 3-bis, lett. e), e, pur con talune differenze nella sua formulazione, alla Banca Centrale Europea dall'art. 16, comma 2, del regolamento n. 2013/1024/UE istitutivo del Meccanismo di vigilanza unico. Sulla portata di tale potere, si v. spec. le riflessioni di F. CIRAOLO, *La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, in *Banca impr. soc.*, 2016, 51 ss.; P. DE BIASI, *La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 69 ss.; ed E. DE CHIARA, *I poteri di removal di Banca d'Italia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, I, 553 ss.

37 A riguardo si parla anche di *black box effect* per indicare il rischio che l'intelligenza artificiale produca un risultato senza spiegare il percorso logico che lo ha determinato, e senza che esso sia ricostruibile *ex post*. Sul punto, oltre a F. PASQUALE, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, Harvard, 2015, *passim*, si v. altresì le riflessioni di E. PELLECCIA, *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, 1209 ss.

incrementano il rischio operativo cui è esposto l'ente³⁸, sicché, laddove non fossero adeguatamente mitigate, l'autorità ben potrebbe rimuovere il robo-amministratore dall'incarico oppure intraprendere altre azioni correttive.

Questo a tacere del fatto che, anche senza esercitare il potere di *removal* di cui si è appena detto, l'autorità di vigilanza potrebbe ritenere integrati gli estremi perché sia dichiarata la decadenza del robo-amministratore, rilevando il mancato rispetto di uno dei requisiti di idoneità di cui si è detto in precedenza. A mero titolo esemplificativo, si pensi al requisito dell'indipendenza di giudizio: ben potrebbe verificarsi il caso in cui il sistema di intelligenza artificiale sia stato volutamente programmato dal fornitore per perseguire interessi diversi rispetto a quelli dell'impresa³⁹ o, più semplicemente, indipendentemente da una condotta dolosa del fornitore, sia stato programmato utilizzando dati non adeguatamente verificati che lo abbiano condizionato negativamente.

In conclusione, ad oggi, non solo la nomina di un sistema di intelligenza artificiale ad amministratore di un'impresa finanziaria non sembra possibile, ma neppure una riforma che la consenta attribuendo una qualche forma di personalità alla tecnologia in questione pare andare esente da critiche, sia alla luce dei presidi di cui all'art. 41, comma 2, Cost., sia in ragione dei rischi sottesi all'intelligenza artificiale, che ben potrebbero determinare l'autorità di vigilanza a intervenire in via preventiva, attraverso il *removal* del robo-amministratore, al fine di assicurare la sana e prudente gestione dell'impresa.

38 Che tali rischi siano componente di estremo rilievo nella più ampia categoria del rischio operativo è testimoniato dalla recente modifica all'art. 4, comma, 1, pt. 52), del regolamento 575/2013/UE (c.d. *Capital Requirements Regulation*) ad opera del regolamento 1623/2024/UE, il quale ha ampliato la nozione di 'rischio operativo' rilevante ai fini del calcolo dei requisiti prudenziali delle banche includendovi anche i rischi informatici. A ciò si aggiunga il recente regolamento 2554/2022/UE (c.d. *Digital Operational Resilience Act*), il quale mira a conseguire un livello comune elevato di resilienza operativa digitale per le imprese finanziarie, stabilendo una serie di doveri organizzativi in relazione alla sicurezza dei sistemi informatici e di rete. In arg., si v. G. SCHNEIDER, *LA, rischi d'impresa e le (mancate) risposte del diritto: ... DORA per tutti?*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, a cura di N. Abriani e R. Costi, cit., 113 ss.; C. SANDEI, *Intelligenza artificiale e Diritto dei mercati finanziari: responsabilità e informazione. Riflessioni a margine di alcuni recenti provvedimenti*, in *La finanza nell'età degli algoritmi*, a cura di L. Ammannati ed A. Canepa, Torino, 2023, 123 ss.; I. GIRARDI, *Il Regolamento sulla resilienza operativa digitale ('DORA'): obiettivi, disciplina e alcune sfide aperte*, in *Quaderni AMF Italia*, n. 2, 2024, 18 ss.; e N. MICHELI, *Cybersecurity e gestione del rischio ICT: l'impatto sulla corporate governance*, in *Banca impr. soc.*, 2024, 252 ss.

39 È ampiamente noto l'esempio del sistema cinese DeepSeek, programmato per non riconoscere Taiwan quale stato sovrano o per ignorare i fatti di piazza Tienanmen: si v. D. LU, *We tried out DeepSeek. It worked well, until we asked it about Tienanmen Square and Taiwan*, 28 gennaio 2025, consultabile sul sito web di *The Guardian*. Sono facilmente intuibili, quindi, i problemi che si possono presentare nel sistema finanziario: il robo-amministratore 'mal programmato' potrebbe cercare di indirizzare gli investimenti dell'impresa amministrata verso titoli presenti nel portafoglio del suo programmatore, potrebbe stimolare politiche creditizie che escludano gruppi politici od etnici non graditi a quest'ultimo, etc.

ABSTRACT: Lo scritto approfondisce le ragioni ostative alla nomina di un sistema di intelligenza artificiale quale amministratore nelle imprese finanziarie, ossia banche, imprese assicurative, società di gestione del risparmio, *etc.* In particolare, viene esaminato come la nomina sia ostacolata dall'attuale assetto dei requisiti di idoneità alla carica previsti dalla disciplina settoriale, dalle cause di ineleggibilità e decadenza di cui all'art. 2382 c.c. e dalla carenza di personalità giuridica in capo alla tecnologia in questione, dalla sua 'irresponsabilità', dagli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2383, comma 4, c.c. e dal vigente sistema di vigilanza teso a garantire la sana e prudente gestione delle imprese finanziarie.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza artificiale – Imprese finanziarie – Amministrazione.

ONERE DI ALLEGAZIONE DELL'IMPUTATO E PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La presunzione di innocenza come regola di giudizio. – 3. Autodifesa e onere di collaborazione. – 4. Presunzioni di colpevolezza e dinamiche processuali. – 5. Alcune conclusioni.

1. *Premessa.*

Tra i brocardi più noti e conosciuti un posto di primo piano deve essere assegnato a quello che recita *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Questa formula, oggi cristallizzata nell'art. 2697 c.c., fissa la regola di giudizio del processo civile: chi intende far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Ne consegue che, fermi i poteri inquisitori del giudice, accanto all'onere della domanda, l'attore, ossia colui che agisce in giudizio, è gravato altresì dall'onere di allegare i fatti che fondano la domanda; il convenuto, colui che resiste alle pretese attoree, ha invece un onere di contestazione, ossia di prendere posizione sui fatti dedotti dalla controparte, anche semplicemente negandoli¹.

Ebbene questa ricostruzione, minimalista, delle dinamiche che caratterizzano il processo civile muta drasticamente nel processo penale governato da regole e principi diversi, in ragione della delicatezza dei diritti in gioco. Ciononostante, la Suprema Corte in alcuni recenti approdi sembra aver fatto propri concetti del processo civile – e in particolare quello di 'onere di allegazione'² – importandoli in quello penale.

L'obiettivo del presente lavoro è quello, nel pur breve spazio a disposizione, di sviscerare la questione per comprendere se tale soluzione ermeneutica sia compatibile con il dettato costituzionale; per farlo è però necessario prendere le mosse da una prospettiva di sistema.

1 Su questi aspetti cfr. per tutti G. DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 114 ss., in particolare 118 ss. Più in generale sul concetto di onere per tutti cfr. G. GAVAZZI, *L'onere, tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970, *passim*, il quale definisce l'onere come un dovere a cui la parte ha la possibilità di adempiere nel proprio interesse, distinguendolo così dall'obbligo, che invece esige un comportamento nell'altrui interesse.

2 Sul quale per tutti L. P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. Disc. priv.*, I, Torino, 1995, in particolare 274, dove definisce l'onere di allegazione come «l'atto processuale con cui chi agisce (o resiste) in giudizio afferma (oppure nega) la sussistenza di determinati fatti concreti, prospettati od esposti a fondamento di una domanda o di un'eccezione, quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato. Questa costante strutturale è correlata, se non altro funzionalmente, all'individuazione della causa petendi». L'illustre autore poi prosegue, affermando che la prova, invece, rappresenta l'istituto mediante quale viene dimostrato in giudizio ciò che è stato allegato; in altri termini, onere di allegazione e onere di prova, ontologicamente diversi, sono intimamente legati e connessi l'uno all'altro.

2. La presunzione di innocenza come regola di giudizio.

Non sembrano esserci dubbi circa la natura bifronte della presunzione di innocenza, regola di trattamento e regola di giudizio³.

Posto che la prima si riferisce allo *status* dell'imputato⁴, imponendo che questo non possa essere assimilato al condannato sino a quando non sia stato riconosciuto come tale dalla legge⁵, come regola di giudizio, la presunzione di innocenza attua il brocardo *nulla accusatio sine probatione*, secondo il quale, da un lato il *thema probandum* del processo coincide con la colpevolezza dell'imputato, dall'altro, l'*onus probandi*, o se si preferisce «il rischio di non persuasione»⁶, viene posto in capo al pubblico ministero⁷; pertanto, una volta fornita la prova di tutti gli elementi costitutivi del reato, spetta alla

3 In questo senso già G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1956, 174 ss. Più di recente e senza pretesa di completezza G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, in particolare 28 ss.; ID., voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 1; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984, 122 ss.; O. DOMINIONI, *Il 2° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Art. 27-28*, a cura di G. Branca – A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 162 ss.; P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 20 ss. nonché negli ultimi anni A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. E. KOSTORIS, Milano, 2019, 138 ss. Per quanto riguarda il diritto euro-unionale e convenzionale cfr. V. MANES – M. CALANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, 250 ss.

In particolare, P. P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 674 ss., parla di «polivalenza funzionale» e osserva inoltre come si siano «consolidati, sotto il codice abrogato, due diversi orientamenti dell'art. 27, 2° comma, Cost.: l'uno, 'minimalista', tendente a restringere la latitudine operativa della norma al solo terreno della libertà personale e del trattamento dell'imputato; l'altro, 'massimalista', mirante a riconoscere la natura polivalente del principio, esaltandone tanto la funzione di regola di trattamento quanto la funzione di regola probatoria e di giudizio».

In argomento pare opportuno evidenziare che alcune recenti voci dottrinali affermano che la presunzione di innocenza avrebbe una dimensione «tridimensionale», regola di giudizio e probatoria, oltre che regola di trattamento (cfr. D. VIGONI, *La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2023, *passim*).

4 L'icastica espressione è di G. LEONE, *Lineamenti*, cit., 174.

5 P. P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 674. Il principio sembrerebbe essere così collegato al brocardo *nulla poena sine indicio* tale per cui «l'applicazione della pena, e la previa dichiarazione della colpevolezza, non possono altrimenti avvenire che a seguito di dibattimento e per via di decisione» (in questi termini E. MASSARI, *Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1948, 27 ss. Più di recente F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012 8 ss.).

6 In questi termini G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 32, dove evidenzia che «la questione è: chi ha l'onere di convincere l'organo decidente? Se l'onere incombe su di una parte processuale e tale parte non riesce a persuadere l'organo giudicante, allora su quel punto la questione viene risolta a favore dell'altra parte. Per tale ragione, il termine 'onere della prova' potrebbe essere meglio sostituito dal sintagma 'rischio di non persuasione'. E del tutto ovvio che le conseguenze derivanti dal caricare tale rischio di non persuasione sulle spalle di una o dall'altra parte sono davvero decisive per l'esito del giudizio». In termini analoghi cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1008, che utilizza la perifrasi «rischio per la mancata prova». Sull'intimo rapporto tra onere e rischio cfr. anche D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, 11.

7 Per tutti P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, 2 ss.

difesa dimostrare i fatti impeditivi⁸. Questa allocazione dell'*onus probandi*, che trovava riconoscimento nella maggior parte degli Stati europei⁹ già prima dell'intervento del legislatore europeo¹⁰, grazie all'attività di armonizzazione della Corte Edu¹¹, garantisce all'imputato una posizione di vantaggio: trattandosi infatti di una presunzione *iuris tantum*, ossia fino a prova contraria, anche solo in caso di incertezza sull'esistenza degli elementi costitutivi, l'imputato deve essere proscioltto, secondo il brocardo di matrice romanistica¹² dell'*in dubio pro reo*¹³.

8 V. *amplius* F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 102 e nt. 105; nonché D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., 12 ss. e 31, nonché più di recente G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 5 s. Anche perché, come condivisibilmente osserva G. VARRASO, *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti*, in *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura di A. Inciampo – A. Scalfati, Bari, 2017, 6, «non può costringersi il pubblico ministero a fornire la prova negativa dell'inesistenza di una causa di non punibilità» in quanto questo configurerebbe «una vera e propria probatio diabolica».

9 Cfr. M. CATERINI, *The Presumption of Innocence in Europe*, cit., 103 ss.

10 La normativa sovranazionale si arricchisce in particolare grazie alla Direttiva 2016/343/UE che, come espressamente evidenziato nel relativo report, aveva come obiettivo quello di assicurare un livello minimo di protezione ricercando standard di tutela che fossero anche superiori rispetto a quelli fissati dalla CEDU e dalla Corte Edu (cfr. SWD (2013) 478 final, del 27 novembre 2013, 39 ss. e 46 ss.). A ben vedere, peraltro, la Direttiva è persa fin da subito molto timida e sembrerebbe aver avuto ricadute veramente significative solo in quegli stati che presentavano uno scarso livello di sviluppo e approfondimento delle garanzie del giusto processo (cfr. J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1843 ss. e 1875 s. nonché O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 3, 2014, 727 ss.). Non è un caso che le modifiche apportate dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188 siano limitate e, forse, poche incisive (per un'analisi cfr. A. MALACARNE, *La presunzione di non colpevolezza nell'ambito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188: breve sguardo d'insieme*, in *SP*, 17 gennaio 2022). Benché quindi l'obiettivo del legislatore europeo sembri rimasto sulla carta, non si può negare che la direttiva abbia un pregevole impatto sistematico posto che ha potenziato la regola di trattamento dell'imputato anche fuori dal processo (artt. 4-5), delineato l'onere della prova (art. 6) e ribadito la tutela del diritto al silenzio e del diritto di non autoincriminarsi (art. 7).

11 Sul punto cfr. c. eur. dir. uomo, sent. 6 dicembre 1966, *Barberà, Messegué and Jabardo c. Spagna*, §77, in HUDOC, dove la corte afferma che «the principle of the presumption of innocence (...) requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him».

12 Più specificamente una prima e chiara indicazione risale alla Pauli sententiae dove si afferma che «communem servum unus ex sociis vinciendo, futurae libertati non nocebit. Inter pares enim sententia, clementior severiori praefertur: et certe humanae rationis est favere miserioribus, prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt» (cfr. M. A. DE DOMINICIS, *Brev. Pauli sententiarum IV*, 12, §5 e *l'origine romano-cristiana del principio «in dubio pro reo»*, in *Arch. pen.*, 18, 1962, 411 ss.).

13 O. DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 254 ss. In argomento, illuminanti le parole del Maestro patavino: «è al pubblico ministero che incombe l'intero onere sostanziale della prova, nel senso che il p.m. deve provare la presenza di tutti gli elementi di fatto sui quali la pretesa punitiva si fonda e l'inesistenza di ogni elemento che osta al sorgere della pretesa punitiva. Il p.m. deve, quindi, dimostrare non solo che l'imputato ha commesso il fatto, ma l'ha perpetrato senza che a suo favore sussista una

In questa prospettiva è stato osservato che la presunzione di innocenza costituisce «un corollario logico del fine razionalmente assegnato al processo»: dal momento che il fine pratico consiste nella scoperta della verità rispetto all'imputazione del reato, è naturale che vi si contrapponga l'ipotesi che l'imputato sia innocente, e qualora «la colpevolezza non si dimostri, l'imputato deve prosciogliersi; ma, non potendosi esigere la dimostrazione della sua innocenza, egli deve rientrare nondimeno in società senza macchia veruna, appunto perché fin dall'inizio del procedimento la sua innocenza è presunta»¹⁴. Infatti, dal momento che l'ordinario può essere presunto mentre ciò che è straordinario che deve essere provato, l'ordinario degli uomini è l'innocenza, e pertanto essa si presume, ed è quindi «all'accusa che corre l'obbligo della prova»¹⁵.

La regola, in definitiva assume i connotati di garanzia politica perché considera prevalente, nelle ipotesi di dubbio, la libertà individuale dell'imputato di fronte alla pretesa punitiva dello Stato¹⁶: «fra le due possibilità di errore giudiziario – assoluzione

circostanza di giustificazione, una circostanza di esclusione della colpevolezza, una causa di non punibilità (...). Ne risulta, quindi, che tutto l'onere sostanziale della prova del processo penale è stabilito a svantaggio dell'organo dell'accusa e a vantaggio dell'imputato. (...) Nel conflitto, quindi, tra due interessi, tra l'interesse dello Stato alla repressione penale e l'interesse relativo alla libertà individuale, è quest'ultimo che deve prevalere quando il magistrato dubita che nel caso particolare il primo sia veramente fondato» (G. BETTIOL, *La regola 'in dubio pro reo' nel diritto e nel processo penale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 315).

In termini analoghi si è espresso anche F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., 88, nonché D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., 17, dove viene evidenziato che il principio dell'onore della prova ha un duplice profilo in quanto descrive, da un lato, il compito di adduzione dei mezzi di prova, che nel processo penale ricade appunto sulla pubblica accusa, dall'altro, la regola di giudizio, che impone al giudice di assolvere l'imputato se la sua colpevolezza non è compiutamente dimostrata.

In argomento cfr. anche P. FERRUA, voce *Regole di giudizio*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano 2017, 736, dove l'illustre Autore riflette sul termine di 'mancato' e 'conseguenziale', evidenziando che, qualora manchi la prova della proposizione da accertare, conseguenziale è la soluzione opposta, in ragione del fallimento di quanto doveva essere provato. Nel processo penale, è la condanna, *rectius* la responsabilità, a dover essere accertata e pertanto, nel caso in cui manchi la prova, conseguenziale è l'assoluzione, in virtù della scelta del legislatore cristallizzata nell'*in dubio pro reo*.

14 Testualmente L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899, 15, il quale, peraltro, mostra un'evidente conversione verso il modello liberale posto che in un'altra sua opera (*I semplicisti del diritto penale*, Torino, 1886, 246) aveva evidenziato che «parlare di diritti dell'imputato, di rispetto alla sua libertà individuale, attribuirgli una presunzione di innocenza, prevederlo di un patrono, consentirgli la discussione delle prove: sono ingenuità da collegiali, che l'interesse della società e per essa della repressione, al lume del più comune buon senso, fa apparire, per lo meno, ridicole» aggiungendo poi che l'*in dubio pro reo* «deve essere un'abile invenzione di un astuto delinquente camuffato dal legislatore».

15 In questi termini N. FRAMARINO DEI MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, I, Torino, 1895, 124 ss. Analogamente G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale*, Napoli, 1854, 145, secondo cui «la base della presunzione è ciò che ordinariamente accade: ma più spesso avviene che gli uomini si astengano dal delinquere, anziché commettere delitti. Quindi la legge consacra e difende a tutti i cittadini la presunzione della innocenza».

16 Viene così in rilievo la differenza con la regola dell'onere della prova processual-civilistica che ha come obbiettivo quella di evitare il *non liquet*: dato che lo scopo del processo è assicurare la certezza dei rapporti giuridici, il giudice è tenuto sempre anche qualora la ricostruzione delle circostanze fattuali sia dubbia o lacunosa o comunque inidonea a consentire al giudice di formare il proprio convincimento (cfr. G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 5 ss. e 151 ss. Aderisce a tale impostazione anche F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., 122 ss.).

di un reo, condanna di un innocente – lo Stato preferisce la prima¹⁷. Sotto questo particolare angolo prospettico è possibile cogliere l'intimo collegamento tra *in dubio pro reo* e un altro fondamentale principio che «circola in tutto il processo»¹⁸, quello del *favor libertatis*, secondo il quale «tutti gli strumenti processuali devono tendere alla sollecita restituzione della libertà personale dell'imputato che ne sia privo, quando vengano a mancare le condizioni che legittimano lo stato di privazione della libertà»¹⁹.

La centralità dell'*in dubio pro reo* trova la propria linfa giustificatrice anche nel particolare concetto di verità fatto proprio del modello garantista: non si tratta di una verità sostanziale, assoluta e materiale ma formale, debole e relativa proprio perché umana. Il processo penale vive, infatti, nel ragionevole dubbio che l'approdo finale possa essere fallace ed è per tale ragione che, essendo l'errore giudiziario «mai fecondo», debba necessariamente prevalere l'ipotesi più favorevole per l'imputato, ossia il proscioglimento²⁰.

Quanto invece alla pregnanza e profondità dell'accertamento richiesto ai fini della condanna, ossia al cd. *standard* probatorio, la pubblica accusa ha l'onere di dimostrare la colpevolezza dell'imputato 'oltre ogni ragionevole dubbio', oggi cristallizzato dall'art. 533 c.p.p., così come riformulato dall'art. 5 della L. 20 febbraio 2006, n. 46²¹. La cd. 'regola BARD', ossia del *beyond any reasonable doubt*, di chiara matrice anglosassone²²,

17 Così P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, 247. Cfr. anche P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 47 s. Su questo punto nella dottrina anglosassone cfr. P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, Oxford, 2004, 329, dove si osserva che «protection of the innocent from wrongful conviction is a key constitutional right at English common law, as much as in American constitutional criminal jurisprudence, though it has seldom been formulated explicitly or openly discussed in these terms on the side of the Atlantic».

18 G. LEONE, *Lineamenti*, cit., 174.

19 Cfr. G. LEONE, *Istituzioni di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1965, 62, il quale specifica che il *favor libertatis* non deve essere confuso con il principio del *favor rei* «in base al quale tutti gli strumenti processuali devono tendere allo accertamento della non responsabilità dell'imputato; e concerne non più lo stato di libertà personale bensì l'accertamento di una posizione di merito nei confronti della *notitia criminis*».

In una prospettiva di sistema taluni rilevano come il *favor rei* costituisca un principio a cui si ispirano molteplici istituti giuridici, benché questo non possa essere elevato a principio generale avente carattere normativo. In questa prospettiva, il *favor libertatis*, il *favor innocentiae*, e quindi anche l'*in dubio pro reo*, costituiscono tutte specifiche estrinsecazioni del *favor rei*, che viene quindi declinato in vario modo a seconda della materia e della funzione concretamente svolta (cfr. per tutti G. LOZZI, voce *Favor rei*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 11 s. e 34.).

20 L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2022 (XII rist.), 18 ss. e 31.

21 Per tutti F. CAPRIOLI, voce *Condanna (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, I, Milano, 2008, 102.

22 Sul punto, e con specifico riferimento all'ordinamento americano, centrale è la decisione Supreme Court, sent. 4 marzo 1895, *Coffin v. United States*, 156 US 432, nella quale anzitutto si osserva che «a charge that there cannot be a conviction unless the proof shows guilt beyond a reasonable doubt does not so entirely embody the statement of presumption of innocence as to justify the court in refusing, when requested, to instruct the jury concerning such presumption, which is a conclusion drawn by the law in favor of the citizen by virtue whereof, when brought to trial upon a criminal charge, he must be acquitted unless he is proven to be guilty» (433). Prosegue poi affermando che l'esistenza di una presunzione di innocenza a favore dell'accusato «is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law» (453).

era già stata teorizzata in dottrina prima del citato intervento riformatore²³ e ha una duplice proiezione funzionale. In negativo, stabilisce che la colpevolezza dell'imputato può essere affermata anche in presenza di dubbi non ragionevoli²⁴; questo perché l'*in dubio pro reo* non può comunque intendersi «in un senso troppo comodo per i malfattori», ossia «da piegare a loro favore tutti gli ordini e le risultanze processuali», ma come «criterio apprezzabile con somma prudenza, per dirimere un vero e reale conflitto, quando l'incertezza e il dubbio abbiano un serio ed evidente fondamento, senza per nulla menomare ciò che legittimamente reclama l'interesse repressivo»²⁵. In positivo, invece, fissa il grado di probabilità della colpevolezza necessario per la pronuncia della sentenza di condanna, coincidente non con la regola del 'più probabile che non'²⁶, che caratterizza il processo civile, ma con un grado di probabilità confinante con la certezza, seppur sempre «umanamente ottenibile»²⁷. Una regola così rigorosa è certamente il riflesso dei valori e dei diritti su cui incide il processo penale, che pretende un'alta probabilità quasi pari alla certezza²⁸, nell'ottica – pare opportuno ribadirlo – di evitare una condanna ingiusta²⁹.

In definitiva quindi, l'oltre ogni ragionevole dubbio non costituisce un'intrusione nei poteri cognitivi e decisorii del giudice, ma un precetto che incide sul contenuto ipotetico della decisione, indicando a quali condizioni la presunzione può dirsi superata e, quindi, la colpevolezza accertata³⁰.

Sul punto pare importante evidenziare come l'esperienza dei paesi di *common law* sia stata centrale proprio per sviluppare questa dimensione della presunzione di innocenza posto che invece negli ordinamenti continentali essa si è sviluppata in prevalenza sul terreno della regola di trattamento, «finendo per assurgere a direttrice ideale dei rapporti tra individuo ed autorità all'interno del processo penale» (cfr. P. P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 674.).

23 Cfr. G. CANZIO, *L'oltre il ragionevole dubbio' come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2004, 305.

24 P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Il nuovo regime dell'impugnazione tra Corte e costituzionale e sezioni unite*, a cura di L. Filippi, Padova, 2007, 139. In argomento cfr. anche D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007, 25 e 32 s., dove osserva che il dubbio puramente scettico, ossia quello «che non ha motivazioni specifiche, legate a ciò che abbiamo motivo di pensare a una specifica situazione», non impedisce al giudice di coltivare credenze giustificate e di attingere alla conoscenza dei fatti.

25 L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, cit., 16.

26 Sul quale si rinvia a V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.

27 Per tutti cfr. F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 784 ss. e 812.

28 Cfr. C.E. PALIERO, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, in *Guida dir.*, 10, 2006, 74, secondo il quale «solo una verità processuale 'forte', nei termini di una (quasi) assoluta certezza, scongiura il pericolo che venga banalizzato il valore dell'innocenza (e della presunzione costituzionale che vi è correlata) già di per sé inevitabilmente minato dal processo, oggi spesso inteso e vissuto – carnaluttianamente – come «una sanzione in divenire».

29 P. FERRUA, voce *Regole di giudizio*, cit., 730, il quale, riportando un'interessante metafora di Wittgenstein, evidenzia come 'colpevole oltre ogni ragionevole dubbio' significa che si è giunti a un punto, indeterminabile a priori, dove il dubbio, «che deve sempre armare il giudice, ha incontrato lo strato duro della roccia, rappresentata dalle prove, e si è piegata, risultando inaccettabile ogni spiegazione diversa dalla colpevolezza».

30 Cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 99.

Tutto ciò posto, dall'interazione con altri principi costituzionali, tra cui, anzitutto, il diritto di difesa, discendono una serie di corollari.

3. *Autodifesa e onere di collaborazione.*

Il difendersi è l'attività che meglio riassume la posizione del soggetto sottoposto a procedimento penale³¹, oltre che rappresentare l'estrinsecazione della fisiologica dialettica connaturata al contraddittorio³². È per tale ragione che la difesa assurge al rango di diritto fondamentale³³.

Il collegamento con la presunzione di innocenza discende dal fatto che, come efficacemente osservato, «la legittima pretesa che sia l'accusa a provare tutti gli elementi della fattispecie esclude la sussistenza, sotto qualsiasi forma, di un onere di difesa. L'imputato ha la più ampia libertà di scegliere se svolgere o no attività probatoria, se controdedurre per confutare le accuse o limitarsi alla negativa. L'opportunità di attenersi all'una o all'altra condotta dipende naturalmente dalla concreta situazione processuale; in particolare dall'entità delle prove a carico»³⁴.

In altri termini, in via generale non grava alcun onere di collaborazione in capo all'imputato, il quale può decidere se e come avvalersi degli strumenti difensivi che l'ordinamento gli riconosce, potendo altrimenti lasciare che il procedimento fluisca, giungendo fisiologicamente a una decisione, nella consapevolezza di potersi comunque giovare dell'*in dubio pro reo*. Fatta questa centrale premessa, pare opportuno analizzare più nel dettaglio quali siano in concreto le prerogative dell'imputato e le garanzie di cui gode.

Anzitutto bisogna distinguere tra 'difesa personale' o 'autodifesa' e 'difesa tecnica' o 'formale': la prima comprende il complesso delle attività attraverso le quali l'accusato influisce sullo sviluppo del processo, partecipando personalmente alla ricostruzione del fatto e alla individuazione delle sue conseguenze giuridiche, nonché al controllo sulla regolarità degli atti compiuti; la seconda invece «consiste nell'assistenza giuridica fornita all'accusato da un difensore, il quale svolge la propria attività a fianco al difeso, che comunque può continuare ad agire in nome per conto proprio»³⁵.

31 G. BELLAVISTA, voce *Difesa: II) difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, vol XII, Milano, 1964, 454 s.

32 G. UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 434.

33 O. DOMINIONI, *La qualità d'imputato*, in ID., *Le parti nel processo penale*, cit., 156 ss. nonché O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 42. Nella giurisprudenza costituzionale cfr. C. cost., sent. 10 – 24 marzo 1994, n. 98, par. 2 del considerato in diritto, dove la corte osserva che il diritto di difesa è stato «inserito nel quadro dei diritti inviolabili della persona».

34 In questi termini G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 191.

35 Cfr. G. UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., 434 ss. Analogamente G. BELLAVISTA, voce *Difesa: II) difesa giudiziaria penale*, cit., 456 ss.

In termini del tutto coincidenti nella giurisprudenza costituzionale C. cost., sent. 23 – 29 aprile 1975, n. 99, par. 2 del considerato in diritto, dove afferma che accanto alla difesa tecnica, cui attende il difensore, di grande importanza è «l'autodifesa, che ha riguardo a quel complesso di attività mediante le quali l'imputato

Nell'ambito della difesa tecnica rientrano, oltre che tutte le attività di assistenza difensiva, anche le cd. indagini difensive che consentono al difensore e ai suoi ausiliari di ricercare e raccogliere elementi di prova a discarico³⁶; pare comunque opportuno ribadirlo, si tratta di una facoltà processuale e non di un obbligo.

Quanto poi all'autodifesa si è soliti distinguere tra passiva e attiva³⁷. La prima è riassunta nella «icastica massima di lontana ascendenza» del *nemo tenetur se detegere*, che, come osservato da attenta dottrina, rappresenta la «sintesi di una pluralità di garanzie a proposito dei limiti entro i quali è ammissibile che la persona contro la quale il procedimento penale si svolge (o può venire a svolgersi) debba prestare la propria collaborazione»³⁸. Quanto al fondamento, pur non trovando espresso riconoscimento nella Carta costituzionale, autorevoli voci dottrinali³⁹, trovando l'autorevole avallo della Consulta⁴⁰ e della Corte Edu che, in molteplici pronunciamenti ne ha evidenziato lo stretto legame proprio con la presunzione di innocenza e, più in generale, del giusto processo⁴¹, senza, peraltro nasconderne la natura relativa, in quanto suscettibile

è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo e di contribuire così, attivamente, ad una più sicura ricerca della verità materiale».

36 Di recente sul tema L. SURACI, *Le indagini difensive penali*, Torino, 2021.

37 In questi termini L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 115.

38 Così M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2022, 251.

39 Cfr. P. MOSCARINI, voce *Silenzio dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010, 1080 s., dove evidenzia che si tratta di una garanzia talmente importante da assurgere al rango di *ius receptum* della civiltà giuridica occidentale. Valorizza in particolare il rapporto tra diritto di difesa e diritto al silenzio P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 1950, 289 e, più di recente, P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere*, in *Ind. pen.*, 1999, 1080.

40 Cfr. ord. 19 – 26 giugno 2002, n. 291 dove la Corte osserva che «il principio *nemo tenetur se detegere* è un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova nella peculiare situazione di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre».

41 Cfr. in particolare sent. 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, §44 in HUDOC, nonché sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, §45 in HUDOC. Con specifico riguardo alla presunzione di innocenza nell'ambito dell'ampia giurisprudenza della Corte, è possibile ricordare in particolare la sentenza sent. 21 dicembre 2000, *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, §40, dove si osserva che «although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, (...) the rights to silence and the right not to incriminate oneself, are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention» (C. eur. dir. uomo, sent. 21 dicembre 2000, §40. In termini del tutto coincidenti anche sent. 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, §68 in HUDOC e sent. 21 dicembre 2000, *Quinn c. Irlanda*, §40). In termini del tutto analoghi si è espressa nella sent. *Jalloh c. Germania*, cit., in particolare §100 s., dove la Corte osserva che «as regards the use of evidence obtained in breach of the right to silence and the privilege against self-incrimination, the Court observes that these are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to

quindi di limitazioni⁴². Ad oggi le questioni relative al fondamento del *nemo tenetur se detegere* sembrerebbero definitivamente superate in virtù dell'art. 7 della citata direttiva 2016/343, così come trasposto dall'art. 4, comma 1, lett. b) del d.lgs. 188/2021, che ha modificato l'art. 314, comma 1, c.p.p. in materia di ingiusta detenzione⁴³.

Tra i presidi processuali cui si faceva cenno ricordiamo⁴⁴, anzitutto il diritto a non essere interrogati, il cd. *right to not be questioned*, secondariamente, secondariamente il diritto a non contribuire alla propria incriminazione, il cd. *privilege against self-incrimination*, nonché lo *ius tacendi*, che costituisce il «principio cardine del nostro sistema processuale»⁴⁵.

Quanto ora affermato è consacrato dalla disciplina codicistica, e in particolare dagli artt. 63, comma 1,⁴⁶ e 64⁴⁷ c.p.p., dalla cui lettura sistematica sembra emergere il

incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused». In dottrina cfr. F. ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in *Giurisprudenza europea e processo penale*, cit., 179 ss.

42 Cfr. sent. *Heaney e Mc Guinness c. Irlanda*, cit., §40 e *Quinn c. Irlanda*, cit., §40. Più specificamente, non può essere invocato per impedire l'acquisizione di quegli elementi probatori che, pur essendo strettamente inerenti alla persona sottoposta a procedimento penale, esistono indipendentemente dalla sua libera e consapevole autodeterminazione, come accade nel caso di prelievo coattivo di sostanze organiche utili ai fini dell'accertamento giudiziario (cfr. sul punto P. MOSCARINI, voce *Silenzio dell'imputato*, cit., 1091).

43 Su questi aspetti cfr. *infra* nt. 67.

44 Cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 252 ss. Sul punto cfr. anche V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 3 s., il quale evidenzia come il brocardo «sia spesso richiamato con riguardo ad una gamma di comportamenti piuttosto eterogenei, dal rifiuto della parte di produrre 'contra se instrumenta propria' fino alla falsa testimonianza di cui vi sia stato costretto 'dalla necessità di salvare sé medesimo da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore'. Del resto, anche restringendo il campo alla posizione processuale dell'imputato sottoposto ad interrogatorio, l'ambito di riferimento del principio de quo non risulta individuata in termini costantemente univoci, essendo stato talora esteso ad abbracciare, accanto all'ipotesi del silenzio, la diversa ipotesi del mendacio proveniente dall'imputato». Parla di polivalenza semantica E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. pen.*, 1974, 412.

45 Testualmente C. cost., sent. 22 – 30 giugno 1994, n. 267, in *Giur. cost.*, par. 3 del considerato in diritto.

46 Ai sensi del quale nel caso di dichiarazioni 'auto indizianti' rese da un soggetto che sembrava estraneo al reato, l'autorità procedente deve interrompere l'esame; conseguentemente l'obbligo *de veritate* del testimone cede di fronte all'evenienza che questi possa essere chiamato a deporre 'sui fatti dai quali potrebbe derivare una sua responsabilità penale' (art. 198, comma 2, c.p.p.), godendo appunto di un privilegio, e fermo restando che sarà onere del testimone fornire gli elementi necessari per far capire che il suo rifiuto di rispondere non è arbitrario (per tutti A. CAMON, *Le prove*, in *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2023, 361 s.).

47 In forza del quale, l'indagato e l'imputato possono liberamente scegliere se sottoporsi all'interrogatorio potendo avvalersi della facoltà di non rispondere. Si profila quindi l'incompatibilità assoluta del ruolo di imputato con la posizione di testimone 'sul fatto proprio', che non ammette deroghe neppure nel caso in cui l'imputato abbia prestato il proprio consenso o ne abbia fatto richiesta, ammettendosi invece un'eccezione qualora l'imputato sia chiamato a deporre 'sul fatto altrui' (cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 252 ss. e 298 ss.). In argomento giova ricordare che la disciplina relativa alle dichiarazioni sul fatto altrui dell'imputato può assumere due diverse forme. Anzitutto l'art. 197 bis c.p.p. disciplina la cd. 'testimonianza assistita'. L'imputato in procedimento connesso o collegato ex art. 371, comma 2, lett. b) può essere sempre sentito come testimone quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza

sentimento secondo cui la persona sottoposta a procedimento penale non deve essere considerata «quale depositario di una verità da carpire a ogni costo, ma – in ossequio alla fisiologica struttura dei processi accusatori⁴⁸ – è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo»⁴⁹, indipendentemente dalla gravità degli illeciti⁵⁰. Quest'aspetto si lega visceralmente alla necessità di tutelare la piena libertà morale della persona⁵¹, da cui discende un inviolabile *ius tacendi*. D'altro parte, come detto, se in capo all'accusa vi è un obbligo di agire, l'imputato, proprio in virtù dell'art. 27, comma 2, Cost., non ha l'obbligo a reagire per discolparsi; nel ventaglio delle sue opzioni difensive, egli può quindi scegliere di rimanere inerte, difendendosi attraverso il silenzio⁵².

Questione diversa è se sussista oltre al diritto al silenzio anche un diritto a mentire, quale forma di autotutela attiva. Posto che il tema è stato lungamente dibattuto in dottrina⁵³, ad oggi deve ritenersi che, acclarata la differenza qualitativa tra silenzio e

irrevocabile o di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. nonché, solo se si tratta di connessione debole ex art. 12, comma 2, lett. c), anche qualora renda dichiarazioni etero-incriminanti ex art. 64, comma 3, lett. c). In tali circostanze, pur acquisendo la veste di testimone, l'imputato gode di fondamentali garanzie, che operano ex ante (comma 4) ed ex post (comma 5). Qualora non si ricada nell'ipotesi ex art. 197 bis c.p.p., troverà applicazione l'art. 210 c.p.p.: la norma prescrive l'obbligo presentarsi ma al tempo stesso riconosce l'obbligo ad essere assistite da un difensore e, soprattutto, la facoltà di non rispondere (cfr. V. GREVI – G. ILLUMINATI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Padova, 2025, 309 e 322 ss.)

48 Sul punto G. PIERRO, voce *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, in particolare 323 e 328 s.

49 In questi termini G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 193.

50 Cfr. anche G.C., sent. 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, in particolare §97.

51 V. GREVI, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1998, 1131, nonché G. VASSALLI, *La libertà morale (contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1623 ss.

52 Cfr. anche P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 74 s.

53 In passato era stato autorevolmente sostenuto che l'indagato-imputato aveva il dovere di rispondere al giudice secondo verità in quanto colui «che nasconde, affinché non sia punito, il suo delitto, somiglia a un malato, che nasconde, affinché non sia curata, la sua malattia» (F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1947, 168 ss.). Solo apparentemente meno *tranchant* erano le posizioni di chi sosteneva che l'imputato non avesse un vero e proprio obbligo di dire la verità ma unicamente l'onere e pertanto un comportamento reticente o menzognero rappresentava un risultato probatorio utilizzabile dal giudice per la formazione del suo convincimento. Alla base di questa soluzione interpretativa vi era l'idea che, stando all'*id quod plerumque accidit*, l'imputato innocente «fin dal primo momento svela apertamente l'animo suo, perché non ha che da dire la verità. Chi si riserva e tace è il delinquente più scaltro, pericoloso» (G. GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Torino, 1949, 184 s.). Altre autorevoli voci dottrinali, opponendosi all'esposta ricostruzione, fanno discendere la facoltà di mentire proprio dallo *ius tacendi* evidenziando che, nel contesto dell'autodifesa, «il silenzio ne rappresenta la massima espressione perché forma di assoluta mancanza di volontà di collaborare con la giustizia rispetto alla quale la possibilità di rispondere mendacemente discende *a fortiori*. Facoltà di non rispondere, non semplicemente diritto al silenzio, significa anche poter rispondere come si vuole e, quindi, anche mentire» (in questi termini C. TAORMINA, *Silenzio e mendacio dell'imputato sui suoi precedenti penali*, in *Giur. cost.*, 1976, 1454).

mendacio⁵⁴ e ferma la possibile rilevanza penale delle dichiarazioni false, sembra più corretto rilevarne la comune matrice garantista, in quanto forme di estrinsecazione del diritto costituzionale di autodifesa⁵⁵.

L'autodifesa attiva, garantita dalla possibilità di mentire, integra il «versante passivo» assicurato dal riconoscimento della facoltà di non rispondere. I due elementi sono autonomi e al tempo stesso complementari non potendosi ipotizzare la compensazione delle limitazioni eventualmente imposte al mendacio con l'alternativa del silenzio; in caso contrario il diritto di difendersi ne risulterebbe dimezzato in quanto garantito solo l'aspetto passivo⁵⁶.

Emerge quindi che, se certamente l'imputato goda di una sicura facoltà a mentire quale percorribile strada difensiva, al tempo stesso questa non possa assurgere al rango di vero e proprio diritto, con una funzione scriminante.

Ebbene, alla luce dell'analisi sin qui svolta, possiamo affermare che in via generale non grava alcun onere di collaborazione in capo all'imputato, il quale può scegliere liberamente la propria strategia difensiva. Fermo questo centrale assunto, alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali della Suprema Corte sembrano introdurre un vero e proprio obbligo di attiva cooperazione in capo all'indagato, utilizzando quale *escamotage* lessicale quello dell'«onere di allegazione».

Lo *starting point* dell'analisi corrisponde proprio alla rilevanza probatoria da attribuire al silenzio, che, come detto, dovrebbe essere del tutto neutro. A un rigoroso indirizzo dottrinale secondo cui il comportamento taciturno o reticente sul fatto proprio, non possa assumere alcuna rilevanza ai fini del procedimento e, *a fortiori*, della decisione⁵⁷, si contrappongono alcune pronunce della Cassazione⁵⁸ dove, con l'avallo dei Giudici

54 Sulla quale cfr. A. MACCHIA, voce *Interrogatorio*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1983, 329 dove viene evidenziato che, mentre il silenzio implica il rifiuto, anche solo parziale, del dialogo e della collaborazione con gli organi inquirenti, il mendacio rientra nella dialettica processuale e presuppone un *facere* da parte dell'imputato.

55 In questi termini già V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1972, 205, dove l'illustre autore osserva che «l'imputato può dare risposte anche contrarie al vero, per quanto riguarda il merito dell'accusa, senza che perciò possa assoggettarsi a veruna misura direttamente coercitiva o penale. Per lui, il delitto di falso giudiziale non esiste rispetto alle mendaci dichiarazioni di merito. Vale, infatti, la regola: *nemo tenetur se detegere*, e si ritiene umano ed equo indulgere a chi si difende anche con mezzi moralmente riprovevoli. Ma se, oltre che moralmente riprovevoli, tali mezzi sono altresì per se stessi delittuosi, l'imputato ne assume naturalmente la relativa responsabilità, qualora la sua difesa concreti un reato». Più di recente V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 94 e F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 246 s. e 254 s. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale appare opportuno ricordare sent. 9 - 16 maggio 1994, n. 179, par. 5.1 del considerato in diritto, dove si afferma che «l'imputato non gode solo della facoltà di non rispondere, ma non ha nemmeno l'obbligo di dire la verità».

56 Cfr. O. MAZZA, voce *Interrogatorio dell'imputato*, cit., 728.

57 In argomento per tutti F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 254, dove l'illustre Autore osserva che «siccome *nemo tenetur se detegere* non è arguibile niente a carico del *taciturnus* (nemmeno quale riscontro obiettivo dei dati ricavabili *aliunde*)» (il corsivo è nostro).

58 Per un quadro cfr. P. MOSCARINI, voce *Silenzi dell'imputato*, cit., 1093 s.

di Strasburgo⁵⁹, pur negando che il silenzio possa avere un valore probatorio a carico dell'indagato, ha rilevato che se la mancata risposta, a una o più domande, si risolve nella mancanza di spiegazioni relativamente a un quadro probatorio per lui negativo, tale contegno costituisce un 'implicito riscontro' di tali risultanze⁶⁰. In altri termini, viene imposto un onere di allegazione in capo all'accusato che si risolve in un onere a 'rompere il silenzio' qualora questi voglia ottenere un esito processuale favorevole o comunque meno sfavorevole.

Emblematico sul punto è un recentissimo pronunciamento dove la Cassazione ha evidenziato che «sebbene nel nostro sistema processuale penale non sia previsto un onere probatorio a carico dell'imputato (...) è tuttavia prospettabile un onere di allegazione», in forza del quale quest'ultimo «è tenuto a fornire le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di fatti e circostanze ignoti che siano idonei, ove riscontrati, a volgere il giudizio in suo favore»⁶¹. In definitiva quindi la giurisprudenza della Corte

59 Cfr. sent. 2 maggio 2000, *Condron c. Regno Unito*, §56 dove la Corte osserva che «the question whether the right to silence is an absolute right must be answered in the negative. It noted in that case that whether the drawing of adverse inferences from an accused's silence infringes Article 6 is a matter to be determined in the light of all the circumstances of the case, having regard to the situations where inferences may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation. The Court stressed (...) that since the right to silence, like the privilege against self-incrimination, lay at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6, particular caution was required before a domestic court could invoke an accused's silence against him. Thus it observed that it would be incompatible with the right to silence to base a conviction solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. Nevertheless, the Court found that it is obvious that the right cannot and should not prevent that the accused's silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution». Il medesimo principio è stato poi ripreso anche dalla giurisprudenza seguente e in particolare dalla sentenza 8 ottobre 2002, *Beckles c. Regno Unito*, dove la Corte, oltre a ribadire quanto già affermato ha ulteriormente evidenziato che «whether the drawing of adverse inferences from an accused's silence infringes Article 6 is a matter to be determined in the light of all the circumstances of the case, having regard to the situations where inferences may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation. Of particular relevance are the terms of the trial judge's direction to the jury on the issue of adverse inferences» (cfr. §59).

60 In particolare, cfr. Cass., Sez. IV, 9 febbraio – 28 marzo 1996, n. 3241 la quale osserva che «il silenzio, garantito all'imputato come oggetto di un suo diritto processuale, non può essere utilizzato, in contrasto con tale garanzia, quale tacita confessione di colpevolezza. Ciò, però, non può comportare una limitazione legale della sfera del libero convincimento del giudice, sicché la convinzione di reità può legittimamente basarsi sulla valorizzazione in senso probatorio di idonei elementi in ordine ai quali il silenzio dell'imputato viene ad assumere valore di mero riscontro obiettivo». Più di recente Cass., Sez. II, sent. 28 gennaio – 13 febbraio 2015, n. 6348, dove la Corte osserva che «(s)e è vero, infatti, che il silenzio serbato dall'indagato in sede di interrogatorio non può essere utilizzato dal giudice quale elemento di prova a suo carico; è vero anche che tale silenzio - quale condotta processuale - può essere considerato dal giudice, che può desumere da esso 'argomenti di prova', utili per la valutazione degli elementi di prova *aliunde* acquisiti».

61 Cass., sez. VI, sent. 11 marzo – 29 aprile 2025, n. 361, par. 11 del considerato in diritto. Si tratta di un procedimento dove il ricorrente era imputato per corruzione e la Corte dopo aver affermato che graverebbe sull'imputato un onere di allegazione ha poi proseguito osservando che l'imputato «non ha

di Cassazione si fa promotrice di un meccanismo *sui generis* che altera le regole processuali in quanto finisce per introdurre un vero e proprio onere di collaborazione in capo all'imputato.

Questo indirizzo giurisprudenziale appare scarsamente convincente perché si pone in totale distonia con la presunzione di innocenza quale regola di giudizio. Come ampiamente detto, l'*onus probandi* ricade sulla pubblica accusa e pertanto qualora il pubblico ministero non sia in grado di fornire la prova oltre ogni ragionevole dubbio, e quindi, come nel caso di specie, permangano dei dubbi circa l'esatta concatenazione dei fatti, il risultato non può che essere una sentenza di proscioglimento. Il mancato rispetto di questa logica sequenza *decidendi*, e quindi l'introduzione di *escamotage* argomentativi come quello in parola, determina la torsione dell'*in dubio pro reo* nell'*in dubio contra reum*, posto che, come rilevato anche dalla Corte Edu in alcune significative pronunce, l'esistenza di un dubbio ragionevole, a cui non sia seguita una puntuale spiegazione da parte dell'imputato, finisce per determinare la condanna dell'imputato piuttosto che l'assoluzione⁶².

In secondo luogo, è lapalissiana la sua illogicità, in quanto viene attribuito un diritto all'imputato facendo derivare un effetto negativo dal suo esercizio⁶³, senza poi contare che la psicologia giudiziaria ha rilevato da tempo la 'non significatività' dell'atteggiamento silente della persona sottoposta a procedimento penale posto che sono svariate le motivazioni che inducono a un siffatto contegno⁶⁴.

Non solo, una siffatta soluzione ermeneutica sembra porsi in contrasto con una interpretazione sistematica eso-normativa a cominciare dall'art. 111, comma 4, Cost. nella parte in cui prevede che «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente

mai inteso fornire una precisa ricostruzione degli eventi, né spiegato le ragioni per le quali si sia prestato ad eseguire la consegna di denaro ad un giudice che sapeva essere prossimo a decidere sull'istanza di revoca della misura avanzata dal padre, titolare dello studio legale per il quale collaborava».

62 In *Telfner c. Austria* il ricorrente era stato condannato per aver cagionato lesioni colpose stradali; la relativa sentenza era stata adottata basandosi sulle dichiarazioni della polizia locale della madre del ricorrente, la quale aveva affermato che la notte dell'incidente il ricorrente non aveva fatto ritorno a casa, valorizzando poi il silenzio serbato proprio dall'indagato, che si era rifiutato di fornire una versione alternativa dell'accaduto. La Corte richiama anzitutto il proprio *case law* in materia di diritto al silenzio, osservando in particolare che il silenzio dell'accusato può rappresentare una legittima fonte di inferenza solo quando, alla luce del compendio probatorio raccolto, l'unica *common-sens inference* ricavabile dal silenzio sia che l'accusato non è in grado di fornire una spiegazione alternativa della vicenda. Ritenne comunque violato l'art. 6§2 perché «richiedendo al ricorrente di fornire una spiegazione nonostante non fossero stati in grado di stabilire un convincente caso *prima facie* contro di lui, i giudici hanno spostato l'onere della prova dall'accusa alla difesa», basando la condanna su una presunzione – fondata su elementi probatori di dubbia attendibilità – a cui non aveva fatto seguito la prova contraria

(cfr. C. eur., dir. uomo, sent. 20 marzo 2001, *Telfner c. Austria*, §12 ss.).

63 O. MAZZA, *L'interrogatorio*, cit. 378. Nonché V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 108.

64 V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 55.

sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore»; in altri termini, la centralità del contraddittorio nella formazione della prova acquista una tale rilevanza da escludere, usando le parole della Consulta, qualunque «valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi»⁶⁵. Ancora, l'art. 7§5 della citata direttiva del 2016 espressamente prescrive che l'esercizio del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi da parte dell'indagato o dell'imputato non possa essere utilizzato contro di loro e non è considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato ascritto loro. Da ultimo, a livello di legge ordinaria non si po' non ricordare due fondamentali disposizioni contenute nel codice di procedura penale. L'art. 274, comma 1, lett. a) c.p.p., nell'imporre, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare, l'individuazione di situazioni di attuale e concreto pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, precisa che queste non possono essere desunte dal rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né dalla mancata ammissione degli addebiti⁶⁶. Secondariamente, in materia di riparazione per ingiusta detenzione, l'attuale formulazione dell'art. 314, comma 1, c.p.p., così come modificato dal citato d.lgs. 188/2021, afferma che il diritto al risarcimento per i danni cagionati non può essere negato o comunque condizionato dall'essersi l'imputato avvalso delle facoltà di cui all'articolo 64, comma 3, lett. b) c.p.p.⁶⁷.

4. *Presunzioni di colpevolezza e dinamiche processuali.*

Cambiamo prospettiva. Nella parte in cui la presunzione di innocenza impone che la responsabilità sia 'legalmente accertata', e nel fissare quindi la regola dell'*in dubio pro reo*, il principio si concentra, da un lato, sull'oggetto di quell'accertamento, che, come

65 C. cost., sent. 14 – 26 febbraio, 2002, n. 32, par. 6 del considerato in diritto. Sul punto cfr. M. GIALUZ, *Art. 111*, in S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 992 ss.

66 In argomento cfr. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 353, il quale, riflettendo sulle preoccupanti ragioni che hanno portato il legislatore a intervenire con questa nuova interpolazione, ricorda che la «strategia della detenzione 'breve o in transito' era evidentemente finalizzata a permettere lo svolgimento dell'interrogatorio in condizioni di estrema prostrazione per il soggetto che subiva la minaccia incombente della carcerazione come un potente stimolo alla confessione». Sul punto attenta dottrina osserva come tale disposizione rischia di tradursi in una norma 'manifesto' che potrebbe assumere una portata realmente sistematica solo qualora la regola in essa contenuta fosse applicata anche in relazione alle esigenze cautelari di cui alle lett. b) e c) (cfr. V. GREVI - M. CESERA - GASTALDO, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 374 ss.).

67 Grazie all'intervento riformatore del 2021 a cui si è accennato, deve ritenersi superato quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «in tema di riparazione per l'ingiusta detenzione, il mendacio dell'indagato in sede di interrogatorio, sebbene espressione del diritto di difesa, costituisce una condotta volontaria fortemente equivoca, che, andando al di là del mero silenzio, può avvalorare gli indizi su cui si fonda la misura cautelare qualora investa elementi di indagine significativi e, quindi, può assumere rilievo ai fini dell'accertamento del dolo o della colpa grave, ostativi alla riparazione» (cfr. *ex multis* da ultimo Cass., sez. IV, sent. 2 – 18 dicembre 2020, n. 36478).

detto, coincide con la responsabilità dell'imputato, dall'altro, sul come questa attività deve essere svolta.

La presunzione di innocenza, quindi, pur nella sua dimensione di regola di giudizio, sembrerebbe avere un'importante ricaduta sostanziale: si pongono in contrasto con tale principio quelle presunzioni di fatto o di diritto che determinano l'inversione dell'onere della prova, introducendo così una vera e propria presunzione di colpevolezza, tanto dell'elemento soggettivo quanto di quello oggettivo.

La Corte Edu ha fornito alcune importanti indicazioni nel *leading case Salabiaku c. Francia*. Anzitutto rileva che «gli Stati contraenti possono, a determinate condizioni, sanzionare un fatto semplice o oggettivo in quanto tale, indipendentemente dal fatto che derivi da un'intenzione criminale o da una negligenza»⁶⁸; secondariamente, osserva che le presunzioni di fatto o di diritto sono rinvenibili in ogni ordinamento e che queste non possano essere considerato *ex se* incompatibili con la Convenzione. Fatte queste due osservazioni di principio, la Corte sposta il *focus* sulle presunzioni evidenziando che queste non possono essere impiegate in maniera del tutto indiscriminata; l'art. 6§2 infatti impone agli Stati di limitarle entro confini ragionevoli «tenendo in conto l'importanza della posta in gioco e preservando il diritto di difesa»⁶⁹. In altri termini, qualora siano introdotte presunzioni nella materia penale, «the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence», e quindi «the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved»⁷⁰.

In ragione di queste premesse, la soluzione propendeva verso una condanna dello Stato francese poiché, nel caso sottoposto all'analisi della Corte, il ricorrente lamentava di esser stato condannato per il delitto di contrabbando in quanto semplice detentore della merce e quindi in virtù di un mero meccanismo presuntivo. Invece, i Giudici di Strasburgo ritennero non violato l'art. 6§2; osservarono, infatti, che non bisogna valutare la conformità della norma penalistica in astratto, dovendosi invece guardare al come questa viene in concreto e se gli organi giudiziari abbiano rispettato i principi processuali. Più nel dettaglio la Corte di Strasburgo osserva che le autorità parigine non si sono accontentate dell'automatismo previsto dalla norma, verificando la proprietà del baule contenente la merce vietata e avvertendo il ricorrente di non prendere possesso del baule a meno che non fosse stato sicuro che esso gli appartenesse⁷¹.

Ebbene la sentenza ora citata, oltre che essere la capofila di un nutrito *case law*, è di vitale importanza perché traccia una centrale distinzione tra due diversi problemi: il primo è l'ammissibilità di forme di responsabilità oggettiva, che, come espressamente rilevato, non sono ritenute *sic et simpliciter* incompatibili con la Convenzione; il

68 Il testo in lingua inglese recita così: «contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence».

69 C. eur. dir. uomo, sent. 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*, §27 s.

70 C. eur. dir. uomo, sent. 23 luglio 2002, *Janosevic v. Sweden*, § 101.

71 C. eur. dir. uomo, *Salabiaku c. Francia*, cit., §29 s.

secondo, è appunto il ruolo delle presunzioni fatto e di diritto e il loro rapporto con la presunzione di innocenza nella misura in cui alterano l'*onus probandi*⁷². Si tratta di una distinzione di non poco momento poiché un conto sono le norme che introducono forme di responsabilità oggettiva, prescindendo quindi *in toto* dall'elemento soggettivo, e dovendo quindi essere analizzate in virtù del principio di colpevolezza così come costituzionalizzato dalla Consulta⁷³. Altra cosa sono le ipotesi di responsabilità penale dove il legislatore, semplifica l'attività degli organi inquirenti, presumendo taluni elementi costitutivi del fatto, tra cui, potenzialmente, anche l'elemento soggettivo. È proprio su questo basileare *distinguishing* che si fondano le successive pronunce della Corte Edu che confermano i due principi di diritto ora ricordati⁷⁴.

72 La distinzione era già stata messa in evidenza da G. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 377 ss., dove il Maestro patavino, riprendendo il pensiero del Battaglini, evidenzia che «nei casi di responsabilità obiettiva non si presume la colpa, ma si prescinde dalla colpa stessa ritenendosi sufficiente per la imputabilità del fatto l'esistenza del semplice nesso di causalità materiale tra l'azione e l'evento», rilevando poi che oggi, «i casi di responsabilità obbiettiva si spiegano sulla base di considerazioni politico-criminali che spingono il legislatore a essere in determinate circostanze particolarmente severo».

73 Il principio di colpevolezza nel suo significato evolutivo, ossia come *nullum crimen sine culpa*, benché già teorizzato dalla più autorevole dottrina (cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria del reato*, in *Noriss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 89 ss.; C. F. GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 410 ss.; D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza ed il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, 499 ss.; A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1289 ss.), si è affermato, *rectius* è stato costituzionalizzato, solo di recente, con la sentenza della Consulta 23 – 24 marzo 1988, n. 364 (sulla quale cfr. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.) nonché con la sentenza di poco successiva n. 1085/1988. In quell'occasione Consulta legando inscindibilmente i commi 1 e 3 dell'articolo 27, evidenziò la necessità che il fatto possa essere addebitato al soggetto agente quantomeno a titolo di colpa, in quanto in caso contrario non potrebbe essere iniziato proficuamente alcun percorso rieducativo dal momento che il reo, non essendo colpevole, non avrebbe bisogno di alcuna rieducazione. Emerge dalle tue sentenze citate che la responsabilità penale richiede il dolo o almeno la colpa rispetto a «tutti e ciascuno di che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie». Questo fondamentale soluzione ermeneutica è stata poi ripresa e confermata dalla Corte costituzionale nel 2007 (sent. 11 – 24 luglio 2007, n. 322, in particolare par. 2.3. del considerato in diritto). Il quell'occasione la Consulta ebbe modo di evidenziare che il principio di colpevolezza partecipa delle medesime finalità della legalità, in quanto esso mira «a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata ('calcolabilità') delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; 'calcolabilità' che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili». In ragione di questa fondamentale funzione, la colpevolezza svolge un ruolo fondante e in quanto tale è dotata di una capacità di resistenza maggiore alle sollecitazioni di segno inverso. Infatti, l'affermazione del principio *nullum crimen, nulla pena sine culpa* rappresenta una «capitale conquista» (così S. CANESTRATI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2017, 228) poiché porta a dover escludere, o quantomeno rileggere in chiave costituzionalmente orientata, quelle ipotesi di responsabilità oggettiva che (ancora) albergano nell'ordinamento.

74 Nell'ambito del *case law* della Corte Edu a conferma di questo duplice principio cfr. di recente in particolare C. eur. dir. uomo, GC, sent. 18 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, §243, dove la Corte osserva che da un lato «gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di punire penalmente un atto commesso fuori dal normale esercizio di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione e, quindi, di definire gli

Con particolare riguardo all'utilizzo delle presunzioni, emerge quindi che i legislatori nazionali possono prevedere semplificazioni in materia di *onus probandi* purché siano rispettati i limiti della necessaria tutela dei diritti e delle garanzie processuali, tra cui in particolare il diritto di difesa⁷⁵. In argomento il caso *A.G. c. Malta* sembra essere particolarmente significativo. I giudici di Strasburgo ritennero che non fosse stato violato l'art. 6§2 invocato dal ricorrente, direttore di una società commerciale, che era stato condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria in virtù di una norma che sancisce la responsabilità del direttore per il reato commesso dalla compagnia, salvo che egli non fosse in grado di provare che il reato era stato commesso a sua insaputa o che comunque aveva impiegato tutta la diligenza dovuta per evitare la commissione dello stesso. In definitiva quindi la Corte conferma che, se da un lato l'utilizzo delle presunzioni non è proibito, è necessario il rispetto di alcuni limiti, tra cui in particolare il diritto di difesa, che parrebbe essere sempre rispettato qualora la presunzione non sia relativa⁷⁶.

Gli approdi ermeneutici dei giudici Strasburgo trovano oggi puntuale trasposizione nel considerando 22 della direttiva 2016/343⁷⁷.

Il tema sin qui trattato risulta essere di particolare interesse con riferimento alla presunzione di illecita locupletazione. Questo singolare istituto affonda le proprie radici nella confisca disciplinata dall'articolo 12 *sexies*, commi 1 e 2, d.l. n. 306 del 1992⁷⁸,

elementi costitutivi di tale reato», rendendo «punibile un fatto materiale od oggettivo considerato di per sé, che provenga o meno da un intento criminoso o da una negligenza»; dall'altro, posto che «qualsiasi sistema giuridico prevede delle presunzioni di fatto o di diritto, la Convenzione non vi pone ostacoli in linea di principio, ma in materia penale obbliga gli Stati contraenti a non superare in proposito un certo limite. Ora, risulta dalla giurisprudenza che questo limite è superato quando una presunzione ha l'effetto di privare una persona di qualsiasi possibilità di disculparsi rispetto ai fatti di cui è accusata, privandola così del beneficio dell'articolo 6 § 2 della Convenzione».

75 C. eur., dir. uomo, sent. 25 settembre 1992, *Pham Hoang c. Francia*, in HUDOC, particolare §33 ss.

76 C. eur. dir. uomo, sent. 10 dicembre 1991, *A.G. c. Malta*, in HUDOC. Più di recente C. eur. dir. uomo, sent. 3 giugno 2021, *Busuttil c. Malta*, in particolare § 46 ss.

77 L'onere della prova della colpevolezza di indagati e imputati incombe alla pubblica accusa e qualsiasi dubbio dovrebbe valere in favore dell'indagato o imputato. La presunzione di innocenza risulterebbe violata qualora l'onere della prova fosse trasferito dalla pubblica accusa alla difesa, fatti salvi eventuali poteri di accertamento dei fatti esercitati d'ufficio dal giudice, la sua indipendenza nel valutare la colpevolezza dell'indagato o imputato e il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato. Tali presunzioni dovrebbero essere confinate entro limiti ragionevoli, tenendo conto dell'importanza degli interessi in gioco e preservando i diritti della difesa, e i mezzi impiegati dovrebbero essere ragionevolmente proporzionati allo scopo legittimo perseguito. Le presunzioni dovrebbero essere confutabili e, in ogni caso, si dovrebbe farvi ricorso solo nel rispetto dei diritti della difesa (corsivo nostro).

78 Sulla quale si rinvia a A. BARAZZETTA, *La confisca allargata*, in, *Codice delle confische*, a cura di T. E. EPIDENDIO – G. VARRASO, Milano, 2018, 1001 ss.; R. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Giappichelli, 2015, 119 ss.; V. CONTRAFATTO, *La Confisca 'estesa' ex art. 12-sexies d.l. 306/92: presupposti, effetti, profili processuali*, in *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, a cura di A. Balsamo – V. Contrafatto – G. Nicastro, Milano, 2010, 301 ss.

oggi abrogata, e confluita nell'art. 240 *bis* c.p.⁷⁹. Il meccanismo è stato riprodotto anche nella confisca di prevenzione, benché i presupposti applicativi dei due strumenti ablativi siano diversi: quella di prevenzione, infatti, in quanto misura *ante delictum*, non presuppone una sentenza di condanna, elemento imprescindibile della confisca allargata.

La confisca in casi particolari o allargata, infatti, ora come allora, può essere applicata qualora sia stata pronunciata la condanna per determinati delitti tassativamente indicati, i cd. reati 'spia'⁸⁰, sia provata la sproporzione tra il valore del bene e il reddito o l'attività economica, sussista la titolarità o la disponibilità del bene anche per interposta persona⁸¹ da parte del condannato e quest'ultimo non sia in grado di fornire la giustificazione circa la provenienza lecita del bene⁸².

La confisca di prevenzione, invece, può essere applicata a prescindere dalla verifica della pericolosità attuale del proposto, essendo sufficiente l'inquadramento in una delle categorie di pericolosità, e, soprattutto, anche disgiuntamente dalla sorveglianza speciale; quanto ai presupposti oggettivi, oltre alla titolarità o alla disponibilità del bene anche per interposta persona da parte del prevenuto, l'art. 24 Codice Antimafia richiede appunto la sproporzione tra valore del bene e reddito del proposto 'nonché' la provenienza illecita dei beni in questione, a cui non sia seguita la prova della provenienza lecita degli stessi fornita dal proposto. L'infelice formulazione della norma ora richiamata aveva dato adito a un contrasto tra dottrina e giurisprudenza⁸³, sanato

79 Sulla continuità normativa tra la disciplina di cui al citato art. 12 *sexies* e l'art. 240 *bis* c.p. cfr. Cass., Sez. I, sent. 12 novembre 2019 – 20 maggio 2020, n. 15542.

80 L'assoluzione nel merito, quindi, esclude la possibilità di applicare la confisca ex art. 240 *bis* c.p. (cfr. Cass., Sez. II, sent. 1° aprile – 17 giugno 2021, n. 23890).

81 In argomento Cass., Sez. II, sent. 20 maggio – 21 giugno 2022, n. 23937, osserva che la presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale opera anche per quelli intestati al coniuge e ai figli, qualora la sproporzione tra il patrimonio nella titolarità di tali soggetti e l'attività lavorativa dagli stessi svolta, rapportata alle ulteriori circostanze del fatto concreto, appaia dimostrativa della natura simulata dell'intestazione. Nei confronti del terzo estraneo alla commissione di uno dei reati menzionati dall'art. 240 *bis* ai fini dell'operatività della confisca grava sull'accusa l'onere di provare, in forza di elementi fattuali che si connotino di gravità, precisione e concordanza, l'esistenza della discordanza tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene, non essendo sufficiente la sola presunzione fondata sulla sproporzione tra valore dei beni intestati e reddito dichiarato dal terzo, atteso che tale presunzione è prevista dall'art. 240 *bis* c.p. solo nei confronti dell'imputato (così Cass., Sez. II, sent. 15 giugno – 15 ottobre 2023, n. 37880).

82 Cfr. A. M. MAUGERI, voce *Confisca*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 214 ss.

83 La giurisprudenza di legittimità, anche a Sezioni Unite evidenziava come sproporzione e provenienza illecita fossero due requisiti alternativi ed equipollenti; più nel dettaglio, la sproporzione non era un indizio di derivazione illecita ma una «base giustificativa autosufficiente dell'ablazione» (cfr. Cass., Sez. Un., sent. 26 giugno 2014 – 2 febbraio 2015, n. 4880, par. 6 del considerato in diritto). In definitiva quindi la confisca poteva essere disposta qualora sussistesse alternativamente l'uno o l'altro requisito.

In dottrina, invece, si riteneva che l'unico vero presupposto sostanziale fosse la provenienza illecita dei beni la cui prova poteva essere fornita o in via diretta o indiretta, tramite la dimostrazione della sproporzione del valore del bene a cui non fosse seguita la giustificazione della provenienza legittima. In altri termini la differenza potrebbe essere colta a livello processuale e non già sostanziale (per tutti F. CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale*, Milano, 2016, 56).

dall'intervento della Corte costituzionale la quale ha avuto modo di evidenziare che il presupposto giustificativo della confisca di prevenzione è che il bene sia il risultato dell'attività delittuosa; pertanto, l'unico requisito sostanziale è la provenienza illecita della *res* mentre la sproporzione è funzionale a fondare una ragionevole presunzione circa l'origine criminosa del bene, purché contestualmente risulti la pregressa attività illecita di colui che ne ha la disponibilità⁸⁴.

In definitiva, i due strumenti ablativi condividono il requisito della sproporzione, quale elemento da cui discende la presunzione di illecita provenienza. Ebbene il meccanismo presuntivo, prima ancora che realizzare un insostenibile *vulnus* alla presunzione di innocenza e con l'allocatione dell'onere probatorio che da questo principio discende⁸⁵, appare irragionevole: la presunzione di illecita locupletazione non solo, e inevitabilmente, è connotata da un'ineliminabile approssimazione⁸⁶, ma anche appare inadatta a imbrigliare le molteplici sfaccettature del reale specie qualora non siano espressione di razionali canoni empirico-criminologici, ma di astratte scelte di politica legislativa non sempre *'evidence-based'*⁸⁷. Pertanto, sembrerebbe trattarsi di una prova indiretta del tutto inattendibile e insufficiente che acquista di rilevanza unicamente in ragione dello *status* del destinatario, fondando così su questa qualifica la presunzione che il soggetto abbia commesso ulteriori delitti e che quindi il suo patrimonio sia il frutto di attività delittuosa⁸⁸.

La giurisprudenza di legittimità e costituzionale, facendo anche leva sulla natura 'non-sanzionatoria' di entrambe le confische⁸⁹, ha sempre rigettato le questioni di legittimità osservando in particolare che la scelta del legislatore di far discendere il nesso di

84 C. cost., sent. 24 gennaio – 27 febbraio 2019, n. 24, par. 10.3 del considerato in diritto.

85 In questi termini A. M. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 217.

86 S. LEONE, *Automatismi legislativi*, cit., 6.

87 Cfr. M. ARBOTTI, *La 'confisca allargata' tra istanze di ragionevolezza e 'bruto predominio' sulla realtà*, in *SP*, 6/2025, 107. Cfr. anche A. PACE, *Misure di sicurezza e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 193 che evidenzia come «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze, ma astratte scelte di politica legislativa».

88 Con riferimento alla confisca allargata si è così espresso G. NANULA, *La lotta alla mafia*, Milano, 2009, 42 ss.

89 In estrema sintesi, quanto alla confisca allargata, in giurisprudenza, valorizzando la collocazione sistematica dell'istituto, sembra essere prevalente la tesi che la considera una misura di sicurezza 'atipica', caratterizzata da una finalità dissuasiva e non punitiva (cfr. di recente Cass., Sez. II, sent. 11 luglio 2024 – 14 gennaio 2025, n. 1729). Quanto alla confisca 'antimafia' C. cost., sent. 24 gennaio – 27 febbraio 2019, n. 24, par. 9.7.1. del considerato in diritto, ha osservato che la confisca disciplinata dal codice antimafia non ha una finalità sanzionatoria, né questa può essere desunta dal meccanismo presuntivo che la accomuna alla confisca allargata ex art. 240 *bis*. L'istituto in parola mira unicamente a far venire meno il rapporto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento o comunque che venga neutralizzato l'arricchimento di cui il soggetto non avrebbe potuto godere se non fosse stata compiuta l'attività criminosa; in definitiva, e accogliendo le teorie proposte da attenta dottrina (Cfr. A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 503 ss. ed E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., in particolare 151. Più di recente F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo status costituzionale e convenzionale della confisca 'di prevenzione' nell'ordinamento italiano*, cit., 897 ss.; T. TRINCHERA,

pertinenzialità «tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o alla attività economica del condannato stesso» non appaia irragionevole⁹⁰. La soluzione, anzi, sarebbe corroborata dalla natura solo relativa della presunzione e quindi dalla possibilità per il destinatario di fornire la prova contraria⁹¹. Riprendendo, infatti, alcune considerazioni già svolte con riferimento agli articoli 707 e 708 c.p.⁹², la Corte costituzionale evidenzia che non viene realizzata alcuna inversione dell'onere della prova, in quanto a carico del condannato è posto unicamente 'un onere di allegazione' circa la lecita provenienza dei suoi beni; in altri termini egli deve fornire una «attendibile e circostanziata spiegazione», «da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento»⁹³. Con questi argomenti la Corte costituzionale ha rigettato le questioni di legittimità con riferimento all'art. 27, comma 2, Cost.

Su questo *humus* giuridico, i successivi pronunciamenti si sono sforzati di chiarire il concetto di onere di allegazione, il cui contenuto e soprattutto la differenza con l'onere probatorio, appaiono tutt'altro che chiari.

Un importante *milestone* giurisprudenziale con cui ci si deve necessariamente confrontare è rappresentato dalla sentenza 33/2018⁹⁴ dove la Consulta era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della confisca allargata con riferimento all'art. 3 Cost. Nonostante abbia ritenuto non fondata la questione, benché appaia assolutamente incontestabile che il catalogo dei reati spia descritto dall'art. 240 *bis* c.p. abbracci fattispecie delittuose tra loro drammaticamente eterogenee⁹⁵, la Corte ha poi concentrato il

Confiscare senza punire?, Torino, 2020, in particolare 390 ss.; da ultimo S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e 'civil forfeiture'*, Milano, 2022), la confisca di prevenzione parrebbe avere carattere ripristinatorio.

90 In questi termini C. cost., ord. 22 – 29 gennaio 1996, n. 18.

91 Sul punto, con riferimento alla confisca allargata, cfr. Cass., Sez. I, sent. 5 – 25 giugno 2008, n. 25728, dove viene evidenziato che incombe sull'accusa l'onere di provare la sproporzione del bene «rispetto alla capacità reddituale (lecita) del soggetto; una volta provata la mancanza di proporzione, in ragione del titolo del reato vi è una relativa presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, che può essere superata da specifiche e verificate allegazioni dell'interessato». Nello stesso senso più di recente Cass., sez. II, sent. 17 giugno – 10 luglio 2015, n. 29554.

92 Cfr. C. cost., sent. 29 gennaio – 2 febbraio 1971, n. 14, par. 8 del considerato in diritto, dove, richiamando la sentenza 110/1968, si afferma che «è da escludere che le norme denunciate (...) esigano la prova della legittimità della destinazione e della provenienza, limitandosi, invece, a pretenderne una attendibile e circostanziata spiegazione, da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento, i quali, ovviamente, si attingeranno in modo diverso a seconda che si tratti di strumenti di uso comune inerenti all'attività professionale del prevenuto oppure di ordigni di utilizzazione non ordinaria, di somme ingenti o di cose pregiate e rare oppure di somme modeste o di cose correnti».

93 C. cost., sent. 9 – 17 febbraio 1994, n. 48, par. 4 del considerato in diritto.

94 Cfr. sent. 8 novembre 2017 – 21 febbraio 2018, n. 33 con nota di G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione*, cit., 307 ss.; E. APRILE, *La confisca «allargata» ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 è costituzionalmente legittima anche se il reato «presupposto» è quello di ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1567 ss.

95 Proprio in ragione della vastità del catalogo dei reati, condivisibilmente, è stato osservato che la confisca allargata «pare così essersi trasmutata quasi in una necessaria e irrinunciabile 'appendice

proprio scrutinio andando a toccare il nervo scoperto di questa particolare tipologia di confisca, ossia il meccanismo presuntivo. Sul punto viene nuovamente ribadito che, in linea con la citata sentenza 18/1996, l'istituto non è irragionevole in quanto tale, benché la Corte non nasconda una certa preoccupazione circa il pericolo di abusi⁹⁶.

Riprendendo quanto già affermato dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁷, la Consulta rileva che il vero requisito su cui si fonda lo strumento ablatorio è la sproporzione tra il valore dei beni che si intende confiscare e il reddito dichiarato o le attività economiche del condannato che deve essere oggetto di puntuale prova da parte dell'accusa. Solo qualora sia fornita la prova positiva della sproporzione opera «la presunzione che il patrimonio stesso derivi da attività criminose che non è stato possibile accertare». In altri termini si presume che «il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone»⁹⁸. Nell'ottica di circoscrivere l'area dello strumento ablativo, la Consulta puntualizza che la sproporzione deve riguardare il valore dei singoli beni al momento dell'acquisto. La precisazione appare significativa dal momento che è volta ad arginare il rischio di «facili semplificazioni probatorie», che potrebbero condurre il giudice a espropriare sempre un patrimonio qualora questo risulti di ingente valore⁹⁹.

In definitiva quindi il meccanismo presuntivo può scattare unicamente qualora sia assicurato un rigoroso accertamento della sproporzione attraverso una ricostruzione storica della situazione reddituale al momento dei singoli acquisti che, ovviamente,

sanzionatoria», smarrendo l'originaria funzione neutralizzativo-recuperatoria dei capitali illeciti e giustificandosi solo come ulteriore «pricing punitivo» e strumento di censura nei confronti del sospettato arricchimento del reo» (così M. ARBOTTI, *La 'confisca allargata'*, cit., 97).

96 Aspetto rilevato da S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *DPC – Riv. trim.*, 2, 2018, 134 s.

97 In particolare, Cass., Sez. Un., sent. 17 dicembre 2003 – 19 gennaio 2004, n. 920 dove la Suprema Corte rileva anzitutto che il meccanismo presuntivo non richiede di accertare se i beni confiscabili provengono dal reato oggetto del giudizio o da altra attività illecita del condannato. In altri termini, il legislatore non richiede la derivazione dei beni confiscabili dal singolo episodio criminoso o dell'attività illecita del condannato, in quanto «ha correlato la confisca proprio alla sola condanna (per taluno dei reati indicati, n.d.r.) del soggetto che di quei beni dispone, senza che necessitino ulteriori accertamenti in ordine all'attitudine criminale» (par. 5 – 6 del considerato in diritto). La soluzione adottata parrebbe essere in linea con le scelte di politica criminale del legislatore, il quale ha individuato delitti particolarmente allarmanti, «idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, «iuris tantum», di origine illecita del patrimonio «sproporzionato» a disposizione del condannato per tali delitti» (par. 8 del considerato in diritto). In questa prospettiva, e nell'ottica quindi di circoscrivere l'area dello strumento ablativo, la Suprema Corte puntualizza che i termini di raffronto dello squilibrio «non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti»; così facendo si assicurerebbe l'accertamento della provenienza illecita del singolo bene (par. 7 del considerato in diritto).

98 Par. 6 e 7 del considerato in diritto.

99 In questi termini T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 152

dovrà essere offerta dalla pubblica accusa¹⁰⁰. Logica conseguenza è che, in ossequio al canone dell'*in dubio pro reo*, e nello sforzo di riempirlo di contenuto, qualora la prova della sproporzione non sia soddisfacente o convincente, non potrà essere applicata la confisca¹⁰¹.

È a questo punto che scatta il citato onere di allegazione in capo al condannato, il quale, al fine di evitare l'ablazione dei beni è tenuto a fornire – usando le parole delle Sezioni Unite – una «giustificazione credibile» la quale «attiene alla positiva liceità della provenienza e non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per cui si è stati condannati»¹⁰². La Consulta riprende quest'assunto confermando che la liceità del meccanismo in esame risiede proprio nella natura relativa della presunzione, «rimanendo confutabile dal condannato tramite la giustificazione della provenienza dei cespiti»; e invero non si *tratterebbe* «*neppure di una vera e propria inversione dell'onere della prova* – che imporrebbe al condannato di fornire le prove necessarie per dimostrare i fatti allegati – ma di un semplice onere di allegazione di elementi che rendano credibile la provenienza lecita dei beni»¹⁰³.

A nostro sommosso avviso, sebbene in questo passaggio è possibile leggere, forse, una maggiore consapevolezza della Consulta circa la contrarietà dei meccanismi presuntivi alla presunzione di innocenza come regola di giudizio e, conseguentemente, il tentativo di ricondurre l'istituto entro i binari costituzionali, l'utilizzo di una terminologia quale 'onere di allegazione' non esclude il contrasto con i principi costituzionali; sembrerebbe essere un mero *escamotage* linguistico che nulla avrebbe di diverso dall' 'onere della prova'. Un espediente artificioso e che in nulla si differenzia dal punto di vista strutturale, posto che entrambi si risolvono a sfavore dell'imputato.

100 Ancora A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali (la confisca penale)*, in *Dir. pen., proc.*, 10, 2021, 1388, dove, proprio con riferimento alle sezioni unite Montella, evidenzia che imporre all'accusa di provare la sproporzione rispetto a ogni singolo bene al momento dell'acquisto garantisce alla confisca allargata la conformità alla presunzione di innocenza «come regola dell'onere della prova e come regola della dignità della prova».

101 Tesi già sostenuta da A. M. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 217.

102 Par. 7 del considerato in diritto. Più di recente negli stessi termini cfr. Cass., sez. IV, sent. 6 giugno – 18 luglio 2024, n. 29176. Con riferimento alla confisca di prevenzione, che, come avremo modo di dire, si basa sul medesimo meccanismo, cfr. Cass., sez. V, sent. 25 gennaio – 10 maggio 2012, n. 17739, la quale afferma che è necessario effettuare «un'analisi selettiva per differenziare quanta parte di redditività possa ragionevolmente imputarsi alla fruibilità (e conseguente utilità economica) di illeciti apporti finanziari e quanta parte possa, viceversa, ritenersi risultato economico di disponibilità finanziarie lecite e legittimamente investite. In tale attività di rivisitazione, da compiersi sulla base di dati economici-finanziari di sicuro affidamento, il giudice di merito potrà certamente avvalersi di presunzioni, connotate dai necessari elementi di gravità, precisione e concludenza, ma per giustificare l'intera ablazione non potrà imputare alla parte la mancanza di prova al riguardo, spettando pur sempre l'*onus probandi* a carico della parte pubblica e non potendo equivocare (...) tra onere di prova ed onere di allegazione, quest'ultimo consistente nella mera prospettazione di fatti e situazioni che rendano ragionevolmente ipotizzabile la legittima provenienza di determinate disponibilità finanziarie». Principio poi confermato dalle Sezioni Unite *Spinelli* (Cass., Sez. Un., sent. 26 giugno 2014 – 2 febbraio 2015, n. 4880).

103 C. cost., sent. 33/2018, cit., par. 11 del considerato in diritto.

Forse, anche in ragione di questa ineliminabile tensione con la Carta, la Consulta si sforza di circoscrivere ulteriormente l'area dell'ablazione, richiamando il concetto, ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità¹⁰⁴, anche con riferimento alla confisca antimafia¹⁰⁵, di 'ragionevolezza temporale'. La Corte evidenzia che il momento dell'ablazione del bene non deve risultare, talmente lontano dall'epoca di realizzazione del 'reato spia' «da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna». Questa soluzione ermeneutica risponde «all'esigenza di evitare una abnorme dilatazione della sfera di operatività dell'istituto della confisca 'allargata' (e di quella antimafia, n.d.r.), il quale legittimerebbe altrimenti – anche a fronte della condanna per un singolo reato compreso nella lista – un monitoraggio patrimoniale esteso all'intera vita del condannato». Non solo, in assenza di tale 'correttivo' si rischierebbe «di rendere particolarmente problematico l'assolvimento dell'onere dell'interessato di giustificare la provenienza dei beni (ancorché inteso come di semplice allegazione), il quale tanto più si complica quanto più è retrodatato l'acquisto del bene da confiscare»¹⁰⁶.

Viene poi, opportunamente, fatta un'altra importante precisazione¹⁰⁷. Il lasso temporale di riferimento, entro il quale opera la presunzione di illecita locupletazione, deve essere determinato di volta in volta dal giudice, tenendo conto «delle diverse caratteristiche della singola vicenda concreta e, dunque, del grado di pericolosità sociale che il fatto rivela agli effetti della misura ablatoria». Per tale ragione, quindi, il giudice può stabilire, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore, che «il fatto per cui è intervenuta condanna esuli in modo manifesto dal 'modello' che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da

104 Prima della sentenza della Consulta cfr. Cass., Sez. I, sent. 11 dicembre 2012 – 17 gennaio 2013, n. 2634, nonché Cass., Sez. V, sent. 23 aprile – 30 luglio 1998, n. 2469. Per un'applicazione del requisito temporale dopo la pronuncia della Corte costituzionale, si vedano Cass., Sez. I, sent. 6 giugno – 30 luglio 2018, n. 36499; Cass., Sez. V, sent. 28 febbraio – 16 maggio 2018), n. 21711; Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2019 – 17 gennaio 2020, n. 1778, con nota adesiva di A. M. MAUGERI, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, in *SP*, 4, 2020, 204; nonché Cass., sez. VI, sent. 17 gennaio – 13 marzo 2023, n. 10684 con nota di S. FINOCCHIARO, *Confisca allargata e ragionevolezza temporale*, cit., 175 ss. Più di recente cfr. Cass., Sez. Un., sent. 25 febbraio – 15 luglio 2021, n. 27421, dove le Sezioni Unite hanno estese il paradigma della 'ragionevolezza temporale' anche al giudice dell'esecuzione, affermando che può ordinare la confisca di beni che sono entrati nella disponibilità del condannato fino al momento della pronuncia della sentenza di condanna per il reato-spia, salva la possibilità di confiscare beni acquisiti successivamente, ma con risorse finanziarie già esistenti al momento della emissione della sentenza.

105 Sulla necessità che vi sia un lasso di tempo ragionevole anche con riferimento alla confisca di prevenzione cfr. Cass., Sez. un., sent. 26 giugno 2014 – 2 febbraio 2015, n. 4880.

106 C. cost., sent. 33/2018, cit., par. 11 del considerato in diritto.

107 Rilevata da T. TRINCERA, *Confiscare senza punire*, cit., 149.

parte del condannato»¹⁰⁸. In altri termini, viene riconosciuto dalla Corte un importante potere gestorio della presunzione – che secondo alcuni ha determinato la trasformazione della confisca da obbligatoria a facoltativa¹⁰⁹ –, tale per cui la realizzazione del fatto per cui è intervenuta la condanna non possa in alcun modo valere sempre come ‘indizio’ dello svolgimento di ulteriori attività delittuose generatrici di illeciti proventi, in particolar modo quando vengono in rilievo reati che, per loro natura, non implicano un programma criminoso dilatato nel tempo e che non risultano comunque commessi nell’ambito della criminalità organizzata.

5. Alcune conclusioni.

In questo breve contributo si è cercato di mettere in evidenza come nel tentativo di assicurare sempre e comunque l’applicazione di strumenti aventi carattere punitivo, quantomeno in un’accezione lata, il legislatore prima e la giurisprudenza poi hanno cercato di abbattere gli argini *dell’in dubio pro reo* ricorrendo a semplificazioni e alleggerimenti probatori, in linea con le «passioni»¹¹⁰ degli ultimi anni, che hanno elevato lo *ius puniendi* a *pharmakòn* di tutti i mali che affliggono la società civile¹¹¹.

Posto infatti che normalmente tutte le presunzioni si fondano sull’*id quod plerumque accidit*¹¹², quelle legali sono il frutto di una valutazione discrezionale del legislatore che potrebbe ancorare il meccanismo alle risultanze statistiche così come prescindere,

108 Par. 11 del considerato in diritto. Pare importante evidenziare che un simile requisito è stato imposta anche dalla Corte Edu (cfr. sent. 13 luglio 2021, *Todorov e altri c. Bulgaria*, §§ 206 e 210).

109 Cfr. G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione*, cit., 315 s. *Contra* cfr. S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata*, cit., 136, il quale evidenzia come per non tradire la *littera legis*, inequivocabile nel considerare obbligatoria tale tipologia di confisca, bisogna ritenere che la norma obblighi a confiscare «non già tutti i beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all’attività svolta, come parrebbe suggerito dal suo tenore letterale, ma piuttosto il denaro o i beni che costituiscono il profitto di reati, e che dunque hanno origine delittuosa». In questo quadro, la sproporzione non è l’oggetto della confisca, ma «costituisce un indizio: un fatto noto da cui desumere il fatto ignoto rappresentato dall’origine delittuosa del patrimonio».

110 Il riferimento è a D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Bologna, 2018.

111 Cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, *passim*, in particolare 23. In argomento anche R. BARTOLI, *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, in *SP*, 3 ottobre 2024.

112 Cfr. I. BRUNELLI, *Delle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, Ferrara, 1899, 26, nonché L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni*, Torino, 1890, 20 ss. il quale osserva che tra presunzioni legali e semplici vi sia «una differenza solamente accidentale, non sostanziale, una differenza giuridica, ma non logica. La loro natura è la medesima ed hanno lo stesso fondamento e lo stesso carattere logico; le une e le altre sono un calcolo di probabilità, *‘ducuntur ex eo quod plerumque fit’*». In termini analoghi cfr. G. BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, cit., 2, Dove evidenzia che tra giudice e legislatore non vi è differenza quanto all’utilizzo della regola di esperienza, dovendosi cogliere la distinzione non con riferimento al procedimento logico quanto sul piano del comportamento del giudice, che nel caso di presunzioni legali è vincolato alle predeterminazioni legislative.

perseguendo mere finalità di utilità o opportunità¹¹³. Ancor più che nel diritto civile, in quello penale domina in tema di regola di giudizio un principio di carattere politico, che «non è legato alla valutazione della probabilità, quale risulta dall'esperienza, ma preordinato alla protezione di un interesse»¹¹⁴.

Questi meccanismi, che certamente garantiscono un intervento più muscolare del diritto penale, dovrebbero però essere guardati sempre con grande sospetto proprio perché rischiano di minare il fondamento del giusto processo. È per tale ragione che anzitutto si dovrebbe sempre rifuggire dalle limitazioni delle garanzie processuali, prima fra tutti il diritto al silenzio, che solo in un modello inquisitorio potrebbe assurgere al rango di prova di colpevolezza.

Quanto al citato 'onere di allegazione', a nostro sommo avviso, la formula sembrerebbe essere del tutto evanescente e non parrebbe rinvenibile una differenza strutturale rispetto all'onere della prova, dal momento che entrambi si risolvono a sfavore dell'imputato; in definitiva descrivono il medesimo fenomeno giuridico, seppur denominato in maniera diversa¹¹⁵.

Ulteriormente pare opportuno spendere alcune riflessioni con riferimento al peculiare meccanismo presuntivo che connota la confisca allargata e quella di prevenzione. Nonostante la giurisprudenza, facendo leva sui diversi presupposti soggettivi continui a evidenziare la sussistenza di un'importante discrepanza quanto agli obbiettivi perseguiti dai due istituti¹¹⁶, sembrerebbe invece esservi una significativa convergenza.

113 Cfr. I. BRUNELLI, *Delle presunzioni*, cit., 27 nonché L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni*, cit., 20. Estremamente critico sul punto L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 114 ss. il quale rileva che l'attendibilità delle prove legali è paragonabile alle arcaiche «prove irrazionali di tipo magico».

114 P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, 89 e 247.

115 In questi termini con riferimento alla presunzione dei soggetti apicali A. MANNA, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4, 2018. Sebbene nella dottrina processual-civilistica non siano mancate voci di senso contrario che hanno elevato l'onere di allegazione a istituto autonomo, distinguendolo dall'onere di prova (cfr. G. A. MICHELL, *L'onere della prova*, cit., 272 ss.; 319 ss. e L. P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., 279 ss., il quale, peraltro, non manca di rilevarne l'intrinseca ambiguità. Cfr. anche V. COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 200 ss.; F. DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, ivi, XXX, 1980, 120).

116 Sul punto chiara Cass., Sez. Un., sent. 29 maggio - 29 luglio 2014, n. 33451, par. 5 del considerato in diritto, dove la Corte osserva che «la confisca ex art. 12 sexies, è connotata da una diversa ratio legis e da presupposti in parte diversi, giacché richiede la commissione di un reato tipico, per giunta accertato da una sentenza di condanna, ordinariamente generatore – per la sua tipologia – di disponibilità illecite di natura delittuosa, ancorché l'adozione del provvedimento ablativo prescinda (anche in questo caso) da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta la condanna». La confisca di prevenzione, invece, «persegue un più ampio fine di interesse pubblico volto all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta provenienza illegittima – siccome appartenenti a soggetti abitualmente dediti a traffici illeciti dai quali ricavano i propri mezzi di vita – che sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati a incrementare il patrimonio del soggetto, a prescindere non solo dal perdurare a suo carico di una condizione di pericolosità sociale attuale, ma anche dall'eventuale provenienza dei cespiti da attività sommerse fonte di evasione fiscale. In altri termini la finalità preventiva perseguita con lo strumento ablativo risiede nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza di cui

Il loro tratto caratteristico, infatti, siano esse *post delictum* o *ante delictum*, è quello di incidere «su valori quantitativamente e qualitativamente estranei al fatto contestato»¹¹⁷, realizzando la completa oblitterazione del nesso di pertinenzialità che, seppur indirettamente, contraddistingue anche la confisca per equivalente¹¹⁸. Questa peculiarità, inevitabilmente, riflette anche una comunanza di obbiettivi: privare il reo di beni presumibilmente di matrice illecita e, per il futuro, evitare il loro potenziale reimpiego tanto per finanziare ulteriori attività illecite, quanto per il sostegno ad attività economiche legali, con effetti gravemente distorsivi del corretto funzionamento del mercato e della concorrenza¹¹⁹.

Ebbene proprio questi elementi comuni dovrebbero condurre a ripensare le note lucubrazioni relative alla loro natura giuridica: se infatti il meccanismo è il medesimo e il risultato finale, *i.e.* l'ablazione dei beni, anche, forse si potrebbe cominciare a riflettere seriamente alla creazione di un nuovo statuto delle misure patrimoniali di *'asset recovery'*¹²⁰, nell'ottica di plasmare un nucleo di garanzie di matrice penalistica applicabili anche al di fuori della materia penale o, forse meglio dire, indipendentemente dall'etichetta assegnata all'istituto.

Infatti, uno dei meriti che non può non essere tributato alla sentenza della Consulta n. 24/2019 è soprattutto quello di aver evidenziato come al di fuori della *matière pénale* non vi sia una 'zona franca', dove non sono assicurati limiti garantistici alle ingerenze nei confronti degli individui; i principi penalistici, primo fra tutti quello di legalità, si

il soggetto possa disporre per il reimpiego nel circuito economico-finanziario». In definitiva, «se è vero che per entrambe le misure ablatorie è previsto che i beni da confiscare si trovino nella disponibilità diretta o indiretta del soggetto e che siano di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica esercitata, è altresì vero che il requisito alternativo della provenienza illecita del bene (qualificabile come frutto o reimpiego di proventi illeciti) è specificamente previsto solo per la confisca di prevenzione». In dottrina cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie: confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale 'moderno'*, Padova, 1997, 65, il quale pur riconoscendo «la quasi completa assimilazione strutturale» della confisca allargata alla misura di prevenzione, rileva come non sia possibile «riconoscere alle due forme di confisca un'identica natura giuridica, posto che la più recente di esse presuppone la pronuncia di una sentenza di condanna (o equiparata), e non presenta quindi il tratto più peculiare (ancorché forse non inderogabile) delle misure di prevenzione, costituito dal carattere *ante delictum*».

117 In questi termini F. P. LASALVIA, *Brevi riflessioni sulle 'confische moderne'*, in *Lalegislazionepenale.eu*, 12 febbraio 2020, 5.

118 Cfr. T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, Torino, 2020, 127 s., dove l'autore osserva che rispetto alla confisca per equivalente dove è possibile individuare un legame indiretto tra l'oggetto dell'ablazione e il reato, nelle ipotesi di confisca ex art. 240 *bis* c.p. il nesso di pertinenzialità «viene completamente superato». Nello stesso senso anche T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 53.

119 Cfr. G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri 'reati-matrice'*, in *Giur. cost.*, 2018, 308. FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 184 ss.

120 Cfr. per tutti FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 166 ss.

estendono anche a branche dell'ordinamento diverse dal diritto penale¹²¹. Detto altrimenti, la natura *non punitiva* della misura non comporta di per sé la sua sottrazione dal rispetto di qualunque garanzia: con specifico riguardo alla confisca *praeter delictum*, è stato osservato che l'attribuzione alla stessa di natura giuridica ripristinatoria non escluderebbe la necessità di vagliarne la conformità ad altre garanzie diverse da quelle penalistiche¹²², secondo la concezione dei 'cerchi concentrici' già nota alla dottrina italiana¹²³.

ABSTRACT: Il contributo analizza criticamente l'introduzione, nella recente giurisprudenza penale, del concetto di 'onere di allegazione' a carico dell'imputato, valutandone la compatibilità con la presunzione di innocenza quale regola di giudizio sancita dall'art. 27, comma 2, Cost. e dall'art. 6 CEDU. Muovendo dalla ricostruzione dei corollari processuali della presunzione di innocenza, tra i quali in particolare l'*in dubio pro reo* nonché lo standard probatorio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», l'autore evidenzia come il diritto di autodifesa, nelle sue dimensioni passive, in carnata dal *nemo tenetur se detegere*, e attive, escluda qualunque obbligo di cooperazione probatoria in capo all'imputato. L'analisi delle più recenti pronunce della Cassazione mostra tuttavia una progressiva torsione di tali principi, laddove il silenzio dell'accusato viene considerato indice di conferma dell'impianto accusatorio in assenza di allegazioni difensive. Particolare attenzione è riservata all'uso delle presunzioni nella disciplina della confisca allargata e di prevenzione, ove la Corte costituzionale ha qualificato come mero 'onere di allegazione' il dovere dell'interessato di giustificare la provenienza lecita dei beni, escludendo formalmente un'inversione dell'onere della prova. L'autore contesta tale impostazione ritenendola un

121 Cfr. F. CONSULICH, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *DisCrimen*, 1° ottobre 2019, 18 ss.

122 In questi termini A. COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione*, Torino, 2022, 317.

123 L'espressione è di F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *DPC*, 5 aprile 2017, 21. In argomento cfr. anche F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 56 e 73; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 193 ss. Sul punto pare opportuno riportare l'impostazione seguita da V. MANES, *Profili e confini*, cit., 1002 ss. il quale distingue tra tre diverse aree: nella prima rientrano le pene in senso formale, alle quali devono essere applicate tutte le garanzie penalistiche: riserva di legge, principio di offensività ed *extrema ratio*, nonché il principio di proporzione della pena e la presunzione di innocenza; nel secondo gruppo, quello intermedio, rientrano tutte le misure sostanzialmente punitive, alle quali devono applicarsi tutte le «garanzie riconducibili allo *Schuldprinzip*»; nell'ultimo gruppo, *rectius* nel cerchio più ampio, ritroviamo quelle misure che, pur non essendo punitive in senso stretto, comportano comunque un sacrificio dei diritti individuali e il cui corredo garantistico è definito *in primis* dai principi di legalità e proporzione. In argomento bisogna peraltro ricordare anche una diversa e altrettanto apprezzabile impostazione seguita in particolare da F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 53, che delinea una concezione elastica a «geometria variabile» della materia penale, in grado di dilatarsi e di restringersi a seconda dello scopo per cui essa viene definita; questa soluzione è stata fatta propria anche da L. MASERA, *Nozione costituzionale*, cit., 193 ss. nonché 235 e A. COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 320 ss.

espediente lessicale che, nella sostanza, compromette le garanzie costituzionali, determinando un'inammissibile presunzione di colpevolezza e una surrettizia elusione dell'*in dubio pro reo*. Il contributo si conclude con l'auspicio di una riconsiderazione sistematica delle misure patrimoniali di ablazione alla luce di uno statuto garantistico unitario fondato sui principi penalistici.

PAROLE CHIAVE: Presunzione di innocenza – *In dubio pro reo* – Onere di allegazione – Onere della prova – *Nemo tenetur se detegere* – Diritto al silenzio – Autodifesa – Presunzioni penali – Standard probatorio – Oltre ogni ragionevole dubbio – Formula BARD – Confisca allargata – Confisca di prevenzione – Presunzione di illecita locupletazione – CEDU e diritto di difesa.

Alessandra Lazzarini

LICENZIAMENTI, LIBERTÀ ACCADEMICA E LIBERTÀ RELIGIOSA
NELLE UNIVERSITÀ CONFESSIONALI STATUNITENSIS

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La libertà accademica come diritto individuale. – 3. L'assenza di una tutela costituzionale. – 4. La libertà religiosa e la 'ministerial exception'. – 5. I casi di licenziamento nelle università di tendenza. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Negli Stati Uniti il 60% delle istituzioni universitarie è privato¹ e di queste quasi la metà è affiliata ad una confessione religiosa². Questo dato, unito alla centralità assunta negli ultimi anni dal tema della libertà accademica³ e all'importanza da sempre attribuita dalla Corte Suprema alla libertà religiosa in ambito educativo, porta a chiedersi come possano coesistere ed essere bilanciati questi due valori nelle università di tendenza. In particolare, la possibile tensione emerge nei casi di licenziamento o mancata promozione, quando il professore viene allontanato per non aver rispettato l'identità religiosa dell'ateneo: da un lato, infatti, vi è la libertà accademica che dovrebbe garantire al professore una ricerca e uno studio non condizionati da pressioni esterne o interne; dall'altro però vi è la libertà religiosa dell'istituzione universitaria, necessaria a preservare i valori fondanti dell'università e identificare la stessa come portatrice di un determinato credo⁴.

Nel contesto delle università di tendenza, il bilanciamento fra queste due libertà, entrambe garantite dal Primo Emendamento, è reso particolarmente complesso, in primo

1 Secondo il National Center for Education Statistics per l'anno accademico 2022/2023 negli Stati Uniti erano presenti 3896 istituzioni di istruzione superiore, di queste 1614 sono private non profit e 683 private for profit. Si veda: https://nces.ed.gov/programs/digest/d23/tables/dt23_317.10.asp.

2 D. Frost, *Sexually Conservative Religious Universities and Tax Exemption*, in *J. Church & State*, 59, 2017, 596. Negli Stati Uniti il termine 'religious affiliated universities' comprende istituzioni di istruzione superiore private con modalità di gestione della propria affiliazione confessionale molto diverse. Ai fini del presente articolo, si vogliono escludere le università che si trovano ai rispettivi margini di questa categoria, ossia le 'Nominally Religious Schools' e i 'Seminary and Bible Colleges'. Infatti, sia le prime, per la loro adesione puramente formale ad una confessione religiosa, adesione priva di un riscontro nei rispettivi Codici etici e di condotta, sia i secondi, per l'offerta formativa prettamente teologica e confessionale, escludono del tutto la possibilità di un bilanciamento fra libertà accademica e libertà religiosa. Sulla classificazione delle università di tendenza statunitensi si veda: T. BEAN - R. FRETWELL WILSON, *When Academic Freedom Collides with Religious Liberty of Religious Universities*, in *U. St. Thomas L.J.*, 15(2), 2019, 446 s.

3 P. D. DANCHIN, *Academic Freedom under Threat: A View from the United States*, in *DPCE*, 3, 2025, 733.

4 M. W. MCCONNELL, *Academic Freedom in Religious Colleges and Universities*, in *Law & Contemp. Probs.*, 1990, 330.

luogo, dalle forti garanzie ribadite negli anni dalla Corte Suprema in ambito di libertà religiosa e, in secondo, dall'ambivalenza che circonda il concetto di libertà accademica. A quest'ultima, infatti, la Corte ha riconosciuto due dimensioni: una individuale, che tutela i singoli professori universitari, e una istituzionale, che è l'autonomia dell'istituzione universitaria nel perseguire la propria missione in assenza di controlli esterni. Di conseguenza, sia alle università che ai loro professori è riconosciuta tanto una libertà accademica quanto una libertà religiosa, garanzie che spesso si sovrappongono e si allineano ma che a volte, come nei casi dei licenziamenti, si oppongono⁵.

Ad esempio, nel 2016 ha destato molto scalpore l'episodio che ha visto protagonista la prof.ssa Hawkins, licenziata dal Wheaton College per aver indossato un velo e aver affermato pubblicamente: «I stand in religious solidarity with Muslims because they [...] are people of the Book»⁶. Nonostante ai più l'episodio sia parso come un momento di massima inclusione, per il College, che si descrive 'explicitly Christian'⁷, ha in realtà sollevato diverse problematiche sul piano teologico, in quanto incoerente con la 'mission' e 'vision' dell'istituzione⁸.

Nella vicenda del Wheaton College le parti hanno raggiunto un accordo in sede stragiudiziale; tuttavia, è fondamentale chiedersi come i diversi diritti in gioco possano essere posti a confronto e bilanciati in sede processuale. Il presente articolo si divide quindi in due parti: i primi due paragrafi trattano il tema della libertà accademica in entrambe le sue dimensioni, illustrando gli aspetti contraddittori della giurisprudenza della Corte Suprema e del lavoro dell'American Association of University Professors⁹ e identificando i vuoti di tutela che ne derivano. Nel terzo e quarto paragrafo, invece, è trattato il tema della libertà religiosa nelle istituzioni scolastiche e universitarie di tendenza, in particolare l'aspetto del licenziamento dei dipendenti e della giurisprudenza sviluppata dalla Corte Suprema in merito alla 'ministerial exception'.

2. La libertà accademica come diritto individuale.

Il principio della libertà accademica è stato introdotto negli Stati Uniti agli inizi del Novecento grazie all'influenza di docenti statunitensi che, durante la loro formazione universitaria, avevano trascorso un periodo di studio in Germania, dove la cosiddetta 'Lehrfreiheit' era stata riconosciuta già dalla Costituzione imperiale del 1849¹⁰. In parti-

5 T. BEAN - R. FRETWELL WILSON, *When Academic Freedom*, cit., 443.

6 R. FELTON, *Christian College Moves to Fire Professor Who Said Muslims Worship Same God*, in *The Guardian*, 6 gennaio 2016, in <https://www.theguardian.com/us-news/2016/jan/06/christian-wheaton-college-professor-larycia-hawkins-hijab-muslims-termination-process>.

7 *About Wheaton College*, in <https://www.wheaton.edu/about-wheaton/>.

8 T. BEAN - R. FRETWELL WILSON, *When Academic Freedom*, cit., 444.

9 Si veda: <https://www.aup.org/>.

10 R. HOFSTADTER - W. METZGER, *The Development of Academic Freedom in the United States*, New York, 1955, 380-390.

colare, in Germania al principio della libertà accademica corrispondevano due termini differenti: 'Lehrfreiheit' e 'Lernfreiheit'. Il primo indicava la libertà di insegnamento e di ricerca del professore universitario ma, allo stesso tempo, era profondamente legato al principio dell'autonomia dell'istituzione universitaria dal controllo imperiale, dato il modello di istruzione superiore pubblico già presente nell'Impero prussiano¹¹. Con 'Lernfreiheit' si intendeva, invece, l'assenza di vincoli nei confronti del percorso di studio e di ricerca degli studenti: questi ultimi dovevano essere liberi di scegliere il proprio piano di studi nonché le tempistiche per lo svolgimento degli esami¹². Nel contesto statunitense, tuttavia, si è inizialmente persa la parte della 'Lehrfreiheit' relativa all'autonomia dell'istituzione universitaria, poiché considerata superflua e inadeguata rispetto al sistema d'istruzione superiore nordamericano, composto ancora da singole istituzioni private e indipendenti¹³. Fondamentale nella delineazione dell'«academic freedom» statunitense è stata l'American Association of University Professors (AAUP), che fin dalla sua fondazione nel 1915 ha assunto un ruolo centrale nella codificazione dei principi volti a tutelare il professore universitario nello svolgimento della propria attività di ricerca e insegnamento¹⁴. Già nei primi documenti dell'associazione si riscontrano infatti i suoi due principali obiettivi: (1) la formulazione graduale di principi per il rispetto dei 'tenure rights' nonché la formulazione di motivi legittimi di licenziamento e (2) la fondazione di una commissione volta a investigare e rendere pubblici i casi di mancato rispetto dei primi¹⁵.

Negli anni, l'AAUP ha sempre escluso una possibile dimensione istituzionale della libertà accademica e ha costantemente dimostrato una forte diffidenza nei confronti delle istituzioni universitarie private, in particolare quelle di tendenza, descrivendole come incapaci di svolgere un'attività di ricerca oggettiva e di conseguenza indegne di essere definite 'università'¹⁶. Infatti, i due principali documenti prodotti dall'AAUP, la General Declaration of Principles del 1915 e lo Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure del 1940, riguardano esclusivamente la libertà accademica come diritto individuale del professore universitario: «Academic freedom is essential [...] and applies to both teaching and research. Freedom in research is fundamental to the advancement of truth. Academic freedom in its teaching aspect is fundamental for the protection of the rights of the teacher in teaching and of the student to freedom in learning»¹⁷. In particolare, nella dichiarazione del 1940 si leggono i tre principi che

11 M. W. FINKIN, *On Institutional Academic Freedom*, in *Tex. L. Rev.*, 61, 1983, 825.

12 R. HOFSTADTER - W. METZGER, *The Development*, cit., 383.

13 M. W. FINKIN, *On Institutional Academic Freedom*, cit., 825.

14 I. H. POLISHOOK, *Academic Freedom and Academic Contexts*, in *Pace L. Rev.*, 15, 1994, 143 s.

15 L. WHITE, *Fifty Years of Academic Freedom Jurisprudence*, in *J.C. & U.L.*, 36(3), 2010, 799.

16 E. H. BRAMHALL - R. Z. AHERNS, *Academic Freedom and the Status of the Religiously Affiliated University*, in *Gonz. L. Rev.*, 37, 2001, 229.

17 *1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure with 1970 Interpretive Comments*, reperibile all'indirizzo <https://www.aaup.org/reports-publications/aaup-policies-reports/policy-statements/1940-statement-principles-academic>.

compongono la libertà accademica: «full freedom in research and in the publication of the results», «freedom in the classroom in discussing their subject», e «freedom from institutional censorship or discipline» quando il docente scrive o parla da cittadino e non da insegnante¹⁸. Già il 1940 Statement, in ogni caso, riconosce il particolare status delle università confessionali e contiene una specifica clausola, la 'Limitations clause', che le esenta dal dover adottare nei propri regolamenti interni questa particolare concezione di libertà accademica: «Limitations of academic freedom because of religious or other aims of the institution should be clearly stated in writing at the time of the appointment»¹⁹. La clausola è stata fortemente criticata nel corso degli anni in quanto percepita come ambigua dato che «It did not explicitly authorize or condone limitations on academic freedom; but it assumed they would exist and regulated them through the requirement of open disclosure. In practice, the limitations clause was taken to mean that religious colleges and universities were free to adopt their own principles of academic freedom without interference or censure by the academic community, so long as those principles were clearly announced in advance»²⁰. Al fine di fornire delle interpretazioni adeguate della clausola la Commissione A²¹ dell'AAUP si è più volte espressa sul punto giungendo però ad affermazioni sempre più divergenti l'una dall'altra e in ogni caso distanti da un punto di incontro con le esigenze delle università di tendenza²². Ad esempio, verso la fine degli anni Sessanta la Commissione ha affermato: «at some point in the scale of self imposed restrictions a college or university that come under theme may, of course, cease to be an institution of higher education according to the prevailing conception»²³. Ma qualche anno dopo la Commissione è giunta ad un risultato sostanzialmente opposto, sostenendo che nelle università confessionali «*some degree of limitation of academic freedom is admissible*»²⁴ e «*any limitation on academic freedom should be essential to the religious aims of the institution*»²⁵.

Nel 1970 l'AAUP ha introdotto nella dichiarazione del 1940 una nota interpretativa relativa alla Limitations Clause, vedendola ormai come una 'anachronistic indulgence'²⁶: «Most church-related institutions no longer need or desire the departure from the principle of academic freedom implied in the 1940 Statement, and we do not now

18 *Ivi*.

19 *Ivi*.

20 M. W. McCONNELL, *Academic Freedom in Religious Colleges and Universities*, in *Law & Contemp. Probs.* 53, 1990, 307.

21 La Committee A on Academic Freedom and Tenure è l'organo più importante dell'associazione, si occupa di promuovere la libertà accademica attraverso dichiarazioni ufficiali ed effettua controlli per assicurare il rispetto della stessa. Si veda: <https://www.aaup.org/about/committees/standing-committees#CommA>.

22 M. W. McCONNELL, *Academic Freedom*, cit., 308.

23 W. J. KILGORE, *Report on the Special Committee on Academic Freedom in Church-Related Colleges and Universities*, in *AAUP Bull.*, 53, 1967, 369.

24 *Advisory Letters from the Washington Office*, in *AAUP Bull.*, 51, 1965, 72.

25 W. J. KILGORE, *Report*, cit., 369.

26 *Report of Committee A*, in *AAUP Bull.* 61, 1975, 105.

endorse such a departure»²⁷. È da questo momento che le posizioni dell'AAUP e i diritti delle università di tendenza di sostenere il proprio status confessionale possono ritenersi inconciliabili²⁸. Nel 1988, infatti, una sottocommissione della Commissione A ha affermato: «an institution has no 'right' under the 1940 Statement simultaneously to invoke the Limitations Clause and to claim that it is an institution of learning to be classed with institutions that impose no such restriction»²⁹. Nonostante le posizioni più estremiste delle sottocommissioni siano state negli anni ritratte³⁰, ad oggi, l'AAUP non ha ancora chiarito del tutto la propria posizione sulla Limitations Clause; ne è dimostrazione il fatto che il nuovo Statement del 2018 richieda che per tutto il corpo docente siano rispettati i principi previsti nello Statement del 1940 ma non vi sia alcuna specificazione sulla Limitations Clause, scegliendo di non chiarire la 'perennial challenge'³¹ che la riguarda³². Inoltre, circa un terzo delle istituzioni inserite dalla Commissione A nella 'Censure list'³³, in quanto non rispettose dello Statement del 1940, sono università ufficialmente affiliate ad un credo, indicativo di una considerazione non continuativa negli anni delle Limitations Clause e di un'incapacità da parte dell'AAUP di riconoscere il bisogno di un'istituzione religiosa di preservare la propria identità³⁴.

3. L'assenza di una tutela costituzionale.

Il fondamento costituzionale della libertà accademica viene affermato dalla Corte Suprema in due sentenze risalenti al Maccartismo: *Sweezy v. New Hampshire*³⁵ e *Keyishian v. Board of Regent*³⁶. In questo periodo storico la Corte tratta molti casi riguardanti il mondo accademico delle università pubbliche³⁷: sono controversie che riguardano professori indagati per la propria vicinanza al Partito Comunista o per il loro rifiuto a prestare giuramenti di fedeltà allo Stato e risolti dalla Corte attraverso ragionamenti volti a salvaguardare il diritto di insegnanti e studenti a «remain free to inquire, to study and to evaluate, to gain new maturity and understanding»³⁸. In particolare, in *Keyishian* il giudice Brennan,

27 *The 1940 Statement*, cit.

28 T. BEAN - R. FRETWELL WILSON, *When Academic Freedom*, cit., 469.

29 M. W. FINKIN et al., *The 'Limitations' Clause in the 1940 Statement of Principles*, in *Academe*, 74, 1988, 56.

30 M. W. FINKIN et al., *The 'Limitations' Clause in the 1940 Statement of Principles: Some Operating Guidelines*, in *Academe*, 83, 1997, 49.

31 R. M. O'NEIL, *Report of Committee A*, in *Academe*, 83, 1997, 78.

32 T. BEAN - R. FRETWELL WILSON, *When Academic Freedom*, cit., 471.

33 Si veda: <https://www.aaup.org/about/programs/protecting-academic-freedom/censured-administrations>.

34 J. D. GORDON III, *Individual and Institutional Academic Freedom*, cit., 311.

35 *Sweezy v. New Hampshire*, 354 US 234 (1957).

36 *Keyishian v. Board of Regent*, 385 US 589 (1967).

37 W. VAN ALSTYNE, *Academic Freedom and the First Amendment in the Supreme Court of the United States: An Unburied Historical Review*, in *Law & Contemp. Prob.*, 53(3), 1990, 112.

38 *Sweezy*, cit., 250.

autore della sentenza, afferma che la libertà accademica deve essere concepita come «a special concern of the First Amendment»³⁹, collegandola quindi alla più generica libertà d'espressione⁴⁰. Tuttavia, come affermato anche dal giudice Clark nella sua 'dissenting opinion'⁴¹, a causa della loro genericità e forte retorica, non sono sentenze da cui è possibile comprendere i limiti della libertà accademica e i casi in cui i professori sono effettivamente tutelati nello svolgimento del loro lavoro⁴². Inoltre, a causa della 'state action doctrine', il Primo Emendamento può limitare l'autonomia decisionale esclusivamente delle università pubbliche: di conseguenza, risultano esclusi da questa tutela, per quanto indefinita, tutti i professori impiegati in università o centri di ricerca privati⁴³.

La Corte non ha più avuto occasione di affinare la teoria costituzionale della libertà accademica e di colmare le lacune emergenti dalle proprie decisioni, in quanto a partire dagli anni Settanta ha elaborato un nuovo modello di libertà accademica, non più individuale bensì istituzionale⁴⁴. In *Regents of the University of California v. Bakke*⁴⁵ il giudice Powell, autore della sentenza, afferma che la libertà accademica è «the freedom of a university to make its own judgments»⁴⁶, fra cui soprattutto quelli riguardanti «the selection of its student body»⁴⁷. *Bakke* è infatti la sentenza con cui la Corte ha affermato la costituzionalità dei programmi d'ammissione aventi base razziale, affermando che la libertà accademica derivante dal Primo Emendamento comprenda il diritto dell'istituzione universitaria ad una propria autonomia⁴⁸. A seguito di *Bakke*, le Corti distrettuali del Settimo e del Quarto Circuito hanno successivamente esteso le parole del giudice Powell, coniando il termine 'institutional academic freedom'⁴⁹ e, successivamente, escludendo un fondamento costituzionale dell'«individual academic freedom»: «The Supreme Court [...] appears to have recognized only an institutional right of self-governance in academic affairs. [...] It was not focusing on the individual rights of teachers»⁵⁰.

39 *Keyishian*, cit., 603.

40 I due concetti non vanno tuttavia confusi. Per una trattazione esaustiva del tema si rimanda, tra gli altri, a: S. R. BEN-PORATH, *Free Speech on Campus*, Philadelphia, 2017; E. CHERMERINSKY - H. GILLMAN, *Free Speech on Campus*, New Haven, 2017; R. POST - J. PUJOL, *A Conversation on Academic Freedom and Freedom of Expression at the University*, in *Church, Communication and Culture*, 9(2), 2024; K.E. WHITTINGTON, *Speak Freely: Why Universities must defend Free Speech*, Princeton, 2018.

41 «The blunderbuss fashion in which the majority couches 'its artillery of words', together with the morass of cases it cites as authority and the obscurity of their application to the question at hand, makes it difficult to grasp the true thrust of its decision», *Keyishian*, cit., 620 s.

42 J. P. BYRNE *Academic Freedom: A Special Concern of the First Amendment*, in *Yale L. J.*, 99(2), 1989, 296 s.

43 *Ivi*, 299 s.

44 D.B. RABBAN, *A Functional Analysis of Individual and Institutional Academic Freedom under the First Amendment*, in *Law & Contemp. Probs.*, 53, 1990, 280.

45 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 US 265 (1978).

46 *Ivi*, 311 s.

47 *Ibidem*.

48 *Ivi*, 316. La Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità degli 'affirmative action programs' solo nel 2023 in *Students for Fair Admission v. Harvard* (600 U.S. 181), tuttavia la Corte non ha colto quest'occasione per chiarire le proprie posizioni sulla libertà accademica.

49 *Dow Chemical Co. v. Allen*, 672 F.2d 1262 (7th Cir. 1982).

50 *Urofsky v. Gilmore*, 531 US 1070 (2001), 412.

A causa del nuovo orientamento giurisprudenziale che considera la libertà accademica un sinonimo dell'autonomia istituzionale, le Corti minori, al fine di dirimere le controversie che vedono protagonisti i professori e la propria istituzione universitaria, tendono ad applicare automaticamente i principi generali stabiliti dalla Corte Suprema circa la libertà di espressione dei dipendenti pubblici⁵¹. La Corte Suprema ha elaborato i criteri per stabilire se un dipendente pubblico sia protetto o meno dal Primo emendamento in tre sentenze principali⁵²: *Pickering v. Board of Education*⁵³, *Connick v. Myers*⁵⁴ e *Garcetti v. Ceballos*⁵⁵. In *Pickering* e in *Connick* la Corte ha affermato che le parole del dipendente pubblico sono protette dal Primo emendamento se riguardano argomenti di interesse pubblico ('matter of public concern')⁵⁶. Tuttavia, in *Garcetti*, i giudici hanno specificato che la tutela non sussiste nel caso in cui le parole del lavoratore costituiscono parte delle sue mansioni lavorative ('pursuant to official duties')⁵⁷. Se applicati al contesto accademico entrambi i 'test' risultano problematici e dai risultati ambigui, concedendo un'ampia discrezionalità a favore delle corti⁵⁸.

Se per i professori delle università pubbliche l'unica risposta è data non tanto dalla libertà accademica bensì dalla generale libertà d'espressione dei dipendenti pubblici, per i professori delle università private la situazione è ancora più complessa, essendo essi esclusi del tutto dalle garanzie del Primo Emendamento⁵⁹. In ogni caso, negli anni la maggior parte delle università private non profit si è adeguata alle richieste delle associazioni di categoria (come l'AAUP) di garantire il rispetto della libertà accademica attraverso dichiarazioni ufficiali d'impegno⁶⁰. Tuttavia, l'entusiasmo legato alle policies interne sulla libertà accademica delle università private non trova riscontro nel quotidiano in un'effettiva tutela della libertà di ricerca e di insegnamento: si tratta spesso di dichiarazioni brevi e generiche, facilmente interpretabili a seconda dell'occasione e in contrasto con policies di comportamento e 'Code of conduct' ben più specifici⁶¹. In particolare, nelle università private di tendenza le dichiarazioni circa il ri-

51 A. W. CHANG, *Resuscitating the Constitutional 'Theory' of Academic Freedom: A Search for a Standard Beyond Pickering and Connick*, in *Stan. L. Rev.* 53(4), 2001, 926.

52 R. J. TEPPER - C. G. WHITE, *Speak No Evil: Academic Freedom and the Application of Garcetti v. Ceballos to Public University Faculty*, in *Cath. U. L. rev.*, 59, 2009, 147 s.

53 *Pickering v. Board of Education*, 391 US 563 (1968).

54 *Connick v. Myers*, 461 US 138 (1982).

55 *Garçetti v. Ceballos*, 547 US 410 (2006).

56 *Pickering*, cit. 572.

57 *Garçetti*, cit., 424 s.

58 Si veda in generale: S. NAHMOD, *Academic Freedom and the Post-Garcetti Blues*, in *First amend. l. rev.*, 7, 2008-2009; H. GILMORE, *Has Garcetti Destroyed Academic Freedom?*, in *U. Mass. Symp. L.J.*, 6, 2011.

59 K. SARABYN, *Free Speech at Private Universities*, in *J.L. & Educ.*, 39, 2010, 145.

60 Si tratta del fenomeno iniziato presso l'Università di Chicago nel 2014 con il suo 'Chicago Statement' e poi fortemente pubblicizzato da associazioni quali FIRE e AAUP, tanto da essere recepito negli anni da più di cento istituzioni private. Si veda: *Adopting the Chicago Statement*, FIRE, <https://www.thefire.org/research-learn/adopting-chicago-statement>.

61 S. R. Ben Porath, *Against Endorsing the Chicago Principles*, in *Inside Higher Education*, 2018, in <https://www.insidehighered.com/views/2018/12/11/what-chicago-principles-miss-when-it-comes->

petto della libertà accademica, se presenti⁶², devono essere lette e considerate insieme alle policies volte a preservare la 'mission' e l'ideologia religiosa dell'ateneo, rendendo ancora più complessi i casi di licenziamento per motivi ideologici⁶³. Al riguardo, l'attività dell'AAUP, in quanto associazione di categoria e spesso politicamente schierata, ha alimentato nel tempo solo forti critiche e polarizzazione ogni volta che vi è un caso di licenziamento da un'università confessionale, senza però poter garantire in questo modo alcuna vera protezione.

4. *La libertà religiosa e la 'ministerial exception'.*

Il Primo Emendamento «gives special solicitude to the rights of religious organizations»⁶⁴ richiedendo che alle stesse, comprese le istituzioni scolastiche, sia riconosciuta una certa autonomia in «select their own leaders, define their own doctrines, resolve their own disputes, and run their own institutions»⁶⁵. Inoltre, anche a livello legislativo federale sono previste diverse esenzioni per le organizzazioni di tendenza in qualità di datori di lavoro al fine di tutelare «the religion group's right to shape its own faith and mission»⁶⁶. Particolarmente rilevante è quanto previsto dal Titolo VII del Civil Rights Act del 1964 e dal Titolo IX dell'Education Amendments Act del 1972: il Titolo VII del CRA proibisce atti di discriminazione sul lavoro basati su «race, color, religion, sex, or national origin»⁶⁷, tuttavia la Sezione 702 prevede che il divieto non si applichi a «any religious corporation, association, educational institution or society»⁶⁸. Similmente, il Titolo IX dell'Education Amendments Act prevede il divieto di qualsiasi atto discriminatorio su base sessuale in «any education program or activity receiving Federal financial assistance»⁶⁹, ad esclusione delle «Educational institutions of religious

free-speech-and-academic-freedom-opinion.

62 Ad esempio, con la Costituzione Apostolica *Ex Corde Ecclesiae* Papa Giovanni Paolo II ha voluto stabilire i principi che devono essere seguiti dalle università cattoliche al fine di rafforzare l'identità religiosa e la 'mission' delle stesse. In particolare, prevede che nelle università cattoliche debba essere garantita la libertà accademica intesa come «garanzia data a quanti si occupano di insegnamento e di ricerca, di poter cercare, nell'ambito del proprio campo specifico di conoscenza e conformemente ai metodi propri di tale area, la verità ovunque l'analisi e l'evidenza li conducono, e di poter insegnare e pubblicare i risultati di tale ricerca, tenuti presenti i criteri citati, e cioè nella salvaguardia dei diritti dell'individuo e della comunità nelle esigenze della verità e del bene comune». Si veda: *Ex Corde Ecclesiae*, par. 12, 1990, in https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_15081990_ex-corde-ecclesiae.html.

63 A. SÁNCHEZ-TABERNEO, *Governance, Identity and Freedom in Christian-Inspired Universities*, in *Church, Communication and Culture*, 9(2), 2024, 268.

64 *Hosanna Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 US 171 (2012), 189.

65 *Corp. of Presiding Bishop v. Amos*, 483 US 327 (1987), 341.

66 *Hosanna Tabor*, cit., 188.

67 Civil Rights Act of 1964, §703.

68 *Ivi*, §702.

69 Education Amendments Act of 1972, §1681(a).

organizations with contrary religious tenets [...] if the application of this subsection would not be consistent with the religious tenets of such organization»⁷⁰.

Nel 2012 in *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*⁷¹ la Corte Suprema ha affermato per la prima volta che «Both Religion Clauses bar the government from interfering with the decision of a religious group to fire one of its ministers»⁷². In questa occasione, quindi, la così detta ‘ministerial exception’, che impedisce al dipendente di un’organizzazione religiosa di intentare una causa nei confronti del proprio datore di lavoro a seguito di licenziamento se ritiene di aver subito un atto discriminatorio, è stata riconosciuta dalla Corte Suprema, ancorandola al Primo Emendamento⁷³. Otto anni dopo, in *Our Lady of Guadalupe v. Morrissey-Berru*⁷⁴ la Corte ha confermato la costituzionalità della ‘ministerial exception’ ampliandone la casistica e conferendo una deferenza ancora maggiore alle organizzazioni religiose⁷⁵.

Sia *Hosanna-Tabor* che *Our Lady of Guadalupe* riguardano il contesto della ‘k-12 education’, vedono infatti come protagoniste delle scuole primarie private e alcune insegnanti licenziate dalle stesse che affermano di aver subito per questo un atto discriminatorio. Il cuore di queste sentenze, una volta stabilito il fondamento costituzionale della ‘ministerial exception’, è comprendere se l’insegnante licenziata possa definirsi ‘minister’⁷⁶ ai fini della deroga e attraverso quali criteri.

La *Hosanna-Tabor* è una scuola privata luterana in cui gli insegnanti si dividono in ‘called teacher’ e ‘lay teacher’: i primi si distinguono dai secondi perché devono aver ricevuto il benestare del Sinodo Luterano e terminato un percorso di studi teologico in un college dell’organizzazione. La ricorrente in *Hosanna-Tabor* è una ‘called teacher’ e in quanto tale, oltre a insegnare le materie secolari di indirizzo, «taught a religion class four days a week, led the students in prayer and devotional exercises each day, and a weekly

70 *Ivi*, §1681 (a)(3). Tuttavia, l’Office of Civil Rights richiede alle istituzioni scolastiche, al fine di ottenere la deroga, di identificare quali principi religiosi nello specifico non possano essere osservati per via della normativa: «An educational institution which wishes to claim the exemption set forth in paragraph (a) of this section, shall do so by submitting in writing to the Assistant Secretary a statement by the highest ranking official of the institution, identifying the provisions of this part which conflict with a specific tenet of the religious organization». Office of Civil Rights, *Title IX Exemptions*, in <https://www.ed.gov/laws-and-policy/civil-rights-laws/sex-discrimination/exemptions-from-title-ix>.

71 *Hosanna Tabor*, cit.

72 *Ivi*, 181.

73 J. WHITTE JR., *The Blessing of Liberty. Human Rights and Religious Freedom in the Western Legal Tradition*, New York, 2022, 189.

74 *Our Lady of Guadalupe v. Morrissey-Berru*, 591 US 732 (2020).

75 J. BURNWORTH, *The Ministerial Exception Paradox*, in *Quinnipiac L. Rev.*, 41, 2023, 478.

76 *Hosanna-Tabor* è una sentenza unanime della Corte. Tuttavia, il Giudice Alito nella propria ‘Concurring opinion’ ha espresso le proprie perplessità sull’utilizzo del termine ‘minister’: «The term ‘minister’ is commonly used by many Protestant denominations to refer to members of their clergy, but the term is rarely if ever used in this way by Catholics, Jews, Muslims, Hindus, or Buddhists. [...] it would be a mistake if the term ‘minister’ or the concept of ordination were viewed as central to the important issue of religious autonomy that is presented in cases like this one. Instead, courts should focus on the function performed by persons who work for religious bodies». *Hosanna-Tabor*, cit., 198.

school-wide chapel service [...] led the chapel service about twice a year»⁷⁷. La Our Lady of Guadalupe, invece, è una scuola cattolica in cui a tutti gli insegnanti è richiesto non solo di rispettare l'ideologia della scuola ma di fungere anche da 'modelli' promuovendo il credo e la morale cattolica. La ricorrente, oltre alle materie di indirizzo, insegnava anche religione e per questo è considerata una 'catechista' dell'Arcidiocesi di Los Angeles, «responsible for the faith formation of the students in their charge each day»⁷⁸.

In entrambi i casi la Corte Suprema ha ritenuto applicabile la 'ministerial exception', qualificando di conseguenza entrambe le insegnanti come 'minister'. In *Hosanna-Tabor* la Corte per attribuire questa qualifica ha tenuto conto di quattro fattori: «(1) she had the title of 'minister', (2) her position had a significant degree of religious training, (3) she held herself out as a minister, and (4) her duties reflected the Church's message»⁷⁹. Essendo la ricorrente una 'minister', secondo la Corte, «by imposing an unwanted minister, the state infringes the Free Exercise Clause, which protects a religious group's right to shape its own faith and mission through its appointments. According to the state the power to determine which individuals will minister to the faithful also violates the Establishment Clause, which prohibits government involvement in such ecclesiastical decisions»⁸⁰.

In *Our Lady of Guadalupe*, invece, la Corte ha negato che i criteri stabiliti in *Hosanna-Tabor* possano essere considerati un 'test' o una 'rigid formula' da dover applicare ogni volta, allontanandosi dagli stessi e sostenendo che: «A variety of factors may be important in determining whether a particular position falls within the ministerial exception» e che «the recognition of the significance of those factors in Perich's case did not mean that they must be met in all other cases. What matters is what an employee does. Implicit in the *Hosanna-Tabor* decision was a recognition that educating young people in their faith, inculcating its teachings, and training them to live their faith are responsibilities that lie at the very core of a private religious school's mission»⁸¹.

In *Our Lady of Guadalupe*, quindi, i giudici non hanno verificato l'attinenza del caso a dei criteri stabiliti in precedenza, ma hanno invece sottolineato l'importanza di accertare nel caso concreto il ruolo del dipendente e di rispettare l'autonomia di scelta della scuola⁸²: «When a school with a religious mission entrusts a teacher with the responsibility of educating and forming students in the faith, judicial intervention into disputes between the school and the teacher threatens the school's independence in a way that the First Amendment does not allow»⁸³.

77 *Ivi*, 177 s.

78 *Our Lady*, cit., 4 s.

79 *Ivi*, 7.

80 *Hosanna Tabor*, cit., 196.

81 *Our Lady*, cit., 18.

82 J. BURNWORTH, *The Ministerial Exception*, cit., 480.

83 *Our Lady*, cit., 27.

5. I casi di licenziamento nelle università di tendenza.

Negli anni successivi a *Hosanna-Tabor* e *Our Lady of Guadalupe* le corti minori hanno dato seguito a quanto stabilito dalla Corte Suprema sulla ‘ministerial exception’ e i licenziamenti in numerosi casi riguardanti non solo la ‘k-12 education’ ma anche l’ambito universitario. Tuttavia, l’applicazione di una giurisprudenza nata in un contesto formativo ben diverso, ossia quello delle scuole d’infanzia e primarie di primo e secondo grado, ha lasciato un’ampia discrezionalità ai giudici, dando esiti spesso contraddittori. Ad esempio, in *Richardson v. Northwest Christian University*⁸⁴, una corte federale in Oregon ha statuito che una professoressa di scienze motorie, licenziata in quanto nubile e in stato di gravidanza, non dovesse essere identificata come ‘minister’. Nonostante la docente dovesse «integrate her Christianity into her teaching and demonstrate a maturing Christian faith» la Corte ha stabilito che «any religious function was wholly secondary to her secular role»⁸⁵. Oppure, in *Trotter v. United Lutheran Seminary*⁸⁶, secondo la Corte il fatto che rev. Christina Johnsten fosse chiamata ‘Pastor Trina’ dagli studenti, che fosse una ‘ordained minister’ e che al momento dell’assunzione fosse richiesta un’esperienza come ministro in parrocchia non fosse sufficiente a definirla ‘minister’ ai fini della deroga.

Nonostante l’incertezza nella giurisprudenza delle corti minori, nel 2022 la Corte Suprema ha negato ‘certiorari’ in un caso riguardante un’università di tendenza. *Gordon College v. DeWeese-Boyd*⁸⁷ nasce dalla causa intentata da una docente a seguito della mancata promozione a ordinaria, sostenendo di essere stata discriminata per il proprio attivismo sui diritti della comunità LGBTQIA+ e in quanto donna. Gordon College è un «evangelical Christian undergraduate and graduate college» in Massachusetts in cui tutti i professori «are expected to be fully prepared in all facets of their tasks as Christian teachers and advisors, both inside and outside the classroom» e «[t]hey are expected to strive to engage students in their respective disciplines from the perspectives of the Christian faith and to teach with accuracy and integrity»⁸⁸. Inoltre, tutto il personale deve aderire, al momento della sottoscrizione del contratto, allo ‘Statement of Faith’ e allo ‘Statement of Life and Confuct’: il primo presenta i principali dogmi della Chiesa Luterana mentre il secondo richiede la collaborazione nella ‘mission’ evangelica del college attraverso il proprio comportamento quotidiano, evitando «words and actions which are expressly forbidden in Scripture»⁸⁹.

Considerando l’approccio utilizzato dalla Corte Suprema statunitense in *Hosanna-Tabor* e *Our Lady of Guadalupe* una ‘fuctional analysis’, i giudici della Corte Suprema del

84 *Richardson v. Northwest Christian University*, 242 F. Supp. 3d 1132 (D. Or. 2017).

85 *Ivi*, 1145.

86 *Trotter v. United Lutheran Seminary*, 2021 WL 3271233 (E.D. Pa. July 30, 2021).

87 *Gordon College v. DeWeese-Boyd*, 142 S. Ct. (2022).

88 *DeWeese-Boyd v. Gordon College*, 2020 Mass. Super., 10-11.

89 *Ivi*, 1.

Massachusetts (JSC) hanno analizzato i doveri a cui era tenuta nel concreto DeWeese Boyd, stabilendo che «she was, first and foremost, a professor of social work»⁹⁰. Inoltre, a differenza delle insegnanti in *Hossanna-Tabor* e *Our Lady of Guadalupe*, DeWeese Boyd non aveva alcun dovere religioso specifico: come tutti i docenti le era richiesto di «engage in teaching and scholarship from a Christian perspective and integrate her faith into her work»⁹¹ ma «she was not ordained or commissioned; she was not held out as a minister and did not view herself as a minister; and she was not required to undergo formal religious training, pray with her students, participate in or lead religious services, take her students to chapel services, or teach a religious curriculum»⁹². Di conseguenza, per la Corte DeWeese Boyd non può essere considerata un 'minister' ai fini della 'exception' dato che un generico impegno a rispettare i valori cristiani nei propri corsi universitari non può essere paragonato al ruolo assunto da un ministro ordinato o da un insegnante di religione in una scuola primaria⁹³.

Sebbene la Corte Suprema statunitense abbia negato 'certiorari' al caso nel 2022, il Giudice Alito ha commentato la vicenda nel merito⁹⁴, definendo come 'troubling and narrow' la visione della JSC sull'educazione nelle scuole di tendenza. Inoltre, il Giudice Alito, a cui si sono associati anche i Giudici Thomas, Kavanaugh e Barret, quindi la maggioranza della Corte, ha spostato l'attenzione dal termine 'minister' e i suoi eventuali criteri all'autonomia di cui necessitano le istituzioni di tendenza per stabilire il contenuto e la forma della propria offerta formativa⁹⁵. Citando *Our Lady of Guadalupe*, ha statuito: «The Religion Clauses of the First Amendment sometimes forbid courts to intervene in employment disputes involving teachers at religious schools who are entrusted with the responsibility of instructing their students in the faith»⁹⁶.

Quanto scritto dal Giudice Alito presenta due principali problemi: in primo luogo, non riconosce che l'educazione religiosa nelle scuole primarie differisce profondamente da quella proposta nelle università di tendenza, in quanto ha scopi e si sviluppa attraverso contesti difficilmente paragonabili⁹⁷. Nelle scuole dell'infanzia e primarie, come si vede nei contratti in *Hosanna-Tabor* e *Our Lady of Guadalupe*, gli insegnanti

90 *Gordon College*, cit., 46-47.

91 *Ibidem*.

92 *Ivi*, 33.

93 Il ragionamento giuridico della Corte richiama l'analisi eseguita in *Richardson v. Northwest Christian University* dalla corte distrettuale in Oregon, secondo cui il generale dovere di integrare i valori cristiani nel proprio insegnamento non può ritenersi sufficiente per definire una professoressa di scienze motorie una 'minister'. Si veda: P. SMITH - R. W. TUTTLE, *Gordon College and the Future of the Ministerial Exception*, in *JCUL*, 47(1), 2022, 16, nt. 110.

94 *Gordon College v. DeWeese-Boyd*, 595 US (2022), *Respecting the denial of certiorari*.

95 P. Smith, R. W. Tuttle, *Gordon College*, cit., 18.

96 *Ivi*, 1.

97 Nella giurisprudenza statunitense sembra essere prassi non considerare le differenze che si riscontrano fra i diversi gradi di istruzione. Spesso le Corti minori applicano quanto affermato dalla Corte Suprema per la 'k-12 education' alle università o il contrario. Si veda: J. WHITTE JR., *The Blessing*, cit., 172.

sono figure di riferimento per i minori e rappresentano l'assetto valoriale e ideologico che si vuole trasmettere nella scuola. Gli stessi genitori spesso scelgono una scuola di tendenza in quanto desiderano per i propri bambini una formazione arricchita dalla morale del proprio credo⁹⁸. Diversamente, gli studenti universitari sono ormai adulti che, consapevolmente, scelgono di frequentare un'università di tendenza in quanto vogliono essere circondati da determinati valori. Altrettanto consapevolmente, però, questi valori coesistono con gli altri principi fondamentali dell'istruzione universitaria, che non si ritrovano nella scuola primaria, quali la libertà di pensiero, ricerca ed espressione tramite il libero scambio delle idee nei dibattiti a lezione e, da ultimo, la libertà accademica dei docenti.

In secondo luogo, concedendo una deferenza così ampia alle scuole di tendenza si corre il rischio di alterare il complesso lavoro di bilanciamento sostenuto dalle corti minori dopo *Hosanna-Tabor* and *Our Lady of Guadalupe*⁹⁹. Le parole del Giudice Alito, infatti, non aiutano a stabilire quando un docente possa definirsi 'minister', in quanto lasciano la definizione dei criteri alla stessa istituzione religiosa. Il rischio è che nelle università di tendenza ogni professore potrebbe essere definito 'minister', eliminando del tutto ogni possibile tutela al professore che già si vede escluso dalle garanzie del Primo Emendamento sulla libertà accademica.

6. Conclusioni.

Quanto affermato dal Giudice Alito in *Gordon College v. Deweese-Boyd* ha posto un campanello d'allarme sui casi di licenziamento dei professori universitari dalle istituzioni confessionali. L'estensione al mondo accademico della giurisprudenza sulla 'ministerial exception' nonché l'approccio deferenziale suggerito dal Giudice Alito per la determinazione dei criteri alterano in modo inequivocabile un quadro di per sé già fragile per il professore. In questo modo, l'equilibrio precario che vedeva protagoniste la libertà accademica dei docenti, priva di un effettivo supporto dalla giurisprudenza del Primo Emendamento, e la libertà religiosa delle università di tendenza, ripetutamente avallata dalla Corte, risulterebbe fortemente compromesso a favore della seconda.

Infatti, nel momento in cui si dovesse dar seguito alle parole del Giudice Alito, il professore universitario non potrebbe beneficiare della garanzia (comunque debole) fornita dalla libertà accademica perché dipendente di un'istituzione privata e allo stesso tempo nemmeno delle norme antidiscriminatorie, in quanto identificato direttamente dall'università come 'minister'. Infine, in questo contesto assume un marcato rilievo il *modus operandi* dell'*American Association of University Professors*, che in quanto associazione di categoria ha un ruolo fondamentale nella gestione dei conflitti. Tuttavia, la sua costante opposizione negli anni alle università di tendenza e le

98 P. SMITH - R. W. TUTTLE, *Gordon College*, cit., 20-21.

99 *Ivi*, 6.

perplexità perseguite sulla 'Limitations Clause' non hanno aiutato la risoluzione delle controversie, alimentando invece tensioni e polarizzazione in un contesto già diviso.

In tale prospettiva, appare indispensabile una rimeditazione del ruolo del professore universitario e della sua tutela nelle università di tendenza, volta a garantire tanto la libertà di ricerca del primo quanto l'identità confessionale delle seconde. Ciò richiede, a livello universitario, l'adozione di policies interne e Codici di condotta sempre più chiari e ben strutturati mentre, a livello giurisprudenziale, una completa comprensione delle specificità del contesto universitario rispetto a quello scolastico.

ABSTRACT: Negli Stati Uniti la maggior parte delle istituzioni universitarie è privata e di queste molte sono affiliate ad una confessione religiosa. Tuttavia, è proprio nelle università di tendenza che si riscontrano le principali tensioni fra la libertà accademica del singolo professore e l'autonomia istituzionale dell'università volta a preservare la sua identità confessionale. In particolare, nei casi di licenziamento o mancata promozione, quando il professore non rispetta il credo dell'ateneo, le corti tendono ad applicare la giurisprudenza della Corte Suprema sulla così detta 'ministerial exception', elaborata per il contesto della 'k-12 education'. Il presente contributo, dopo aver analizzato lo sviluppo giurisprudenziale della libertà accademica e della 'ministerial exception', vuole porre l'attenzione sulle difficoltà di bilanciamento fra la libertà accademica e la libertà religiosa, difficoltà che si traducono in un'effettiva mancanza di tutela per i professori universitari nelle istituzioni di tendenza.

PAROLE CHIAVE: Libertà accademica – Libertà religiosa – Stati Uniti – Licenziamenti – Ministerial exception – Università di tendenza.

Matteo Maniero

UNA DONNA AL CONFINO POLITICO PER OMOSESSUALITÀ (1928).

UN PROCEDIMENTO *CONTRA* O *PRAETER LEGEM*?

SOMMARIO: 1. L'uso del confino di polizia per gli omosessuali durante il Fascismo. – 2. Il caso di Fernanda Bellachioma. – 3. La vicenda. – 4. Alcune questioni procedurali del caso Bellachioma. – 5. Conclusioni: un procedimento *contra* o *praeter legem*?

1. *L'uso del confino di polizia per gli omosessuali durante il Fascismo.*

È un punto fermo nella storia giuridica italiana che il codice penale del 1931 promulgato dal regime fascista non preveda come reato gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso. Nonostante infatti la prima stesura del codice contenga all'art. 528 il reato di «Relazioni omosessuali»¹ e nonostante il favore unanime nei confronti della disposizione manifestato dalle università, dalla magistratura e dagli ordini forensi a cui il progetto viene inviato², durante i lavori preparatori, la Commissione ministeriale incaricata di rivedere il progetto preliminare decide di espungere completamente detto articolo dalla versione definitiva del codice che sarebbe entrata in vigore l'1 luglio 1931³.

A differenza di ciò che si può pensare, tuttavia, la scelta del legislatore fascista, lungi dal rappresentare un'apertura nei confronti delle persone omosessuali, si inserisce nel solco, già tracciato nei decenni precedenti dal Codice Zanardelli, della c.d. tolleranza repressiva⁴. Il legislatore di età liberale, infatti, ispirandosi alle teorie illuministiche, alla codificazione napoleonica e all'insegnamento di Giovanni Carmignani, preferisce depenalizzare l'omosessualità al fine, da un lato, di non darle la pubblicità derivante da un processo penale ordinario e, dall'altro, di demandarne la repressione all'autorità di polizia⁵; da questo punto di vista lo strumento maggiormente utilizzato è il domicilio

1 MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, 1927, 206.

2 MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, III.4, Roma, 1928, 40 ss.

3 MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV.3, Roma, 1929, 172.

4 L'espressione è di Giovanni Dall'Orto (G. DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia. L'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra*, Milano, 2015, 435). Sempre del medesimo autore è anche l'espressione «congiura del silenzio», la quale ha il merito di porre l'attenzione sull'interesse dell'ordinamento a dare meno rilevanza pubblica possibile alle pratiche omosessuali (G. DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia*, cit., 437).

5 Sulla politica repressiva di matrice francese si vedano il già citato G. DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia*, cit. e M. D. SIBALIS, *The Regulation of Male Homosexuality in Revolutionary and Napoleonic France (1789-1815)*, in

coatto⁶. Il Regime decide di proseguire lungo la strada aperta dallo Zanardelli, consapevole che la lacuna del Codice Rocco in tema di omosessualità ben può essere sanata con l'impiego delle nuove misure di polizia di recente introduzione, e in particolare con il confino⁷. In proposito dichiara in modo assai esplicito il commissario Ugo Aloisi durante i lavori di revisione del progetto preliminare del codice:

«da P. S. sorveglia in modo particolare coloro che si prestano a questi atti, perché sopra di essi alligna tutta una speciale delinquenza. Nella visione unitaria del problema, che è tutto di politica criminale, va quindi considerato se per estirpare questa mala pianta si debbano comminare pene, e quindi ipotizzare reati, o se non basti la rigida applicazione di energiche misure di polizia.»⁸

Homosexuality in Modern France, a cura di J. Merrick e B. T. Ragan, New York-Oxford, 1996. Sulla posizione di Carmignani si riporta qui una delle sue citazioni più esplicative: «Se noi esaminiamo la imputabilità di siffatte sozzure nella intrinseca loro turpitudine, anzi che nei motivi della politica, niuna pena, per quanto grave si potesse immaginare, sarebbe mai bastante a reprimere tanta depravazione. Ma saviamente si è avvertito che sogliono derivare, meno da malizia, che da obbligo e disprezzo di sé stesso; e che basterebbe eccitare sopra di essi la vigilanza della polizia, nella speranza che la religione e la natura stessa abbiano presto o tardi a rivendicare i loro diritti.» (G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale. Traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del prof. Caruana Dingli. Prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli*, Milano, 1863, 439 s.).

6 Esso consiste nell'obbligo di risiedere e lavorare in una colonia del Regno o in un Comune differente da quello di residenza. Viene irrogato, a conclusione di una procedura avviata su iniziativa del capo dell'ufficio provinciale di pubblica sicurezza o del prefetto, da una commissione provinciale composta dal prefetto e dal capo dell'ufficio provinciale di pubblica sicurezza medesimi, dal presidente del tribunale, dal procuratore del re e dal comandante provinciale dell'arma dei carabinieri. Già la composizione stessa della commissione competente a decidere, di evidente stampo inquisitorio, fa comprendere come il procedimento di assegnazione al domicilio coatto sia esposto a un'ampia discrezionalità da parte delle autorità. Il domicilio coatto, inoltre, per la propria natura appare perfettamente idoneo alla repressione dell'omosessualità: come scrive, infatti, Guglielmo Sabatini la sua funzione è quella di colpire quegli individui che, per quanto pericolosi, non è possibile rinviare a giudizio o per mancanza di prove o – ed è proprio questo il caso degli omosessuali – perché manca una specifica previsione della legge penale. Data la sua attitudine a intervenire lì dove non può agire il diritto penale ordinario, se ne evince la sua natura di misura preventiva, da infliggersi *pro futuro* allo scopo – appunto – di prevenire eventuali minacce alla sicurezza pubblica. A ciò va aggiunto anche che, come scrive ancora Sabatini, lo scopo del domicilio coatto è «ottenere il riadattamento sociale di persone pericolose e la loro rigenerazione morale». Il domicilio coatto viene introdotto con legge del 15 agosto 1863, ma viene accolto definitivamente nell'ordinamento solo con la legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865. In tema di domicilio coatto e in particolare per le citazioni poc'anzi fatte si vedano G. SABATINI, voce *Domicilio coatto*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino, 1938, 169 ss.; F. CARFORA, voce *Domicilio coatto*, in *Il Digesto Italiano*, IX.3, Torino, 1899-1902, 718 ss.

7 Il riferimento è alle misure di polizia previste nel testo unico di pubblica sicurezza del 1926 di cui si dirà più ampiamente nel prosieguo.

8 MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori*, IV.3, cit., 171 s.

Il confino quale misura di polizia⁹, che non va perciò confuso con la pena del confino¹⁰, è l'erede del precedentemente citato domicilio coatto, al quale viene sostituito con il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 6 novembre 1926 n. 1848¹¹. È una misura di carattere amministrativo¹², consistente, ai sensi dell'art. 185 e del primo comma dell'art. 189, nell'obbligo di risiedere e lavorare in una colonia o un Comune diverso da quello di residenza del confinato¹³; nella pratica, tuttavia, spesso i luoghi scelti per il confino sono paesini in zone particolarmente isolate o, nel caso degli omosessuali, le piccole isole del Meridione¹⁴.

Lo scopo evidente di questa misura (del tutto identico a quello del domicilio coatto) è l'allontanamento del confinato dalla società civile. Ed è ponendo l'attenzione su questo aspetto che si riesce a cogliere uno dei motivi per il quale il confino diviene rapidamente lo strumento di repressione dell'omosessualità prediletto dal Regime. Nel corso dell'Ottocento, infatti, la medicina legale comincia a porre grande attenzione alla sessualità umana e numerosi sono gli studi dedicati proprio all'omosessualità, classificata ora non più come una mera bruttura morale ma come una vera e propria

9 Per completezza si precisa che l'ordinamento conosce due tipi di confino di polizia: il confino comune e il confino politico. La differenza tra i due, così come il perché spesso gli omosessuali vengano classificati come confinati politici e non comuni, è ancora oggi oggetto di discussione tra gli studiosi e non è questa la sede in cui approfondire l'argomento. È opportuno solamente precisare che il t.u. di pubblica sicurezza di cui si dirà parla genericamente di confino. In questa sede e in particolare per il caso oggetto del presente contributo, laddove non espressamente precisato, si intenderà fare riferimento al confino politico.

10 Il codice penale del 1889, infatti, all'art. 11 prevede tra le pene comminabili per i delitti anche il confino, consistente, ai sensi dell'art. 18, «nell'obbligo imposto al condannato di dimorare, per un tempo non inferiore ad un mese e non superiore ai tre anni, in un Comune indicato nella sentenza, a distanza non minore di sessanta chilometri, tanto dal Comune in cui fu commesso il delitto, quanto da quelli in cui gli offesi e lo stesso condannato hanno la propria residenza». Questo confino, dunque, consiste in una vera e propria pena, irrogata dall'autorità giudiziaria e non dall'autorità amministrativa come il confino di polizia; a differenza di quest'ultimo, inoltre, il confino viene emesso a seguito di un processo penale ordinario e non tramite un procedimento amministrativo. La pena del confino e il confino di polizia hanno tuttavia in comune le modalità attuative e lo scopo: entrambi mirano all'isolamento geografico e conseguentemente sociale del condannato. Per la citazione appena riportata e per un *excursus* completo sulla pena del confino si veda F. BENEVOLO, voce *Confino*, in *Il Digesto Italiano*, VIII.1, Torino, 1896, 876 ss.

11 Al t.u. del 1926 si sostituirà il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 18 giugno 1931 n. 773, il quale agli artt. 180 e seguenti ripropone la disciplina, pressoché identica, del confino di polizia introdotto nel 1926 (C. BOVIO, *Commento alla legge di pubblica sicurezza. Testi di leggi – dottrina – giurisprudenza*, Napoli, 1936, 200 ss.). Nonostante gran parte della repressione dell'omosessualità durante il Fascismo sia compiuta sotto l'egida del t.u. del 1931, essendo il caso che qui si analizzerà del 1927, in questa sede si approfondirà solo il regime del confino di polizia previsto nel t.u. del 1926.

12 A. CORDOVA, *Commento al testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 6 novembre 1926 n. 1848 e al regolamento 21 gennaio 1929 n. 62*, Palermo, 1929, 145.

13 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 146 ss. Altri obblighi accessori elencati all'art. 190 possono essere disposti dall'autorità di pubblica sicurezza (e non dalla commissione) caso per caso; per il dettato normativo e il relativo commento si veda A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 149 s.

14 In particolare, le isole di Ponza, Ventotene, le Tremiti, Favignana, Pantelleria e Lampedusa (C. POESIO, *Il confino fascista. L'arma silenziosa del regime*, Roma-Bari, 2011, 18).

patologia¹⁵. Come per qualsiasi altro morbo, però, anche sull'omosessualità si allunga, nell'opinione pubblica e non solo, lo spettro della contagiosità. Contro la diffusione di questa sessualità invertita, perciò, la contromisura che l'ordinamento può mettere in atto è proprio quella di procedere all'isolamento degli omosessuali e lo strumento più adatto è indubbiamente il confino¹⁶. Sul punto sono significative le espressioni che riecheggiano l'ambito medico usate dal questore di Catania Alfredo Molina, il quale, nel 1939, in un rapporto scrive:

«La piaga della pederastia in questo Capoluogo tende ad aggravarsi e generalizzarsi perché giovani finora insospettati, ora risultano presi da tale forma di degenerazione sessuale sia passiva che attiva che molto spesso procura loro anche mali venerei. ... Questo dilagare di degenerazione in questa città ha richiamato l'attenzione della locale Questura che è intervenuta a stroncare o, per lo meno, ad arginare tale grave aberrazione sessuale ... Ritengo pertanto indispensabile, nell'interesse del buon costume e della sanità della razza, intervenire con provvedimenti più energici perché il male venga aggredito e cauterizzato nei suoi focolai.»¹⁷

Un'ulteriore ragione, poi, che rende il confino particolarmente adatto per colpire gli omosessuali è il suo amplissimo ambito di applicazione. L'art. 184 t.u. del 1926 infatti prescrive l'uso del confino nei confronti degli ammoniti per i quali si sia dimostrato insufficiente il provvedimento di ammonizione e nei confronti di tutti quegli individui che

«abbiano commesso o manifestato il deliberato proposito di commettere atti diretti a sovvertire violentemente gli ordinamenti nazionali, sociali e economici costituiti nello Stato, a menomarne, la sicurezza ovvero a contrastare od ostacolare l'azione dei poteri dello Stato, per modo da recare comunque nocumento agli interessi nazionali, in relazione alla situazione, interna od internazionale, dello Stato.»¹⁸

15 Si vedano, *ex plurimis*, J.L. CASPER - E. LEONE - C. DEMARIA, *Manuale pratico di medicina legale* di G. L. Casper consigliere intimo, professore ordinario di medicina legale, direttore dell'Istituto medico-legale nell'Università di Berlino, ecc. Prima traduzione dal tedesco autorizzata dall'autore del dott. Emilio Leone con Proemio, Note e gli articoli de' Codici Italiani che hanno rapporto colla Medicina Legale del cav. Carlo Demaria. Opera utile a tutti i medici specialmente condotti ai magistrati ed agli avvocati, II, Torino, 1860; A. MOLL, *Uranismo e prostituzione mascolina nei tempi antichi e moderni dal lato sociale e sessuale*, Roma, 1897.

16 L. BENADUSI, *Il domicilio coatto contro oziosi, vagabondi e omosessuali*, in *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di E. De Cristofaro, Acireale-Roma, 2015, 109 ss. In particolare, sono favorevoli alla – per così dire – quarantena degli omosessuali tramite il confino preventivo fino alla loro completa guarigione, perciò potenzialmente a tempo indeterminato, tanto il criminologo Alfredo Niceforo quanto il giurista Raffaele Garofalo (L. BENADUSI, *Il domicilio coatto*, cit., 202).

17 G. GORETTI – T. GIARTOSIO, *La città e l'isola. Omosessuali al confino nell'Italia fascista*, Roma, 2006, 47 s. Va anche rilevato che nel caso degli omosessuali vi è un'ulteriore esigenza di isolamento: essi vanno sia allontanati dalla società civile sia tenuti separati dagli altri confinati eterosessuali, per prevenire che le pratiche sessuali contro natura prendano piede anche tra questi ultimi. A tale scopo, ad esempio, nello stabilimento di confino di Ustica il questore Giuseppe Damiani riserva ai solo omosessuali l'intero edificio n. 9 (L. BENADUSI, *Il domicilio coatto*, cit., 200 s.).

18 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 145.

Come si legge al primo comma dell'articolo, tuttavia, entrambi questi gruppi di individui devono essere primariamente ritenuti «pericolosi alla sicurezza pubblica»¹⁹. Pertanto, anche se *prima facie* la disposizione parrebbe fare riferimento ai soli ammoniti e individui sospettati di voler compiere azioni dirette contro la personalità dello Stato, le autorità di pubblica sicurezza hanno facile gioco nell'estendere l'applicabilità del confino anche a tutte quelle categorie di persone ritenute in generale, a vario titolo, socialmente pericolose²⁰. E questa tendenza andrà acuendosi con il nuovo t.u. del 1931, nel quale, all'art. 181, viene inserito il massimamente generico riferimento a ogni «attività comunque tale da recare nocumento agli interessi nazionali»²¹. Una dizione così vaga permette di ricondurre alla fattispecie dell'art.181 qualsiasi condotta contraria all'ideologia fascista latamente intesa, tra cui, ad esempio l'aderenza ad una religione minoritaria o qualsiasi tipo di manifestazione sessuale socialmente non tollerata, come l'adulterio o – appunto – l'omosessualità²².

Un ultimo aspetto che rende il confino di polizia perfettamente idoneo alla repressione dell'omosessualità è poi la natura stessa del procedimento. Oltre al tema – già trattato in materia di domicilio coatto – della segretezza propria di un procedimento

19 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 145.

20 Dal canto suo già il regolamento di attuazione del 1929, all'art. 330, opera una prima deriva in tal senso. Se infatti all'art. 184 del t.u. la pericolosità per la sicurezza pubblica è un prerequisite a cui deve aggiungersi la pericolosità per la personalità dello Stato, nell'art. 330 del regolamento si parla di «pericolosità ... per la sicurezza pubblica o per l'ordine nazionale» (A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 298). La o disgiuntiva in luogo di una e, per quanto possa apparire un dettaglio linguistico, comporta grandi conseguenze sul piano giuridico. Tale formulazione, infatti, disancora il requisito della pericolosità per la sicurezza pubblica dalla pericolosità per l'ordine nazionale, creando di fatto una terza categoria di confinabili: affianco agli ammoniti e ai soggetti sospettati di voler attentare alla personalità dello Stato si aggiungono anche tutti quei soggetti ritenuti genericamente pericolosi per la sicurezza pubblica. A queste conclusioni arriva già all'epoca anche Antonino Cordova, che nel proprio commentario, scrive: «Il Regolamento (art. 330) aggiunge la pericolosità del denunciato per la sicurezza pubblica (art. 184 della legge) alla pericolosità per l'ordine pubblico, concetti che sono equivalenti e completativi l'uno dell'altro» (A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 300).

21 *Pubblica sicurezza. Testo unico delle leggi approvato con R. decreto 18 giugno 1931, n. 773, preceduto dalla Relazione di S. E. il Capo del Governo Primo Ministro Segretario di Stato, Ministro per l'interno, a S. M. il Re*, Napoli, 1933, 56. Chiarissimo è il commento di Guglielmo Sabatini, che scrive: «Soggetti al provvedimento del confino di polizia sono in generale le persone ritenute pericolose per la sicurezza pubblica, per l'ordine pubblico o per l'ordine nazionale. La legge intende colpire tutte le manifestazioni socialmente pericolose nei casi in cui tali manifestazioni non si concretino in un reato o non siano connesse a fatti preveduti dalla legge come reati» (G. Sabatini, voce *Confini di polizia (Assegnazione al)*, in *Nuovo digesto italiano*, III, Torino, 1938, 784).

22 C. POESIO, *Il confino fascista*, cit., 21 ss. Sull'estensione operata dal Regime del concetto di pericolosità sociale fino a ricomprendere anche aspetti della vita privata si veda anche P. CARUCCI, *Arturo Bocchini*, in *Uomini e volti del Fascismo*, a cura di F. Cordova, Roma, 1980, 77 ss. Per un esempio concreto di ricorso all'art. 181 per assegnare al confino un individuo accusato di essere omosessuale si veda il caso di Otello Aio, il cui fascicolo personale è consultabile nella busta n. 9 conservata nella serie archivistica *Archivi degli organi politici e amministrativi dello Stato, Ministero dell'Interno, Direzione generale pubblica sicurezza (1861-1981), Divisione affari generali e riservati – Uffici dipendenti dalla sezione prima, Ufficio confino di polizia, Fascicoli personali* (id. 1779; inv. 13/083).

amministrativo rispetto ad un processo giudiziario, il procedimento di assegnazione al confino, per come è disciplinato, lascia amplissimi margini di discrezionalità all'autorità di pubblica sicurezza. La misura, ad esempio, irrogata mediante ordinanza ai sensi dell'art. 187²³, viene decisa *ex art.* 186 dalla medesima commissione provinciale competente per la meno invasiva misura dell'ammonizione²⁴. Dal combinato disposto tra l'art. 186 e l'art. 168, a cui il primo espressamente rimanda, si ricava che la commissione competente per il confino deve essere composta dal prefetto (che, ai sensi del secondo comma, la presiede), dal procuratore del re, dal questore, dal comandante provinciale dell'arma dei carabinieri e da un ufficiale superiore della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale²⁵. Appare evidente l'impostazione inquisitoria del rito, per effetto della quale sono incaricate di decidere le stesse autorità, sottoposte direttamente al potere esecutivo, competenti a svolgere le indagini²⁶; le stesse hanno inoltre, ai sensi del secondo comma dell'art. 186, la facoltà di ordinare l'arresto preventivo dei prevenuti, cioè degli individui proposti per l'assegnazione al confino²⁷.

Il t.u. del 1926, inoltre, dal punto di vista della procedura, presenta significative lacune, lacune che saranno colmate solo con il regolamento del 1929. In questo triennio di interregno, tuttavia, l'autorità di pubblica sicurezza è formalmente libera di procedere all'assegnazione al confino senza l'obbligo di rispettare particolari formalità, con una conseguente significativa menomazione delle garanzie per l'indagato (diritto dello stesso ad essere informato dell'inizio del procedimento, diritto di partecipare all'udienza della commissione o di presentare memorie difensive).

Questa assenza di garanzie e la conseguente ampia discrezionalità lasciata alle autorità di pubblica sicurezza permettono loro di procedere con maggiore libertà di movimento, aspetto questo che mostra dei vantaggi proprio in relazione all'omosessualità. È difficile anche solo immaginare, dopotutto, quale genere di prove si dovrebbero cercare per dimostrare il compimento di atti sessuali tra persone dello stesso sesso; salvo che due individui vengano colti in flagranza nel momento dell'amplesso, infatti, gli unici elementi a cui appigliarsi possono essere i pettegolezzi, la cattiva fama, lo stile

23 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 147.

24 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 147.

25 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 134.

26 Nel t.u. del 1926 questa commissione è ancora solo ipotetica, dal momento che la normativa non precisa mai quali siano le autorità competenti a svolgere le indagini. Va comunque rilevato che nella prassi il prefetto aveva già avuto un ruolo centrale in materia di domicilio coatto (L. MUSCI, *Il confino fascista di polizia. L'apparato statale di fronte al dissenso politico e sociale*, in *L'Italia al confino. Le ordinanze di assegnazione al confino emesse dalle Commissioni provinciali dal novembre 1926 al luglio 1943*, a cura di A. Dal Pont e S. Carolini, Milano, 1983, 25 ss.). L'impostazione inquisitoria, tuttavia, diverrà manifesta con il regolamento del 1929, il quale esplicitamente all'art. 330 assegna il compito di svolgere le indagini e stimolare l'avvio della procedura di assegnazione al confino proprio al questore e al prefetto (A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 298).

27 Come esplicitato anche dai commentatori del t.u., l'arresto previsto per il confino è *sui generis*, essendo uno dei rarissimi casi di arresto preventivo che non deve essere giustificato dalla flagranza (A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 147).

di vita (come frequentare locali di dubbia moralità) o – tutt'al più – l'aspetto particolarmente effeminato. Nessuno di questi elementi – è evidente – potrebbe mai assurgere a prova, ma in un procedimento sommario come quello del confino di polizia ben possono essere sufficienti a fondare l'accertamento dell'addebito²⁸.

L'unica reale garanzia riconosciuta ai confinati è la possibilità di fare ricorso in appello avverso l'ordinanza di assegnazione. Ai sensi dell'art. 188, infatti, il confinato ha il diritto di presentare appello, che non ha efficacia sospensiva, entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento avanti a una commissione d'appello istituita presso il Ministero dell'interno. Anche in questo caso, tuttavia, la composizione della commissione fa sorgere leciti dubbi sulla reale imparzialità e terzietà di questo organo, non essendo i suoi membri altro che i cinque superiori gerarchici dei membri della commissione provinciale: essa è infatti composta dal sottosegretario di Stato al Ministero dell'interno (che la presiede), l'avvocato generale presso la corte d'appello di Roma, il capo della polizia, un ufficiale generale dell'arma dei carabinieri e un ufficiale generale della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale²⁹.

2. Il caso di Fernanda Bellachioma.

Formalmente, in base al mero dettato normativo, il confino di polizia di cui al t.u. del 1926 è applicabile a chiunque, se maggiore di anni sedici³⁰, indipendentemente dal genere. I casi di donne mandate al confino infatti sono numerosi³¹. Tuttavia, per quanto riguarda l'omosessualità, in base agli studi attuali risulta un solo caso di donna

28 Si veda, *ex plurimis*, DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia*, cit., 524 ss.

29 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 148.

30 Questa limitazione è esplicitata all'art. 331 del regolamento di attuazione. Tuttavia, si deve ritenere che tale limite vigesse anche prima dell'adozione del regolamento: al capo IV, tra i capi dedicati all'ammonizione e al confino, è dettata la speciale disciplina riservata ai minori di anni sedici, ad eccezione di coloro che sono mendicanti o prostituiti ai sensi dell'art. 182 (A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 298). La posizione della disciplina immediatamente dopo le disposizioni sulla ammonizione devono indurre l'interprete a ritenere quella dei minori degli anni sedici una normativa speciale e derogatoria rispetto al regime dell'ammonizione. Essendo inoltre l'ammonizione un provvedimento meno affittivo rispetto al confino ed essendo il regime dei minori degli anni sedici più favorevole rispetto a quello riservato agli adulti, *a fortiori* ne deve conseguire che il regime dei minori degli anni sedici deroghi anche alla normativa sul confino. A simili conclusioni arrivano anche i commentatori del tempo; si veda ad esempio A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 300.

31 Il dato è facilmente verificabile scorrendo la puntuale schedatura fatta da Adriano Dal Pont e Simonetta Carolini nei quattro volumi de *L'Italia al confino* (A. DAL PONT – S. CAROLINI, *L'Italia al confino*, cit.). Va annotato però che, durante il lavoro, gli autori decisero di espungere tutti i casi di confinati non propriamente politici (tra cui anche gli omosessuali); per dei dati davvero completi, dunque, si faccia riferimento allo schedario disponibile *on-line* nel sito dell'Archivio Centrale dello Stato al seguente *link*: <https://patrimonioacs.cultura.gov.it/patrimonio/4e62653e-0745-4e47-8da0-5f9a0d29b772/serie-fascicoli-personali> (data ultima consultazione: 21 ottobre 2025).

mandata al confino politico a causa del proprio lesbismo: Fernanda Bellachioma³². Quello della Bellachioma è un caso unico per più di una ragione. Innanzitutto – come si è detto – è l'unica donna (presunta) lesbica assegnata al confino politico di polizia di cui si abbia notizia³³. Inoltre – come si vedrà – il suo caso, essendosi svolto nel 1928,

32 Tutta la documentazione che si è potuta studiare sul caso è conservata nel fascicolo personale di Fernanda Bellachioma, contenuto nella busta n. 81 e consultabile presso l'Archivio Centrale dello Stato a Roma all'interno della già citata serie *Archivi degli organi politici e amministrativi dello Stato, Ministero dell'Interno, Direzione generale pubblica sicurezza (1861-1981), Divisione affari generali e riservati – Uffici dipendenti dalla sezione prima, Ufficio confino di polizia, Fascicoli personali* (id. 1779; inv. 13/083). D'ora in avanti, ai fini bibliografici, si farà riferimento al fascicolo come *Fascicolo Bellachioma*, seguito dall'indicazione dello specifico documento ed eventuale numero di pagina (in caso di documento composto da più fogli). Per l'indicazione dei singoli documenti, trattandosi di materiale dal contenuto molto vario (memorie giudiziarie, lettere, telegrammi, finanche semplici annotazioni su carta intestata del Ministero dell'interno), chi scrive ha tentato di dare una indicazione quanto più possibile univoca a ciascun documento. Non è possibile usare un numero progressivo per individuare ciascun documento dal momento che le carte contenute nei fascicoli di cui alla serie id. 1779 non sono mai state affollate; altresì non è possibile usare come riferimento una numerazione o indicazioni bibliografiche preesistenti, non essendo mai stata compiuta da nessuno un'opera di inventariazione del contenuto dei fascicoli. Si precisa che il fascicolo in parola è stato consultato di persona da chi scrive in data 9 luglio 2025. Per un precedente studio, dal taglio non storico-giuridico ma sociologico, del caso Bellachioma si veda l'interessante opera N. MILETTI, *Accuse innominabili. Lesbiche e confino di polizia durante il fascismo*, in *Fuori dalla norma. Storie lesbiche nell'Italia della prima metà del Novecento*, a cura di N. Milette e Luisa Passerini, Torino, 2007, la quale, per il taglio scelto, ha il pregio di integrare la documentazione ufficiale contenuta nel fascicolo anche con stralci dei giornali dell'epoca.

33 Questa affermazione, vera in base all'attuale stato dell'arte, va comunque precisata. Attualmente gli studi più completi in tema di omosessuali mandati al confino politico hanno esaminato i fascicoli personali conservati nella serie id. 1779 conservata presso l'Archivio Centrale dello Stato a cui si è fatto poc'anzi riferimento. Dei 16.866 fascicoli conservati, in larghissima parte dedicati a confinati propriamente politici, circa ottanta riguardano però omosessuali (la cifra non può essere precisa dal momento che ai casi di individui propriamente omosessuali si mescolano quelli di pedofili, qualificati comunque come omosessuali durante il Regime). L'individuazione di questi ottanta fascicoli è stata possibile grazie alla già richiamata opera di schedatura fatta da Dal Pont e Carolini negli anni Ottanta per la redazione de *L'Italia al confino*; gli autori, infatti, espungendo dalla loro opera tutti i casi di confinati non politici, hanno creato una lista parallela di tutti i confinati per altri motivi, tra cui la quasi totalità sono omosessuali. Questa lista, originariamente liberamente consultabile e che aveva permesso ad altri autori una ricerca mirata del materiale presso l'Archivio Centrale, è andata negli ultimi anni perduta nei meandri della biblioteca dell'ANPPA (l'associazione che aveva patrocinato le ricerche di Dal Pont e Carolini). Solo recentissimamente chi scrive è stato in grado di reperire nuovamente questa lista grazie al prezioso aiuto dei già citati Goretti e Giartosio, alla cui pregevole opera si rimanda per uno studio completo dei casi di confinati omosessuali della provincia di Catania. Recuperata la lista, chi scrive ha potuto verificare direttamente come tra tutti i casi di omosessuali della serie id. 1779, quello di Fernanda Bellachioma sia l'unico relativo a una donna. Allo stato attuale della ricerca, tuttavia, se è comunque possibile escludere che vi siano casi di altre donne lesbiche nella suddetta serie, considerando il lavoro puntuale fatto da Dal Pont e Carolini, non è d'altro canto possibile dire se altri casi siano presenti in altri fondi. Va infatti segnalato come il materiale relativo al confino, originariamente conservato nei singoli archivi di Stato locali, non sempre è stato versato all'Archivio Centrale. Inoltre, quanto fin qui detto vale per il confino politico: almeno altri due casi di donne accusate di omosessualità sono stati individuati nella serie id. 1863, dedicata ai confinati comuni, e uno tra le sentenze del Tribunale Speciale. Per approfondire questi ulteriori casi si faccia riferimento a N. MILETTI, *Accuse innominabili*, cit.

cioè dopo l'entrata in vigore del t.u. di pubblica sicurezza del 1926 ma prima dell'emanazione del suo regolamento di attuazione del 1929, presenta un gran numero di peculiarità procedurali difficili da interpretare anche a causa della anomala situazione normativa del periodo.

3. *La vicenda.*

Fernanda Bellachioma nasce il 3 maggio 1889 a Perugia³⁴ in una famiglia gravemente compromessa. Il padre, Vittorio Bellachioma, è solito picchiare la moglie, Francesca Nichiarelli, e i fortissimi litigi spingono più volte la donna a separarsi da lui³⁵. In quegli anni nella casa vivono, e assistono alle violenze domestiche, sia ovviamente la giovanissima Fernanda sia Enrichetta Giglioli, maestra di scuola che, a seguito della disdetta del proprio locatore, trova ospitalità a casa Bellachioma prendendo in affitto una camera. La Giglioli conosce i Bellachioma quando la famiglia (Fernanda ha solo dodici anni) si trasferisce nell'appartamento sopra il proprio e la madre di Fernanda, saputo che è una maestra, le chiede di impartire delle lezioni anche alla figlia. Con il tempo la Giglioli stringe con la bambina uno stretto legame, tanto da arrivare ad accudirla come una figlia al posto della madre assente a causa del marito oppressivo³⁶. A seguito della morte prematura della madre per una polmonite, la Bellachioma, già di salute cagionevole³⁷, ha un crollo nervoso e il padre, desideroso di poter convivere con una donna di servizio sua amante, cerca di cogliere l'occasione per far ricoverare la figlia in una casa di cura³⁸. Il tentativo fallisce ma iniziano degli anni molto duri, costellati dalle continue vessazioni del padre nei confronti della figlia e della sgradita inquilina (ormai sostituitasi come figura materna per la Bellachioma), tanto da arrivare a non fornire alla figlia i mezzi essenziali per sopravvivere³⁹. Inizia così una difficile causa civile per gli alimenti intentata dalla Bellachioma nei confronti del padre. A questo punto tuttavia le versioni sulla vicenda divergono. Secondo la versione della Giglioli il padre cerca di opporsi in tutti i modi, tanto da impugnare l'ammissione al gratuito patrocinio della figlia; solo un anno e mezzo dopo accetterà di giungere a una transazione per la cifra

34 *Fascicolo Bellachioma, Scheda biografica*, 1.

35 *Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello*, 2 s. La Giglioli racconta anche di un episodio in cui l'uomo, durante un fortissimo litigio, arriva a strangolare la moglie quasi fino alla morte (*Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello*, 3). Fa riferimento al padre violento della Bellachioma anche il console inglese a Perugia Percy Frost (*Fascicolo Bellachioma, Dichiarazione scritta di Percy Frost del 31 agosto 1928 allegata al ricorso in appello*).

36 *Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello*, 1.

37 La Giglioli riferisce che la Bellachioma fin da bambina era di costituzione debole e anemica (*Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello*, 1). I problemi di salute seguiranno la Bellachioma per tutta la vita, tanto da impedire alle autorità – come si vedrà in seguito – di dare esecuzione immediata al confino.

38 *Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello*, 4.

39 *Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello*, 5.

di 490 lire mensili, ma solo a condizione che sia la Bellachioma sia la Giglioli vadano via di casa. Tuttavia, furente nei confronti delle due donne, per vendicarsi, il padre comincia a diffondere in città un pettegolezzo riguardo a dei presunti rapporti di natura omosessuale tra la propria figlia e la Giglioli⁴⁰.

Ben diversa è invece la versione che emerge dai documenti ufficiali delle autorità coinvolte nelle indagini per il futuro procedimento di confino. In particolare si legge in un appunto manoscritto del 4 settembre 1928 che, pur non essendo firmato, è redatto su carta intestata del Ministero dell'interno:

«È risultato che la Bellachioma ebbe in un primo tempo rapporti intimi con tale Enrichetta Giglioli e poiché il padre di lei, nauseato dalla condotta della figlia, aveva cercato di separarla dall'amica, la Bellachioma intentò contro di lui processo per maltrattamenti e sevizie, processo che il padre evitò per scongiurare uno scandalo e passando alla figlia un congruo assegno mensile. Dopo tale fatto le due donne andarono a convivere apertamente insieme.»⁴¹

In questa versione, dunque, la situazione è invertita ed è la causa civile ad essere strumentale per danneggiare il padre, il quale accetta la transazione solo per evitare ulteriore scandalo⁴².

40 *Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello*, 5 ss. A proposito delle accuse strumentali di lesbismo mosse dal padre della Bellachioma, scrive la Giglioli: «Per sfogare il suo odio ha scagliato contro di me e contro sua figlia la più turpe delle accuse, inventando che questo purissimo affetto che esisteva fra noi e che poteva qualificarsi solo come materno e filiale era invece un amore colpevole e innaturale. ... un padre che avesse una figlia di qualunque maniera colpevole cercherebbe di scusarla e di nascondere a tutti il di lei fallo, mentre egli ha accusato una figlia pura ed innocente di una tale obbrobriosa colpa. Gli stessi giudici nauseati di tale infamia e bassezza ... lo hanno più volte redarguito acerbamente. Io avrei potuto dargli una querela per diffamazione, ma ... tutti conoscono le sue bassezze e lo giudicano per quello che vale; ed io invece ho sempre riscuotuto [sic] la stima di tutta la cittadinanza.» (*Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello*, 6 s.). Una ricostruzione del tutto coerente con la versione della Giglioli è quella fatta, nel ricorso in appello avverso al provvedimento di assegnazione al confino, dall'avvocato Andreani, difensore della Bellachioma (*Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 11 s.).

41 *Fascicolo Bellachioma, Appunto manoscritto del 4 settembre 1928*, 2. Dell'appunto in parola esistono due versioni: una, quella citata, scritta a mano e una, battuta a macchina sempre su carta intestata del Ministero, che riproduce con differenze del tutto trascurabili il testo della prima. Per le citazioni si è chiaramente deciso di seguire il documento manoscritto e si rimanda alla versione trascritta solo ai fini di agevolare la lettura del testo originale.

42 Una versione del tutto simile viene proposta in una lettera scritta a macchina e il cui mittente è, solo formalmente, la cittadinanza di Perugia. In essa si legge: «E noto come or sono 10 anni, quando il padre Bellachioma volle separarla (ma non vi riuscì) dalla Enrichetta Giglioli (oggi lurida mezzana e pronuba di amori lesbici) con la quale aveva da tempo relazione lesbica, fece la pazza per un mese e si fece anche rinchiudere ... si dette ad organizzare, aiutata da un legale, un ricatto vergognoso al padre stesso per carpirgli (in accordo con la Giglioli) del danaro, nonché la sua ignobile fuga dalla casa paterna!!!» (*Fascicolo Bellachioma, Lettera dalla cittadinanza di Perugia*, 2). Questo documento – su cui si avrà modo di tornare – è particolarissimo e merita perciò una speciale analisi. Questo carteggio, genericamente firmato da «LA CITTADINANZA PERUGINA» (*Fascicolo Bellachioma, Lettera dalla cittadinanza di Perugia*, 5;

Passata questa vicenda giudiziaria, la vita della Bellachioma procede serenamente, continuando a svolgere la professione di insegnante di inglese che aveva iniziato per mantenersi nel periodo in cui il padre non le passava gli alimenti. Quanto al proseguimento dell'amicizia con la Giglioli le informazioni sono scarse, tuttavia, è sicuro che le due donne rimangano in buoni rapporti, come dimostrato dalla già citata lettera della Giglioli all'avvocato della Bellachioma, nel corso del procedimento di confino, nella quale la prima non esita a esporsi e a prendere le difese della amica⁴³.

Nel 1923 la Bellachioma comincia a frequentare Carlo Righetti, chirurgo primario e professore universitario presso l'Università di Perugia, e sua moglie, la signora Violet Collins⁴⁴. Nonostante le malelingue circolanti a Perugia sul proprio conto e nonostante i difficili rapporti tra i coniugi, per molti anni la Bellachioma frequenta abitualmente casa Righetti, cenando e dormendo da loro e venendo coinvolta in molti aspetti della pur difficile vita familiare. Il professor Righetti, infatti, ha grande fiducia nella Bellachioma, arrivando addirittura a chiederle di dormire a letto con la moglie quando lui è fuori città per tenerle compagnia⁴⁵. La Bellachioma è talmente coinvolta nel *ménage* familiare che a Perugia comincia persino a circolare il pettegolezzo per cui

«qualcuno ... *invidiava* al professore il possesso di *due mogli*: una per il giorno (la signa Bellachioma) e una per la notte (la moglie autentica).»⁴⁶

enfasi originale), ma di fatto anonimo dal momento che non è possibile risalire al suo reale autore, ha un contenuto che si potrebbe avvicinare a quello di una lettera aperta apparentemente indirizzata al prefetto di Perugia e al Governo: in essa si loda l'agire del prefetto, che è riuscito a ottenere il confino per la Bellachioma, donna di pessima fama nota in tutta Italia, ma ci si lamenta di come ancora lo stesso non sia stato eseguito e anzi si invitano le autorità a intervenire con ancora maggiore risolutezza nella repressione dell'omosessualità in generale (*Fascicolo Bellachioma, Lettera dalla cittadinanza di Perugia*, 1 ss). Molti tuttavia sono gli aspetti che inducono a dubitare della originalità della missiva: la stessa non è firmata da alcuna persona particolare, non è corredata, all'interno del fascicolo che si è potuto consultare all'Archivio Centrale dello Stato, da alcuna busta che ne attesti l'effettivo invio; manca inoltre di un destinatario preciso, che si può solo supporre essere eventualmente stata la Direzione Generale della Pubblica Sicurezza presso il Ministero dell'interno, alla quale appartiene il timbro con la quale il carteggio è stato protocollato (*Fascicolo Bellachioma, Lettera dalla cittadinanza di Perugia*, 1). Tutti questi elementi, dunque, inducono a sospettare che tale lettera possa essere un falso, redatto o dal professor Righetti – di cui si parlerà ampiamente in seguito – per screditare la Bellachioma *a latere* del procedimento di separazione con la moglie e presunta amante della Bellachioma stessa o addirittura dai funzionari del Ministero o dagli inquirenti. Quest'ultima ipotesi spiegherebbe anche l'assenza di una busta per la lettera.

43 *Fascicolo Bellachioma, Lettera di Enrichetta Giglioli all'avv. Andreani allegata al ricorso in appello.*

44 *Fascicolo Bellachioma, Appunto manoscritto del 4 settembre 1928*, 3; *Fascicolo Bellachioma, Risposta del 21 agosto 1928 al telegramma n. 24927-441*, 1. In questo periodo dovrebbe collocarsi anche l'inizio dei rapporti tra la Bellachioma e tale Maria Antonini. Di questa relazione, tuttavia, non si sa nulla: l'unico riferimento alquanto sbrigativo viene dato in *Fascicolo Bellachioma, Appunto manoscritto del 4 settembre 1928*, 3 dove si dice che la relazione cessa nel 1925, quando la Bellachioma si lega definitivamente alla Collins.

45 *Fascicolo Bellachioma, Comparsa di replica Collins c. Righetti*, 23 ss.

46 *Fascicolo Bellachioma, Comparsa di replica Collins c. Righetti*, 31 (corsivo originale).

La situazione, tuttavia, precipita quando la Collins, ormai stremata dal pessimo rapporto con il marito, il 7 novembre 1927 abbandona la casa coniugale⁴⁷, si trasferisce a vivere in compagnia della Bellachioma in una villa nella frazione di Ponte San Giovanni, ospiti del medico Antonino Antonini⁴⁸, e presenta domanda di separazione avanti al tribunale di Perugia⁴⁹. I motivi fondanti la domanda di separazione, genericamente riconducibili agli «eccessi, sevizie, minacce e ingiurie gravi»⁵⁰ di cui parla l'art. 150 del codice civile del 1865, vengono così riassunti dagli avvocati della Collins nella comparsa di replica:

«de ingiurie, il disprezzo, l'abbandono ... le violenze fisiche e morali patite, le aspre dispute e le anomalie della vita intima ...»⁵¹.

Ed è in pendenza di questo giudizio – che pure non coinvolgerebbe direttamente la Bellachioma – che riaffiorano le vecchie voci relativamente all'omosessualità della donna, rimesse in circolo, secondo la versione della difesa Collins, da Righetti stesso per infamare la moglie rea di averlo lasciato. Secondo la ricostruzione fatta dagli avvocati nella comparsa di replica, il marito avrebbe colto l'occasione fornitagli dalle maldicenze messe in circolazione dalla servitù maliziosa per usarle contro la moglie, allo scopo di distogliere l'attenzione durante il processo dai gravi comportamenti addebitatigli dalla Collins⁵². A tal fine avrebbe anche falsificato una lettera, di fatto mai spedita, indirizzata alla moglie e retrodatata al 12 ottobre (quasi un mese prima dell'abbandono della casa coniugale avvenuto il 7 novembre), nella quale si lamentava della innaturale amicizia tra lei e la Bellachioma, così da far apparire l'abbandono della casa coniugale

47 *Fascicolo Bellachioma, Comparsa di replica Collins c. Righetti*, 34.

48 *Fascicolo Bellachioma, Risposta del 21 agosto 1928 al telegramma n. 24927-441*, 1. Che siano ospiti del dottor Antonini viene riferito in *Fascicolo Bellachioma, Dichiarazione scritta di Antonino Antonini allegata al ricorso in appello*, 2 (di questa dichiarazione è conservata sia la versione manoscritta sia la versione battuta a macchina).

49 Sfortunatamente della causa civile di separazione, oltre alle informazioni disseminate qua e là nei documenti relativi al confino della Bellachioma, è consultabile solo la già citata comparsa di replica della Collins redatta dagli avvocati Sarrocchi e Andreani, confluita nel fascicolo Bellachioma. Chi scrive si è messo in contatto con l'Archivio di Stato di Perugia, dove dovrebbe essere conservata la documentazione di tutte le cause civili e penali del tribunale di Perugia. A quanto pare tuttavia tutto il materiale relativo ai processi civili per il periodo che va dalla fine dell'Ottocento fino al 1941 (compreso) non è mai stato versato; inoltre, a quanto risulta, non è neppure conservato presso il tribunale di Perugia. Pertanto, quantomeno ad oggi, è stato impossibile reperire la documentazione della causa intentata dalla Collins contro il marito. Per completezza, tuttavia, va precisato che in N. MILLETTI, *Accuse innominabili*, cit., 155 l'autrice dà atto di un fascicolo, conservato presso l'Archivio di Stato di Perugia, inerente a una causa tra la Collins e il proprio difensore in merito al pagamento dell'onorario di quest'ultimo: dalla sentenza emergerebbe come la causa di separazione sia poi stata abbandonata per iniziarne una all'estero.

50 *Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, 1865, 39.

51 *Fascicolo Bellachioma, Comparsa di replica Collins c. Righetti*, 18.

52 *Fascicolo Bellachioma, Comparsa di replica Collins c. Righetti*, 22 ss.

una fuga d'amore dettata dal divieto imposto dal marito di continuare quella relazione adulterina contro natura⁵³.

Aderiscono invece alla versione presentata durante il processo da Righetti le autorità che indagano sulla Bellachioma. Si legge nel già citato appunto manoscritto del 4 settembre:

«Conseguenza anche dell'atteggiamento risoluto del Righetti è stata che la Collins, che mai aveva avuto a lagnarsi di lui, cominciò a lanciargli accuse innominabili, tanto che il Righetti ha intentato provvedimento per separazione legale»⁵⁴.

Le accuse mosse da Righetti, avvalorate dal fatto che le due donne si sono sempre frequentate assiduamente ed ora di fatto vivono insieme, unitamente ai vecchi pettegolezzi relativi al passato della Bellachioma, sono elementi sufficienti a persuadere l'autorità di polizia dell'omosessualità di quest'ultima. Preso atto di tutto ciò, infatti, il prefetto di Perugia, nello scrivere al Ministero dell'interno che lo ha sollecitato a indagare sulla Bellachioma, così conclude:

«Per quanto trattisi di fatti che si svolgono nella intimità domestica, può ritenersi che effettivamente fra le due donne corrano rapporti di natura lesbica, e ciò, sia per l'evidente tenore di vita tenuto da esse sia per indiscrezioni sfuggite a persone che, per rapporti di famiglia, potrebbero essere in grado di conoscere intimità del genere, a prescindere dall'accusa mossa dalla pubblica voce»⁵⁵.

A seguito di queste indagini, il 23 agosto 1928 la Bellachioma viene assegnata al confino di polizia per la durata di tre anni da scontare a Castrovillari in provincia di Cosenza⁵⁶.

Per problemi di salute (le viene diagnosticato un esaurimento nervoso e una emorragia) il 25 agosto viene dichiarata inabile al trasferimento nella località di confino⁵⁷.

53 *Fascicolo Bellachioma, Comparsa di replica Collins c. Righetti*, 35.

54 *Fascicolo Bellachioma, Appunto manoscritto del 4 settembre 1928*, 4.

55 *Fascicolo Bellachioma, Risposta del 21 agosto 1928 al telegramma n. 24927-441*, 1. È doveroso annotare come di queste presunte indiscrezioni da parte di persone molto vicine alle due donne non vi sia alcun riscontro tra le carte dell'indagine.

56 *Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 23 agosto 1928 n. 36010(5)*; *Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 24 agosto 1928 n. 36074(4)gr*; *Fascicolo Bellachioma, Comunicazione del Ministero dell'interno al prefetto di Cosenza del 25 agosto 1928*. Sulla integrale e precisa sequenza degli eventi e sulle anomalie procedurali si tornerà diffusamente nel paragrafo dedicato.

57 *Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 28 agosto 1928 n.36653 2) (La*. In materia di visite mediche degli assegnati al confino va rilevato come l'anno precedente con circolare del Ministero dell'interno, Direzione Generale della Pubblica Sicurezza, Divisione di polizia, Sezione III n. 11500 dell'11 giugno 1927 il ministero sollecita tutte le autorità locali ad ammonire i medici di svolgere con maggiore rigore tali visite, dato che sovente capita che individui dichiarati idonei al regime di confino si rivelino, una volta giunti in loco, inidonei, con un inutile dispendio per le casse pubbliche nel doverli ricondurre a casa. Il testo della circolare è consultabile nella rivista *Il magistrato dell'ordine*, IV.8, 1927, 144.

Nelle more, su ordine del Ministro dell'interno Bianchi in persona, la destinazione di confino viene mutata in Agropoli in provincia di Salerno⁵⁸.

Con una comunicazione del primo settembre Arturo Bocchini impartisce al prefetto di Forlì l'ordine di procedere a una seconda visita medica, per verificare nuovamente l'idoneità della Bellachioma a viaggiare; in caso contrario

«dovrà essere senz'altro ricoverata infermeria codeste carceri disponendo in modo assoluto che non sia avvicinata da alcuno specialmente da donne»⁵⁹.

Nella risposta inviata dal prefetto di Forlì in data 3 settembre viene dato atto che una nuova visita medica è stata compiuta, a seguito della quale viene diagnosticata una continua e abbondante emorragia uterina, probabilmente dovuta a un tumore, e la si dichiara inabile al viaggio fino a Salerno; si consiglia anzi il ricovero in ospedale⁶⁰, che verrà disposto, anche a seguito del sollecito dell'avvocato difensore della Bellachioma⁶¹, con dispaccio telegrafico ministeriale del 4 settembre firmato da Bocchini⁶².

Il giorno seguente, 5 settembre, la Bellachioma viene ricoverata in una casa di cura a Rimini, pur venendo comunque sottoposta a tutte le misure di vigilanza stabilite⁶³.

58 *Fascicolo Bellachioma, Appunto manoscritto protocollato al n. 793-9822 del 31 agosto 1928*. Questo documento è di particolare interesse. Pur riportando il timbro del protocollo del Ministero dell'interno, Direzione Generale della Pubblica Sicurezza, Divisione Affari Generali e Riservati, Sezione I – Confino, esso è appuntato a mano su carta semplice e non è possibile risalire a chi abbia apposto la firma in calce; reca in cima, scritto a matita, «Agropoli 31-8-28 VI Provveduto». È probabile però che provenga se non dal ministro Bianchi da qualcuno della sua cancelleria: in esso, infatti, viene riportato che il ministro ha ordinato il cambio di destinazione, optando genericamente per un comune della provincia di Salerno. Segue poi una comunicazione con la medesima data, questa volta firmata «Pel Ministro» dal capo della polizia Arturo Bocchini in persona, nella quale si dispone che la nuova località di confino per la Bellachioma dovrà essere Agropoli, appunto in provincia di Salerno (*Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 31 agosto 1928 n. 29026*). Per un approfondimento su Bocchini e sul suo ruolo di assoluta preminenza nell'ordinamento fascista si vedano P. CARUCCI, *Arturo Bocchini*, cit. e E. Gentile, *Storia del Fascismo*, Bari-Roma, 2022, 702 ss.

59 *Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico dell'1 settembre 1928 n. 29180*. Si noti come, tra le righe, emerge il già citato preconetto relativo alla presunta contagiosità dell'omosessualità.

60 *Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 3 settembre 1928 n. 37593 (2) M.A.S.* In calce al telegramma si legge un appunto a mano, sul quale è apposta la medesima firma ignota dell'appunto manoscritto del 31 agosto di cui si è detto, che riferisce: «Disposto il ricovero in una clinica». L'appunto è chiaramente successivo al telegramma, dal momento che – come si vedrà immediatamente – il ricovero verrà autorizzato solo il giorno successivo, 4 settembre.

61 Lo stesso giorno del telegramma del prefetto di Forlì, infatti, giunge al Ministero dell'interno anche un telegramma da parte dell'avvocato Andreani, difensore della Bellachioma nel procedimento di appello avverso l'ordinanza di assegnazione al confino, nel quale si rinnova la richiesta, già fatta nel ricorso in appello (*Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 16), di autorizzazione al ricovero ospedaliero (*Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 3 settembre 1928*).

62 *Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 4 settembre 1928*. Nel dispaccio Bocchini precisa che, come già prescritto in precedenza, la Bellachioma deve essere comunque tenuta in isolamento e sotto sorveglianza.

63 *Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 5 settembre 1928 n. 37936 (5) pa*. Curiosamente nel telegramma il funzionario della prefettura di Forlì dice che, dato l'isolamento imposto, alla Bellachioma sarà concessa

È quello stesso giorno, però, che avviene una svolta inattesa nella vicenda della Bellachioma. Il giorno 3 settembre era stato depositato alla commissione d'appello presso il Ministero dell'interno il ricorso dell'avvocato Andreani avverso il provvedimento di assegnazione al confino della Bellachioma⁶⁴. Tuttavia, con dispaccio telegrafico del 5 settembre, inviato dal Ministero dell'interno e firmato dallo stesso misterioso individuo che scrive l'appunto manoscritto del 31 agosto, viene disposta la liberazione della donna per ordine di Benito Mussolini in persona:

«S. E. Capo Governo ha disposto revoca provvedimento confino»⁶⁵.

Dai documenti ufficiali non è possibile ricostruire con certezza i motivi che spingono Mussolini a scavalcare la commissione d'appello investita con ricorso solo due giorni prima e ordinare l'immediata liberazione della Bellachioma. L'unico appiglio che i documenti offrono per tentare di comprendere questa scelta è rinvenibile nel già più volte citato appunto manoscritto anonimo del 4 settembre. Riferisce infatti l'ignoto autore:

«Avutosi il provvedimento, sono cominciate a pervenire premure e pressioni a favore della Bellachioma. Il Console inglese a Perugia Percy Frost che ha insegnato inglese alla Bellachioma, esclude che essa abbia rapporti di natura lesbica con la Collins. L'Avv. Andreani, patrocinatore della Bellachioma e che tenta tutti i mezzi in favore di lei è, notoriamente, un esponente della Massoneria perugina»⁶⁶.

Come si legge, dunque, personalità di spicco nella scena non solo locale, come l'avvocato Andreani, ma anche nazionale, quale il console inglese, si muovono in difesa della Bellachioma. Chiaramente non è dato sapere quale reale influenza questi due uomini abbiano sul Governo, ma paiono comunque sortire degli effetti, dal momento che, secondo l'anonimo autore dell'appunto, a seguito di queste pressioni l'Esecutivo si è visto costretto a disporre che

«un Ispettore Generale di P. S. faccia una esauriente inchiesta»⁶⁷.

Al di fuori di questo documento, dell'inchiesta o dei suoi esiti non vi è più traccia nel fascicolo, ma è interessante rilevare come l'avvio di una inchiesta ad opera di un ispettore generale di pubblica sicurezza riguardo ad un procedimento di confino sia un evento assolutamente anomalo e irrituale. Il t.u. del 1926, ammettendo solo il ricorso

solo l'assistenza dei genitori: la stessa però – come noto – è orfana di madre e ha pessimi rapporti col padre.

64 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 1.

65 *Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 5 settembre 1928*.

66 *Fascicolo Bellachioma, Appunto manoscritto del 4 settembre 1928*, 7.

67 *Fascicolo Bellachioma, Appunto manoscritto del 4 settembre 1928*, 8.

in appello contro il provvedimento di assegnazione, non nomina mai questa eventualità, che non è contemplata neppure nel successivo regolamento di attuazione.

Oltre all'avvio, purtroppo non ulteriormente documentato, dell'inchiesta, altri due sono poi gli elementi che inducono a ritenere che l'intercessione del console inglese e dell'avvocato Andreani possa avere avuto un ruolo nella scelta improvvisa del Duce.

In primo luogo, è provato come in materia di confino non sia insolito che l'*iter* decisionale venga inquinato da fattori esterni (come la classe sociale o la ricchezza) o da pressioni anche politiche (ad esempio l'intercessione di un giornale o del Partito), e ciò non deve stupire, dato che questo tipo di procedimento, proprio per la sua natura non giurisdizionale, non può che essere inevitabilmente esposto a influenze politiche in senso lato⁶⁸.

In secondo luogo, ciò spiegherebbe l'accanimento che, nei confronti del console inglese e dell'avvocato Andreani, emerge nella già citata lettera aperta della cittadinanza di Perugia. Chiunque sia il reale autore della missiva (la comunità cittadina, il professor Righetti o qualcuno coinvolto nelle indagini⁶⁹), traspare con tutta evidenza un fortissimo astio nei confronti dei due uomini. Di Percy Frost si dice che la sua seconda e attuale moglie sarebbe lesbica e intratterrebbe da anni un rapporto clandestino con la sua cameriera; sarebbe stata proprio lei, inoltre, a iniziare la Bellachioma ai rapporti contro natura. Viene accusato anche di essere corrotto e antifascista. Dell'avvocato Andreani similmente si riferisce che la figlia sarebbe a sua volta lesbica e costretta a vivere a Venezia a causa degli scandali causati a Perugia⁷⁰. Accuse tanto gratuite, unitamente al fatto che il pretesto di questa lettera aperta è proprio denunciare i ritardi nell'esecuzione del provvedimento della Bellachioma, fanno sorgere il dubbio che i due uomini potessero davvero, con le proprie pressioni, stare influenzando le scelte dell'Esecutivo.

Se però non si può avere l'assoluta certezza di queste eventuali influenze esterne, ciò che è sicuro è che la liberazione della Bellachioma non è dettata da un ravvedimento delle autorità nel merito, le quali rimangono assolutamente convinte della colpevolezza della donna. Infatti, come si legge nello stesso dispaccio telegrafico che ordina la liberazione della Bellachioma,

«alla medesima dovrà essere inibito ritorno in Perugia.»⁷¹

68 Tra gli altri si veda, in particolare per gli interessanti esempi che si citano, G. DALL'ORTO, *Credere, obbedire, non battere*, disponibile su <https://www.giovannidallorto.com/saggistoria/fascismo/bb/confino2.html> (data ultima consultazione: 17 ottobre 2025).

69 Si veda *supra*, nota 42.

70 *Fascicolo Bellachioma, Lettera dalla cittadinanza di Perugia*, 3 s.

71 *Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 5 settembre 1928*.

La Bellachioma non dovrà più andare al confino ma deve comunque essere reciso il suo legame con la città al fine – lo si intuisce facilmente – di porre fine alle sue relazioni scandalose. Se si considera lo scopo della misura del confino, cioè isolare gli individui pericolosi e allontanarli dal centro dei propri interessi – in senso improprio – illeciti, si può immediatamente comprendere come anche questa ulteriore misura non se ne discosti. Il *medium* può essere cambiato, ma non il fine, e da questo non si può che dedurre che le autorità rimangano completamente convinte della fondatezza degli addebiti.

Non è un caso, infatti, che su questo stesso punto insista l'esposto datato 13 ottobre che la Bellachioma (ma molto più probabilmente il suo difensore) invia al Ministro dell'interno per chiedere la revoca anche del divieto di rientrare a Perugia⁷². Pur dimostrandosi grata per l'annullamento del provvedimento di confino, scrive:

«Questa proibizione, che poté essere dettata, sul momento, da considerazioni di opportunità, che sfuggono alla sottoscritta, si convertirebbe ... in un duro e immeritato esilio, che, oltre annullare i benefici della assoluzione decretata dallo squisito senso di giustizia della E.V., facendo persistere nel pubblico l'idea di una colpa che giustifichi la pena, le arrecherebbe i più gravi danni morali e materiali, mettendola nella condizione di dover vivere ... sotto l'oppressione della tortura morale di una pena che sente di non meritare e che le toglie ogni possibilità di sonno e di pace»⁷³.

Il ragionamento è perfettamente coerente: al di là delle ragioni economiche e di salute che le renderebbero difficile la vita lontana dalla propria casa⁷⁴, una prescrizione come quella di non far rientro a Perugia produrrebbe lo stesso effetto del confino e confermerebbe agli occhi dell'opinione pubblica la colpevolezza della donna.

Dieci giorni dopo, in data 23 ottobre, il ministero scrive al prefetto di Perugia chiedendo che fornisca parere sull'esposto della Bellachioma. Il prefetto risponde che nulla osta all'autorizzazione al rientro a Perugia, ma precisa:

«Qualora la domanda venisse accolta sarà disposto [sic] sulla Bellachioma una adeguata vigilanza»⁷⁵.

Nuovamente viene fornita la conferma di quanto ipotizzato in precedenza. Nonostante il passo indietro, deciso da Mussolini, rispetto all'assegnazione al confino e nonostante il passo indietro anche rispetto al divieto di rientro a Perugia, comunque

72 Si noti come in alto a destra sulla prima pagina dell'esposto è appuntato a mano «A S. E. Bocchini» (*Fascicolo Bellachioma, Esposto di Fernanda Bellachioma del 13 ottobre 1928*, 1). Questo, unitamente a tutte le altre comunicazioni firmate da Bocchini per conto del ministro, è sintomo del fatto che, nel concreto, è il capo della polizia l'autorità realmente competente in materia di confino. Una identica annotazione a mano è presente anche nel frontespizio del ricorso in appello (*Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, frontespizio).

73 *Fascicolo Bellachioma, Esposto di Fernanda Bellachioma del 13 ottobre 1928*, 1 (enfasi originale).

74 *Fascicolo Bellachioma, Esposto di Fernanda Bellachioma del 13 ottobre 1928*, 2.

75 *Fascicolo Bellachioma, Risposta del prefetto di Perugia del 6 novembre 1928*.

le autorità continuano a ritenere fondate le accuse alla Bellachioma, disponendo che sia tenuta sotto sorveglianza.

Pochi giorni dopo, in data 12 novembre, accogliendo l'esposto, il ministero scrive ai prefetti di Perugia e Forlì per comunicare che la Bellachioma è autorizzata a rientrare a Perugia⁷⁶.

L'ultima informazione che si ha sulla donna è contenuta in una comunicazione inviata in data 9 gennaio 1929 dal prefetto di Perugia al Ministero dell'interno, nella quale si informa lo stesso che il 16 dicembre la Bellachioma era partita da Viserba per tornare a casa, ma che non vi era mai giunta. Conclude riferendo che da ulteriori accertamenti era emerso fosse andata a Roma per ricevere delle cure mediche e che si sarebbero disposte indagini per verificare il suo esatto recapito⁷⁷.

4. *Alcune questioni procedurali del caso Bellachioma.*

Come si è già avuto modo di anticipare il caso Bellachioma avviene in un periodo del tutto peculiare dal punto di vista normativo. Nel 1928, anno di assegnazione al confino, è già in vigore il t.u. di pubblica sicurezza del 1926, che introduce il confino di polizia. Tuttavia, ancora non è stato promulgato il regolamento di attuazione del 1929, che positivizza un gran numero di norme procedurali. Dal punto di vista del rito, infatti, il t.u. è abbastanza lacunoso: come già visto, le uniche disposizioni procedurali sono l'art. 186, che attribuisce la competenza a decidere in materia di confino alla stessa commissione provinciale competente per l'ammonizione; l'art. 187 che attribuisce la competenza a eleggere la destinazione di confino al Ministero dell'interno; l'art. 188 che riconosce il diritto di fare ricorso in appello e ne detta i termini⁷⁸. Per tutto quanto riguarda le modalità di avvio della procedura e di svolgimento del procedimento avanti alla commissione provinciale, invece, la lacuna sarà sanata solo dal regolamento, il quale si limiterà a riproporre per il confino una procedura del tutto simile a quella della ammonizione, a sua volta modellata su quella del domicilio coatto.

Come è facile immaginare l'assenza tra il 1926 e il 1929 di una normativa positiva in materia di avvio del procedimento e relativamente alle regole di rito da seguire avanti alla commissione lascia l'intera procedura totalmente in balia dell'arbitrio delle autorità

⁷⁶ *Fascicolo Bellachioma, Comunicazione manoscritta del Ministero dell'intero ai prefetti di Perugia e Forlì del 12 novembre 1928.* Il documento, interamente scritto a mano, si presenta di difficile lettura. Esso è costituito da un testo base a penna in cui è riportata la risposta del ministero al prefetto di Perugia alla sua comunicazione del 6 novembre. Un secondo testo, scritto a matita, è stato sovrapposto al testo a penna, integrandone alcuni passaggi e cancellandone altri al fine di comporre una ulteriore e diversa comunicazione destinata questa volta al prefetto di Forlì.

⁷⁷ *Fascicolo Bellachioma, Risposta del prefetto di Perugia del 9 gennaio 1929.*

⁷⁸ A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 147 s. Altre disposizioni procedurali sono dettate in materia di esecuzione della misura (artt. 189 ss.), tuttavia, non essendo il caso Bellachioma mai passato alla fase esecutiva, non verranno esaminate in questa sede.

di pubblica sicurezza, le quali, in forza del silenzio della legge, sono libere di procedere senza dover concedere le garanzie che saranno invece poi riconosciute dal regolamento. E da questo punto di vista il caso della Bellachioma è assolutamente emblematico. Nel ricorso in appello, infatti, l'intero primo motivo di ricorso riguarda proprio

«pregiudizialmente, la violazione delle norme procedurali che regolano la materia dell'assegnazione al Confinio di Polizia»⁷⁹.

In via pregiudiziale il difensore Andreani solleva il problema della lacuna presente al capo V del titolo VI del t.u. in materia di confino e, in uno sforzo interpretativo, propone alla commissione d'appello una soluzione. Posto che l'art. 186, nell'individuare l'organo incaricato di decidere sul confino, rinvia all'art. 168, attribuendo la competenza alla stessa commissione provinciale competente per l'ammonizione, secondo l'avvocato ne consegue che al confino debbano estendersi tutte le norme procedurali prescritte per l'ammonizione. Essendo l'organo decisore il medesimo, infatti, per Andreani

«sembra di intuitiva evidenza che la Commissione provinciale ... debba funzionare secondo le disposizioni di procedura contenute nel capo III° (della ammonizione)»⁸⁰.

Perciò anche alla Bellachioma dovrebbero essere riconosciute tutte le garanzie prescritte per l'ammonizione,

«Cioè dunque: comunicazione della denuncia, con succinta esposizione dei fatti; intimazione a comparire con invito a presentare le difese (art. 169) termine a comparire; eventuale mandato di accompagnamento; eventuale dichiarazione di contumacia (art. 170) procedimento in contraddittorio (art. 171)»⁸¹

In caso contrario, infatti, si produrrebbe l'aporia giuridica per la quale

«per il provvedimento minore (la ammonizione) si esigesse il rispetto di formalità – d'altronde elementari garanzie giurisdizionali – che potessero essere completamente trascurate per il provvedimento maggiore (confinio di polizia)»⁸²

Ciò vale, *a fortiori*, se si considera, prosegue il difensore, che l'ammonizione, ai sensi degli artt. 166 e 167 t.u., e le relative garanzie procedurali sono riservate a individui sospettati di ben più gravi addebiti rispetto a quello (che comunque si rifiuta) contestato alla Bellachioma. L'ammonizione è riservata ad esempio ai sospetti di sfruttamento

79 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 1.

80 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 2.

81 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 3.

82 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 3 (enfasi originale).

della prostituzione e di spaccio di sostanze stupefacenti, o a coloro che sono designati dalla pubblica voce come abitualmente colpevoli di omicidio, lesioni e violenze, furto, incendio, rapina, estorsione o, ancora, di delitti contro la personalità dello Stato⁸³.

Nel caso della Bellachioma tuttavia – come si è visto e come si vedrà – nessuna di queste garanzie viene riconosciuta e, pertanto, l'avvocato chiede che venga accertata la nullità del provvedimento di assegnazione o ne venga ordinata la rinnovazione⁸⁴.

Le maggiori lacune del t.u., a cui non a caso possono ricondursi anche delle corrispondenti anomalie procedurali del caso Bellachioma, sono nel complesso classificabili in due gruppi: l'avvio del procedimento da un lato e le regole di procedura avanti alla commissione provinciale dall'altro.

Per quanto riguarda le modalità e le autorità competenti a dare avvio al procedimento di assegnazione al confino, l'art. 330 del regolamento di attuazione prescriverebbe che sia competente il questore a segnalare al prefetto, che a sua volta adirà la commissione, l'individuo da sottoporre al procedimento di assegnazione⁸⁵. La denuncia del questore, dalla quale deve risultare la pericolosità del prevenuto, deve essere corredata dai documenti su cui si fonda l'accusa, dalla cartella bibliografica, da un rapporto informativo redatto dai carabinieri e da un certificato medico che verifichi l'idoneità del prevenuto al viaggio⁸⁶.

La *ratio* sottesa all'attribuzione della competenza al questore è chiara sotto un duplice profilo, pratico e politico: l'iniziativa deve partire da una autorità locale, chiaramente alle dipendenze del potere esecutivo, sia perché è ipotizzabile che essa, essendo più vicina alla realtà territoriale, sia a conoscenza di fatti d'interesse, sia appunto per la sua gerarchica relazione con il Governo. La piena conoscenza del territorio, infatti, è particolarmente rilevante soprattutto per atti e comportamenti di natura strettamente privata come la sessualità, per i quali spesso la prima fonte delle informazioni per le autorità sono i pettegolezzi cittadini o la semplice cattiva fama degli individui.

Nel caso della Bellachioma, tuttavia, l'iniziativa sembra partire al contrario dall'alto. Il primissimo documento disponibile, infatti, datato 26 luglio 1928, proviene dal Ministero dell'interno ed è firmato per conto del ministro da Bocchini in persona. In questo dispaccio telegrafico indirizzato al prefetto di Perugia e al comando generale dell'arma dei carabinieri il capo della polizia sollecita «scrupolosi accertamenti» relativamente alla Bellachioma, la quale

83 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 4; A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 132 s.

84 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 4.

85 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 298. Si osservi che, per un refuso, nell'opera citata all'art. 330 è presente un rinvio all'art. 183, del tutto irragionevole in base al contesto. Il richiamo all'art. 183 in luogo dell'art. 184 è infatti un errore, come dimostrato anche dal testo del regolamento edito in *Gazzetta Ufficiale* (G.U. n. 26 s.o. del 31 gennaio 1929, VII, 31).

86 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 298.

«avrebbe sedotto a scopo rapporti lesbici moglie prof. Righetti che avrebbe abbandonato letto coniugale per convivere con signora Bellachioma ... Quest'ultima sarebbe nota Perugia per aver esercitato sue tendenze omosessuali anche con altre signore»⁸⁷.

Le indagini, dunque, pare vengano avviate su iniziativa direttamente del ministero. Al di là del dubbio che non può non sorgere su come abbia potuto il ministero venire a conoscenza delle voci circolanti a Perugia sulla Bellachioma (domanda a cui è impossibile dare una risposta con la documentazione disponibile), l'aspetto realmente di interesse è se il ministero sia legittimato a sollecitare le indagini. La questione non può trovare soluzione. Come detto infatti, il regolamento del 1929, copiando il regime dell'ammonizione, non contempla una iniziativa direttamente dell'esecutivo, tuttavia, a rigore, è pur vero che il t.u. nulla dice sul punto. Inoltre, va rilevato come quella dell'iniziativa ministeriale sia una prassi non isolata al caso in esame e che si rinviene anche nel periodo successivo all'adozione del regolamento, prova questa di un particolare interesse da parte del Governo per la questione omosessuale⁸⁸.

Passando poi alle norme procedurali che regolano il rito avanti alla commissione provinciale, va premesso che si tratta di un macrogruppo nel quale rientrano una molteplicità di ulteriori questioni. Su tutte chiaramente il t.u. nulla dice, ad eccezione del potere, riconosciuto alla commissione dall'art. 186, comma 2, di ordinare l'immediato arresto del prevenuto⁸⁹. Nel regolamento del 1929, d'altro canto, l'art. 332, comma 1 si limita a rinviare agli articoli dal 169 al 171 del t.u. in materia di ammonizione, estendendo al confino tutte le garanzie prescritte per quest'ultima⁹⁰.

La prima garanzia non può che riguardare la conoscenza del procedimento da parte del prevenuto: in materia di ammonizione, ai sensi dell'art. 169 t.u., entro cinque giorni da quando il prefetto trasmette la denuncia alla commissione, questa

«intima al denunciato atto di comparizione con invito a presentare le sue difese.»⁹¹

Ai sensi del secondo comma l'atto di comparizione, in modo del tutto analogo al mandato di comparizione previsto dal codice penale vigente all'epoca, deve contenere una riassuntiva esposizione degli addebiti⁹². Ai sensi dell'art. 170, comma 1, poi, l'atto di comparizione va notificato e il termine stabilito per la comparizione non deve essere inferiore a tre giorni né maggiore di dieci rispetto alla data della notificazione⁹³.

Nel caso Bellachioma, tuttavia, non viene compiuta nessuna formalità finalizzata a mettere a conoscenza la prevenuta dell'inizio del procedimento. Le prove della

87 *Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 26 luglio 1928.*

88 Sul punto si veda G. GORETTI – T. GIARTOSIO, *La città e l'isola*, cit., 254 ss.

89 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 147.

90 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 298.

91 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 134.

92 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 134 s.

93 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 135.

mancata notifica sono molteplici. Innanzitutto, nel fascicolo manca il doppio originale dell'atto di comparizione, previsto dall'art. 170, comma 1, che dovrebbe essere allegato agli atti del procedimento⁹⁴. Inoltre, è lo stesso avvocato Andreani nel ricorso in appello a lamentare il fatto che il procedimento si sia svolto nella assoluta ignoranza da parte della Bellachioma, la quale ne viene a conoscenza solo a cose fatte, quando il 24 agosto, convocata presso la questura di Rimini, il vicequestore le comunica a voce l'emissione dell'ordinanza di confino a suo carico e la arresta immediatamente⁹⁵. Si legge sul punto nel ricorso:

«Ora, alla ricorrente nulla è stato notificato, nessun invito rivolto. Essa si è trovata, da un'ora ad un'altra, rinchiusa tra donne di malaffare nelle carceri di Rimini, senza neppure avere avuta lontana notizia della terribile iattura che pendeva sul suo capo; senza aver potuto né scrivere un rigo a sua discolpa, né pronunciare una parola, né vedere in faccia i suoi giudici che mai la conobbero e mai ebbero di lei sentore»⁹⁶.

L'appena riportata lagnanza sollevata dal difensore introduce la seconda questione relativa al mancato contraddittorio. Ai sensi dell'art. 332, commi 2 e 3 del regolamento di attuazione, il prevenuto avrebbe diritto ad essere sentito in interrogatorio dalla commissione o, in alternativa, di presentare le proprie difese per iscritto⁹⁷. Non essendo stata informata dell'avvio del procedimento, tuttavia, la Bellachioma si trova impossibilitata a difendersi e, addirittura, non parteciperà mai all'udienza avanti alla commissione.

Non solo: ancora più grave rispetto al problema della soppressione del diritto di difesa vi è il mistero relativo alla effettiva celebrazione di un'udienza avanti alla commissione. Posto che è provato che la Bellachioma non è mai stata sottoposta all'interrogatorio⁹⁸ (comunque previsto solo per il rito dell'ammonizione e non espressamente contemplato per il confino⁹⁹), nelle carte del procedimento mancano integralmente i verbali dell'udienza in cui si è decisa la assegnazione della donna e, se si leggono con attenzione le comunicazioni intercorse tra il ministero e il prefetto di Perugia, si può notare anche una anomalia a livello temporale. Dopo circa un mese dal primo stimolo del ministero, a seguito delle indagini svolte dalla prefettura, in data 22 agosto – come si vedrà – il ministero di fatto impartisce al prefetto di Perugia l'ordine di mandare al confino la Bellachioma¹⁰⁰. Già in data 23 agosto però, neanche ventiquattr'ore dopo, il

94 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 135.

95 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 1. La versione dell'avvocato è confermata dalla documentazione d'archivio (*Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 24 agosto 1928 n. 36074(4)gi*).

96 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 3 (enfasi originale).

97 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 298.

98 Sul punto si veda *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 3 di cui si è poc'anzi citato un passo significativo.

99 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 135.

100 *Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 22 agosto 1928*.

telegramma inviato dal prefetto al ministero alle ore 20.45 riferisce che quel giorno la commissione ha provveduto all'assegnazione al confino¹⁰¹; sempre il medesimo giorno la Bellachioma viene prontamente arrestata a Viserba e chiusa nel carcere di Rimini¹⁰². In base a questa scansione cronologica, dunque, nel giro di poche ore la commissione si sarebbe riunita e avrebbe celebrato l'udienza, avrebbe emesso l'ordinanza e contestualmente ordinato l'arresto che sarebbe stato subito eseguito. Con queste tempistiche si possono fare solo due ipotesi: la prima è che l'udienza sia stata effettivamente celebrata di gran fretta, nella totale ignoranza della diretta interessata. La seconda e – per chi scrive – più probabile ipotesi è invece che una vera e propria udienza non ci sia mai stata. Se si leggono con attenzione le carte del procedimento, infatti, si noterà come il 22 agosto, cioè solo un giorno prima della presunta ordinanza della commissione, il capo della polizia Bocchini, per conto del ministro, scrive al prefetto di Perugia queste esatte parole:

«Disponesi che Bellachioma Fernanda di Vittorio ... sia assegnata al confino et destinata Castrovillari stop Pregasi provvedere in conformità assicurando questo ministero avvenuto arresto et assegnazione confino.»¹⁰³

Il tenore del dispaccio telegrafico proveniente dal ministero è molto esplicito e fa capire che in questo contesto l'intervento della commissione residua come una mera formalità. La Bellachioma viene assegnata al confino per diretto ordine dell'Esecutivo¹⁰⁴, il quale – come si legge – ha peraltro due giorni prima dell'assegnazione già deciso la destinazione di confino, destinazione che, a rigore, ai sensi dell'art. 187 t.u., dovrebbe essere decisa dal ministero solo successivamente alla trasmissione dell'ordinanza allo stesso da parte della commissione giudicante¹⁰⁵.

Proseguendo, poi, va annotato anche come non ci siano prove che una formale ordinanza scritta sia mai stata emessa. Dopotutto non solo il documento dell'ordinanza fisicamente non è presente nel fascicolo, ma dalla documentazione conservata sembra emergere, tra le righe, che questo atto non sia mai realmente esistito. Significativa è, sul punto, una frase del ricorso che, elencando i motivi di impugnazione, contesta

«l'infondatezza assoluta degli addebiti che, per quanto ha potuto apprendere, avrebbero costituito titolo e fondamento della gravissima misura adottata contro di lei dalla Commissione di Perugia»¹⁰⁶.

101 *Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 23 agosto 1928 n. 36010(5).*

102 *Fascicolo Bellachioma, Telegramma del 24 agosto 1928 n. 36074(4)gi.*

103 *Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 22 agosto 1928.*

104 A conferma di ciò si veda *Fascicolo Bellachioma, Appunto manoscritto del 4 settembre 1928*, 6 dove espressamente si legge: «In seguito alle risultanze sopra esposte S. E. il Capo del Governo dispose che la Bellachioma fosse assegnata al Confino».

105 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 147.

106 *Fascicolo Bellachioma, Ricorso in appello*, 2 (enfasi originale).

Ciò che l'avvocato intende sottintendere con quell'inciso è chiaro: la Bellachioma e la sua difesa, nel redigere il ricorso, non hanno completa e precisa contezza degli addebiti perché non hanno mai potuto leggere alcuna ordinanza nella quale fossero esplicitate le motivazioni della decisione.

L'unica ipotesi che residua è che, se la commissione ha avuto un ruolo, questo si sia al massimo limitato alla mera apposizione di un *imprimatur* alla decisione già presa dall'Esecutivo, per ammantare di legalità una assegnazione integralmente voluta e gestita dal Governo.

Non si può infine tralasciare l'ultimo aspetto procedurale che presenta caratteri anomali e irrituali nel caso Bellachioma, cioè la revoca del provvedimento.

Come si è visto, in data 5 settembre, su ordine diretto di Mussolini, viene ordinata l'immediata liberazione della Bellachioma. Il dispaccio telegrafico di quel giorno parla di una revoca del provvedimento¹⁰⁷; il biglietto urgente proveniente dal Ministero dell'interno e diretto al prefetto di Salerno del 14 settembre, invece, si limita a riferire che

«S.E. il Capo del Governo ha disposto la liberazione di Bellachioma Fernanda»¹⁰⁸.

È molto difficile riuscire ad inquadrare giuridicamente questo passaggio nel procedimento Bellachioma. Basandosi sul mero dettato normativo, infatti, il potere di modificare o revocare una ordinanza di confino spetterebbe esclusivamente alla commissione d'appello. Questo è quanto prescrive l'art. 188 t.u.¹⁰⁹ e nulla di diverso viene detto dal successivo regolamento attuativo agli articoli 336, 337 e 338 dedicati al rito in appello¹¹⁰. E non è neppure ipotizzabile una estensione, come quella in generale suggerita dal difensore, del rito dell'ammonizione, dal momento che contro quest'ultima misura la legge non ammette ricorso, prescrivendone l'immediata definitività¹¹¹.

Formalmente, dunque, contrariamente a quanto *de facto* avviene nel caso in esame, il diritto non riconoscerebbe alcun potere al Governo o al Capo del Governo di revocare un provvedimento di assegnazione al confino, pur sempre se si vuole considerare quanto accaduto alla Bellachioma una revoca. A rigore, infatti, se la revoca può provenire solo dalla commissione d'appello, l'ordine impartito da Mussolini non può qualificarsi come tale. Non è un caso, infatti, che nella documentazione ufficiale, così come manca l'ordinanza di assegnazione, manchi anche un atto formale del ministero che attesti la revoca. La liberazione avviene esclusivamente per mezzo del già citato dispaccio telegrafico del 5 settembre diretto ai prefetti di Forlì e Perugia, al quale viene

107 *Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 5 settembre 1928.*

108 *Fascicolo Bellachioma, Biglietto urgente del 14 settembre 1928.*

109 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 148.

110 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 299.

111 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 148.

data diretta esecuzione ponendo fine allo stato di arresto in cui si trova la donna¹¹². Non si ha poi alcuna notizia, sul piano documentale, riguardo al destino del ricorso depositato solo due giorni prima, né di una eventuale e meramente ipotetica udienza di non luogo a procedere celebrata avanti alla commissione, della cui celebrazione si può comunque agilmente dubitare considerata la sommarietà – a questo punto evidente – del procedimento Bellachioma.

A completamento di quanto detto va anche precisato che non sarebbe corretto neppure ricondurre quanto accaduto alla fattispecie della liberazione condizionale disposta dal ministero di cui all'art. 192 t.u.¹¹³. Non solo, infatti, la documentazione non parla mai di liberazione condizionale, ma la stessa, comunque di competenza del Ministero dell'interno e mai del Capo del Governo, è condizionata alla buona condotta del confinato. Nei documenti, tuttavia, non si fa alcun riferimento ad una valutazione in merito alla condotta della Bellachioma, valutazione che peraltro non si sarebbe potuta compiere atteso che l'esecuzione del confino non è mai iniziata¹¹⁴.

5. Conclusioni: un procedimento 'contra' o 'praeter legem'?

Dopo aver raccontato la vicenda giudiziaria della Bellachioma e averne analizzato i vari passaggi procedurali occorre porsi un quesito fondamentale: poste le peculiarità della normativa di rito emanata solo parzialmente, il procedimento a cui viene sottoposta Fernanda Bellachioma può considerarsi un procedimento compiuto *contra* o *praeter legem*?

La risposta non è agevole. Innanzitutto, va evidenziato come il testo unico del 1926 in materia di confino contenga obiettivamente lacune tanto estese da renderlo di fatto inapplicabile per sé solo, obbligando le autorità di pubblica sicurezza incaricate di dargli esecuzione a sopperire ai vuoti a propria discrezione. In questa sede, allo stato attuale della ricerca, non è possibile dire se le scelte attuate nel caso Bellachioma si conformino o meno a una prassi vigente né è possibile dire se una prassi vera e propria esistesse. In ogni caso però alcuni rilievi possono essere fatti. In particolare riguardo all'intromissione del Governo e di Mussolini nelle procedure di confino – come già anticipato –, alcuni autori fanno notare come non sia insolito rilevare nel materiale d'archivio indizi (spesso appunti o semplici annotazioni) da cui si evince un diretto interessamento da parte dell'Esecutivo, tanto nella fase di avvio delle indagini quanto nella fase decisionale. Nel caso di un uomo di nome Guglielmo, nel 1938, ad esempio, il ministero sollecita il prefetto di Bologna ad indagare sulla sua omosessualità essendo

112 Fascicolo Bellachioma, Biglietto postale di stato urgente del 22 settembre 1928; Fascicolo Bellachioma, Comunicazione del prefetto di Forlì al Ministero dell'interno del 23 settembre 1928.

113 A. CORDOVA, *Commento al testo unico*, cit., 150.

114 Fascicolo Bellachioma, Dispaccio telegrafico del 5 settembre 1928; Fascicolo Bellachioma, Biglietto urgente ai prefetti di Forlì, Perugia e Salerno del 14 settembre 1928.

stato l'uomo nominato come noto omosessuale nei verbali di un differente procedimento di confino (peraltro non relativo a un caso di omosessualità)¹¹⁵. Nei confronti di tale Felice G., invece, nel 1939, l'intervento provvidenziale di Mussolini a procedura già avviata evita l'assegnazione: si legge infatti nel relativo fascicolo, impressa con un timbro rosso, la nota «Presi gli ordini del Duce»¹¹⁶.

D'altro canto, tuttavia, nel caso Bellachioma non è davvero possibile vedere nell'intromissione del Governo una mera integrazione della normativa. Quello descritto è in tutta evidenza un vero e proprio sovvertimento procedurale, per il quale è il Governo stesso a ordinare l'assegnazione. Nel già più volte citato dispaccio telegrafico del 22 agosto il capo della polizia Bocchini scrive al prefetto di Perugia ordinando che la Bellachioma venga assegnata al confino, come verrà effettivamente fatto dalla commissione il giorno seguente¹¹⁷, e addirittura nell'appunto manoscritto del 4 settembre si riferisce che il confino viene deciso da Mussolini in persona¹¹⁸. Sul punto però già il t.u. è chiarissimo: la competenza all'assegnazione è riservata esclusivamente alla commissione provinciale e nessun ruolo è riconosciuto al Governo. Il t.u. prevederebbe espressamente poi l'adozione di una ordinanza, che – come detto – probabilmente non c'è mai stata. Inoltre, la liberazione ordinata da Mussolini in pendenza del procedimento di secondo grado risulta del tutto irrituale, dal momento che scavalca l'unico organo competente ad annullare una assegnazione al confino, è cioè la commissione d'appello.

Se, infatti, ci sono aspetti del caso in esame, come la mancanza delle notificazioni e la soppressione del diritto di difesa dell'interessata, i quali, pur violando principi fondamentali degli ordinamenti giuridici moderni, possono essere considerati parte di una prassi affermata di fatto a partire dal lacunoso testo di legge, le ingerenze del potere esecutivo nel caso Bellachioma violano apertamente le norme del testo unico di pubblica sicurezza in un modo che non può trovare giustificazione in termini di pratiche giuridiche anche sommarie.

In conclusione, dunque, nel caso Bellachioma ci sono passaggi procedurali che è possibile ricondurre, di volta in volta, o a scelte delle autorità fatte sfruttando le lacune della normativa o a scelte fatte in assoluta violazione di essa. In entrambi i casi, tuttavia, ciò che è evidente è che lo strumento del confino ben si presta ad abusi e a decisioni squisitamente politiche da parte del regime fascista, il quale pare non esitare nel sopprimere anche quelle minime garanzie processuali che ci si aspetterebbero per una misura afflittiva di questa portata al fine di perseguire i propri scopi di controllo sociale.

115 G. GORETTI - T. GIARTOSIO, *La città e l'isola*, cit., 254.

116 G. DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia*, cit., 524.

117 *Fascicolo Bellachioma*, *Dispaccio telegrafico del 22 agosto 1928*; *Fascicolo Bellachioma*, *Telegramma del 23 agosto 1928 n. 36010(5)*.

118 *Fascicolo Bellachioma*, *Appunto manoscritto del 4 settembre 1928*, 6.

ABSTRACT: Il presente contributo è uno studio del fascicolo personale dell'unico caso ad oggi noto di donna mandata al confino politico per omosessualità. La documentazione originale, conservata presso l'Archivio Centrale dello Stato a Roma, permette di ricostruire la vicenda umana e giudiziaria, consentendo di studiare l'applicazione pratica di uno degli strumenti repressivi prediletti dal Fascismo. La vicenda processuale, inoltre, essendosi svolta in un periodo di avvicinamento normativo del tutto peculiare, induce a interrogarsi sulla natura *contra* o *praeter legem* delle scelte compiute dalle autorità.

PAROLE CHIAVE: Confinio – Fascismo – Omosessualità – Lesbismo – *Contra legem* – *Praeter legem*.

Riccardo Maset

FORME ATIPICHE DELLA SENTENZA LIMITATA ALL'*AN DEBEATUR*:
L'AMMISSIBILITÀ DELLA CONDANNA GENERICA IN VIA AUTONOMA,
FRA LE ONDIVAGHE OPINIONI DELLA GIURISPRUDENZA E LE RISPOSTE
IMMANENTI E TRASCENDENTI IL NOSTRO SISTEMA PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. Prolegomeni per un inquadramento storico della questione giurisprudenziale: l'avvicinarsi di orientamenti contrapposti circa l'ammissibilità della 'domanda di condanna generica in via autonoma' (dalle Sezioni Unite del 1995 alle Sezioni Unite del 2022 passando per il *revirement* della Sezione III del 2022). – 2. Giano Bifronte: le difficoltà poste dalla condanna generica autonoma rivolgono lo sguardo sia all'interesse del privato sia a quello pubblico. – 3. L'attenzione dell'ermeneuta si è sempre concentrata sull'aspetto privatistico del problema: la soluzione tecnica ricercata sul piano privatistico lascia insolute le questioni di interesse generale a vocazione esclusivamente pubblicistica. – 4. Secondo l'ordinanza della Sezione III i paventati problemi di economia processuale posti dalla condanna generica autonoma aprono a delle analogie con il tema del frazionamento del credito: critica di questa posizione. – 5. Nell'ultimo approdo nomofilattico raggiunto, la Cassazione adotta un punto di vista trascendente rispetto al diritto interno per riconoscere l'ammissibilità della condanna generica autonoma. – 5.1. Il principio allogeno individuato dalle Sezioni Unite n. 29862/2022: la libertà delle forme d'azione. – 5.2. Il principio allogeno individuato dalle Sezioni Unite n. 29862/2022: lo *stare decisis* 'in salsa continentale'. – 6. Conclusioni. Qualche considerazione induttiva intorno al rapporto fra art. 278 cod. proc. civ. e condanna generica a seguito dello stabilizzarsi per via ermeneutica della forma autonoma di tale istituto.

1. *Prolegomeni per un'inquadramento storico della questione giurisprudenziale: l'avvicinarsi di orientamenti contrapposti circa l'ammissibilità della 'domanda di condanna generica in via autonoma' (dalle Sezioni Unite del 1995 alle Sezioni Unite del 2022 passando per il 'revirement' della Sezione III del 2022).*

Il presente contributo trae occasione da una recente vicenda giurisprudenziale che pone nuovamente sul proscenio del diritto processuale civile la figura (peraltro di interesse trasversale anche rispetto al processo penale) della sentenza di condanna generica. In particolare, il tema che si tratterà nelle pagine seguenti è quello della proponibilità ed ammissibilità di una domanda di condanna *ab origine* limitata solo all'*an*, la cd. condanna generica autonoma.

Il tema ha origini affatto risalenti e a più riprese gli interpreti hanno avuto modo di scontrarsi con esso, sia in sede accademica che forense.

Ed è proprio quest'ultimo il luogo in cui la diatriba si è ridestata, con la Corte di Cassazione – specificamente la Sezione III e le Sezioni Unite – che, con due sentenze¹ tanto ravvicinate cronologicamente quanto antipodiche nelle soluzioni, ha ravvivato la fiamma di un dibattito le cui profonde implicazioni sia speculativo-sistematiche sia, soprattutto, pratiche, impongono un rinverdito interesse anche in ambito scientifico.

Il proposito di questo lavoro è, quindi, quello di tratteggiare le linee essenziali della questione con particolare attenzione al suo svolgimento nella nostra giurisprudenza dell'ultimo trentennio, per cercare: da un lato di saggiare la bontà delle conclusioni raggiunte dall'ultima pronuncia resa nell'ottobre del 2022; dall'altro di comprendere se davvero questo possa rappresentare l'esito tombale di un dibattito che perdura quantomeno dall'introduzione del codice di rito del 1940, o se, invece, sia ragionevole presagire nuovi sconvolgimenti ermeneutici.

Punto finale del citato dissidio esegetico è, come anticipato, la sentenza n. 29862 resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il 12 ottobre 2022, la quale si inserisce in un panorama giurisprudenziale estremamente entropico e dubbio, che, dopo quasi cinquant'anni di incertezza, sembrava aver finalmente raggiunto il proprio equilibrio ermeneutico con il pronunciamento reso dalle medesime Sezioni Unite nel novembre del 1995², prima di essere nuovamente messo in discussione a quasi trent'anni di distanza, nel giugno del 2022, da un'eccentrica ed eterodossa ordinanza resa dalla Sezione III della Suprema Corte³.

Come anticipato, l'istituto attorno al quale si è nel tempo creata questa incertezza giuridica è quello della sentenza di condanna generica e, più nello specifico, l'arcano giuridico posto all'attenzione delle Sezioni Unite riguardava la possibilità o meno di promuovere una domanda con *thema decidendum* limitato *ab origine* al solo *an debeatur*.

La questione ha origini risalenti, perlomeno, all'introduzione normativa stessa dell'art. 278 del codice di rito del 1942, con il quale è stato codificato per la prima volta un istituto, quello della condanna generica appunto, che era nato in via pretoria sotto l'egida del precedente codice del 1865⁴.

1 Rispettivamente Cass. civ., sez. III, 3 giugno 2022, n. 17984 e Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2022, n. 29862.

2 Cass. civ., sez. un., 23 novembre 1995, n. 12103.

3 Cass. civ., sez. III, 3 giugno 2022, n. 17984.

4 Sulle origini storiche della sentenza di condanna generica si veda la ricostruzione proposta da S.M. VANZETTI, *La condanna generica*, Milano, 2021, 1 ss. In particolare il primo embrione può farsi risalire già al codice del 1865 – nello specifico agli artt. 569 cod. proc. pen. (il quale prevedeva l'efficacia vincolante, anche in campo civile, della sentenza penale sui profili dell'illiceità del fatto, dell'esistenza del danno e della sua imputabilità); 571 cod. proc. pen. (che consentiva al danneggiato di ottenere la liquidazione del danno già in sede penale facendone espressa domanda e sussistendone i presupposti, ossia quando nel giudizio fossero emersi elementi sufficienti per quantificare il danno); 573 cod. proc. pen. (che consentiva al danneggiato che non si fosse costituito parte civile di formulare domanda risarcitoria per i danni in sede civile) –, dal combinato dei quali emergeva come la sentenza penale contenesse implicitamente al proprio interno una proto-condanna generica al risarcimento dei danni derivanti dal reato.

Come noto, l'art. 278 cod. proc. civ. fa testualmente riferimento alla sola ipotesi in cui la richiesta di condanna limitata all'*an* venga formulata in corso di giudizio dall'attore, ossia disciplina espressamente il solo caso in cui il soggetto processuale attivo abbia proposto una domanda di condanna piena e, ritenendo «già accertata la sussistenza di un diritto, ma ancora controversa la quantità della prestazione dovuta», promuova un'istanza endo-processuale con la quale chiede al Giudice di «limitarsi a pronunciare la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo proseguiva per la liquidazione».

La circostanza che il legislatore abbia disciplinato quest'unico 'modo di utilizzo' della condanna generica ha storicamente dato origine (e sul punto si tornerà *infra*) a un nutrito dibattito (impossibile da sviscerare completamente per ragioni di economia del discorso cui il presente contributo deve sottostare) sia in dottrina sia in giurisprudenza sulla possibilità (o meno), da parte dell'attore, di proporre una domanda che sin dalla propria introduzione chieda di limitare la propria cognizione all'*an*, alla quale conseguirebbe, a quel punto, una sentenza di condanna generica necessariamente definitiva; dissidio scientifico, questo, che fluisce come un rivolo dal letto principale delle dispute sulla condanna generica, quello relativo alla sua natura⁵.

Ancora più esplicito il successivo codice di procedura penale del 1930, il cui art. 479, comma 2, recitava «La sentenza decide altresì sulla liquidazione dei danni quando è possibile, salvo che sia stabilita la competenza di un altro giudice. Se il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti su tale liquidazione, lo dichiara indicandone i motivi e rimette le parti davanti al giudice civile competente in primo grado per valore nel luogo ove si svolge il giudizio penale di primo grado, salvo che sia stabilita la competenza di un altro giudice. Se il giudice penale ritiene di non poter decidere sulla liquidazione dei danni, può con la stessa sentenza di condanna assegnare alla parte civile una somma da imputarsi nella liquidazione definitiva».

5 Le posizioni adottate nel tempo dalla nostra dottrina sulla natura e sull'oggetto della condanna generica sono estremamente variegata e sfaccettata, e fornirne un quadro pienamente esaustivo trascende gli scopi e le esigenze di economia del presente contributo. Rinviando quindi per una rassegna completa (con riferimento alle posizioni espresse tanto nel vigore del precedente codice quanto dell'attuale) alla monografia di S.M. VANZETTI, *La condanna*, cit., si riportano qui solo alcune delle più autorevoli posizioni espresse. Secondo F. CARNELUTTI, *Condanna generica al risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 324 ss., la condanna generica si inserirebbe nella logica di formazione progressiva del giudicato e non potrebbe pertanto che condividere la stessa natura del giudicato 'finale' cui tende, in altri termini essa deve necessariamente considerarsi una forma di azione di condanna (pur se inidonea a dar luogo all'azione esecutiva).

G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli, 1960, 204 ss., nonché ID., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 205 ss. colloca la condanna generica nell'ambito delle 'condanne di riserva' (riserva di liquidazione) e quindi delle azioni di accertamento con prevalente funzione esecutiva.

Di avviso profondamente diverso P. CALAMANDREI, *La condanna 'generica' ai danni*, in *Riv. dir. proc.*, X.1, 1933, 357, (seguito sul punto anche da Andrioli nel suo *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1956) per il quale la condanna generica sarebbe un particolare tipo di azione di mero accertamento in cui la cognizione del giudice dell'*an* si rivolgerebbe al fatto illecito e alla sua imputabilità al convenuto, senza toccare in alcun modo i profili del danno sul quali il giudice del *quantum* conserverebbe piena libertà, potendo arrivare ad escluderne l'esistenza. A questo nucleo dichiarativo (e a distinguere questa domanda da quella di mero accertamento del diritto risarcitorio) si affiancava, secondo l'illustre giurista, una matrice cautelare per cui oltre all'accertamento pieno sui predetti profili se ne accostava uno provvisorio e sommario (e per questo pienamente ribaltabile dal giudice del *quantum* che, appunto, non era in tal

A cercare di raffreddare questa entropia esegetica intervenne, dopo quasi mezzo secolo, la citata pronuncia delle Sezioni Unite del novembre 1995 affermando (per ragioni che saranno meglio illustrate *infra*) l'ammissibilità della sentenza di condanna generica cd. autonoma.

A testimoniare il buon esito del tentativo di stabilizzazione interpretativa depone la circostanza che nei ventisette anni successivi il solco tracciato da quelle Sezioni Unite sul punto veniva seguito pedissequamente dalla giurisprudenza successiva⁶, almeno fino al giugno 2022.

senso minimamente vincolato) sull'esistenza del danno, necessario a giustificare l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale che era il vero fine perseguito dall'attore. Quest'ultima tesi era rigettata, fra gli altri, da Rognoni (di cui la nostra letteratura è debitrice di una dettagliata monografia sul tema, V. ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano, 1961), il quale nega non solo la natura cautelare ma anche quella accertativa della condanna generica, in considerazione dell'inidoneità (stante la propria parzialità) di questo tipo di sentenza a svolgere la funzione chiarificatrice e riconciliatrice fra realtà giuridica e sostanziale insistendo nelle pronunce dichiarative. Per Rognoni la sentenza di condanna generica deve ricondursi all'alveo delle pronunce di condanna, sebbene con riserva.

L. MONTESANO, voce *Condanna*: I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988 afferma, similmente a Calamandrei, che la condanna generica svolge l'accertamento con una 'doppia intensità': piena sui profili dell'illiceità del fatto e della sua imputabilità al convenuto, di 'verosimiglianza' sui profili del danno.

Di natura condannatoria della sentenza di condanna generica parlano anche S. SATTA, *La condanna generica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1402 (per il quale essa ha una cognizione piena dell'illecito poiché lo accerta in tutti i suoi elementi costitutivi, v. anche S. SATTA, voce *Condanna generica*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961) e E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, rist., Milano, 2021, 176 e ID., *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1934, 127 ss. Per G. TOMEI, *La sommarietà delle condanne parziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 350 ss. invece, essa sarebbe assimilabile alle ordinanze anticipatorie degli art. 186 bis e 186 ter.

S.M. VANZETTI, *La condanna*, cit., 123 ss. adotta una prospettiva ibrida ritenendo che le categorie tradizionali siano «come una coperta troppo corta» costituendo la condanna generica una sorta di istituto *sui generis*. Per quanto riguarda la giurisprudenza, dopo aver inizialmente sostenuto la natura meramente accertativa della condanna generica (in questo senso, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 1956, n. 3452 in *Foro it.*, 1957, I, 1470 ss.), essa si è in seguito riassetata sposando la tesi pienamente condannatoria della stessa a partire da Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 1958, n. 3292. Mentre per quanto riguarda l'oggetto della condanna generica esso è ormai quasi secolare e può essere fatto risalire «curiosamente ad una data precisa: il 7 marzo 1924» (S. SATTA, voce *Condanna generica*, cit.; P. CALAMANDREI, *La condanna*, cit., 360 ss.) poco dopo l'unificazione delle cinque corti regionali preesistenti in un'unica Corte di Cassazione. La nuova Suprema Corte abbandonò (apparentemente) il precedente orientamento secondo cui l'accertamento sull'*an* sarebbe stato pieno e vincolante per la successiva fase liquidativa solo con riguardo al profilo dell'*iniuria* e della sua imputabilità, limitandosi ad una verifica in astratto della potenzialità lesiva della condotta, per sposare quello secondo il quale già in sede di cognizione dell'*an* il giudice avrebbe dovuto verificare il danno in concreto; per cui già nel giudizio sull'*an* si sarebbe dovuta dare quantomeno una 'prova generica del danno'. In realtà, come evidenziato da S. SATTA, voce *Condanna generica*, cit., 720, tale *revirement* fu «più immaginario che reale» essendosi, subito dopo la citata pronuncia del 7 marzo 1924 (seguita a stretto giro da altre sentenze del 26 marzo e 8 aprile), «aperto l'adito alle dispute, che da allora ogni giorno si rinnovano nella pratica giudiziaria, sulla esatta portata di questa "prova generica" del danno da darsi nel giudizio sull'*an debeatur*. ... Si cominciò dall'affermare che nel giudizio sull'*an debeatur* si deve dare prova "almeno in modo generico" della sussistenza del danno, e insieme del rapporto di causalità intercorrente tra l'illecito e il danno. Ma poi si cerco di attenuare la portata di questa massima, riconoscendo che, per certe categorie di fatti, la sussistenza di un danno, e la sua diretta derivazione dall'illecito è senz'altro da presumersi» – così, P. CALAMANDREI, *La condanna*, cit., 361.

⁶ *Ex multis* Cass. civ., sez. un., 2 giugno 2000, n. 390; Cass. civ., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108; Cass. civ., sez. III, 22 febbraio 2021, n. 4653; Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2022, n. 16776; Cass. civ., sez. II, 20

È allora che la questione – che, quantomeno nelle aule dei Tribunali, sembrava inumata – venne riesumata dalla Sezione III con l'ordinanza n. 17984 in cui la Corte sposava la tesi restrittiva, nel frattempo divenuta assolutamente minoritaria, secondo cui la scelta del legislatore di disciplinare all'art. 278 cod. proc. civ. esclusivamente l'ipotesi della condanna generica solo come istanza formulata in corso di causa volta a limitare *in itinere* il *thema decidendum* al solo *an debeatur*, sarebbe stata l'inequivocabile espressione della *mens legis* di escludere l'ammissibilità di una domanda 'geneticamente monca'.

L'ordinanza di cui sopra pareva, quindi, aprire una breccia per il ritorno delle primordiali controversie sul punto, ed è in questo scenario che, sempre davanti alla Sezione III, veniva discussa un'altra causa nella quale la ricorrente articolava un motivo di ricorso proprio sull'inammissibilità della proposizione di una domanda generica autonoma, perorando tale assunto con il richiamo del recentissimo precedente dell'ordinanza n. 17984.

La Sezione III, in questa seconda occasione – operando con maggior rigore e aderenza al disposto dell'art. 374 cod. proc. civ.⁷, rispetto a quanto non avesse fatto con il

giugno 2022, n. 19873.

7 Prima ancora che nel merito, infatti, l'ordinanza del giugno 2022 resa dalla Sezione III è censurabile sotto il profilo del metodo. L'*overruling* presente in questa pronuncia rispetto al precedente reso dalle Sezioni Unite del 1995, infatti, è inserito, quasi *en passant*, come un *obiter dictum*. La decisione di operare in siffatto modo un *revirement* rispetto ad un indirizzo ormai così consolidato, invero, rende ancor più critica (fino a sfociare nel deplorabile) la scelta stessa della Sezione III di discostarsi apertamente da quanto statuito da una decisione delle Sezioni Unite (confermata oltretutto da sentenze successive anche a Sezioni Unite) poiché essa è avvenuta senza nemmeno rimettere la questione nuovamente alle stesse. Tale opzione si pone infatti, quantomeno a nostro avviso, in palese contrasto con l'art. 374, comma 3, cod. proc. civ. così come modificato dal d.lgs. 40/2006 il quale prevede che «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso». La norma è stata introdotta dal legislatore con il chiaro proposito di dare nuovo ed ulteriore vigore alla funzione nomofilattica assolta dalla Corte (B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2006, 233) e impone quindi, di regola, alla sezione semplice che ritenga che vi siano delle ragioni per mettere in discussione un precedente orientamento espresso dalle Sezioni Unite di rimettere alle stesse la questione, in modo da evitare che l'interpretazione fornita dal più alto organo di interpretazione delle fonti ordinarie si dissolva in un pulviscolo indefinito di pronunce contraddittorie.

La disposizione, dunque, esprime un principio di vincolatività delle pronunce a Sezioni Unite nei confronti delle sezioni semplici. Tuttavia, tale principio non è supportato da nessuna adeguata 'sanzione' (da intendersi qui come da nessuna norma che consenta l'impugnazione straordinaria della sentenza resa dalla sezione semplice 'ribelle' in spregio alla *regula iuris* fissata dalle Sezioni Unite) come per il caso della sua violazione, presentandosi come *lex imperfecta*.

Ne discende che, oltre all'adeguamento al precedente delle Sezioni Unite e alla rimessione con ordinanza alle stesse, alla sezione semplice si offre pur sempre una terza strada (M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 773), ossia quella della soluzione diretta della questione in senso difforme. In questo caso, però, sarebbe se non obbligatorio quantomeno appropriato sviscerare nella parte motiva della sentenza le ragioni che hanno portato a ritenere superato il precedente delle Sezioni Unite. Non solo nella sentenza n. 17984/2022 la Corte non chiarisce quali siano le circostanze che hanno reso obsoleto il precedente delle Sezioni Unite, ma, anzi, dalla lettura della motivazione emerge come le ragioni dell'*overruling* siano tutte da rintracciarsi nella mancata condivisione del ragionamento svolto all'epoca dalle stesse. Stando così le cose, non si vede per quale motivo la Sezione III non abbia ritenuto di esporre le ragioni che, a suo avviso avrebbero dovuto giustificare un *revirement*, nell'ordinanza di rimessione, sottoponendo nuovamente il quesito alle Sezioni Unite.

precedente di giugno – rimetteva la questione alle Sezioni Unite, le quali, con la citata sentenza n. 29862 dell'ottobre di quell'anno, sconfessavano il principio espresso dalla Sezione III solo pochi mesi prima, ritenendo che non sussistessero ragioni per discostarsi dall'orientamento precedente e di dovervi, dunque, dare continuità.

L'analisi che di seguito si intende proporre si incentrerà sui principali nodi che l'art. 278 cod. proc. civ. ha posto in letteratura e in giurisprudenza con riferimento alle possibili modalità di proposizione della domanda di condanna generica, focalizzandosi in particolare sulla ricostruzione delle vicende giurisprudenziali che negli ultimi trent'anni hanno interessato la condanna generica cd. autonoma, cercando di capire se sia possibile inferire dalla stabilizzazione di questo istituto anche delle considerazioni circa la sua natura e il suo rapporto con la condanna generica 'incidentalmente proposta'.

2. *Giano Bifronte: le difficoltà poste dalla condanna generica autonoma rivolgono lo sguardo sia all'interesse del privato che a quello pubblico.*

Sulla base di quanto detto sinora, si potrebbe forse pensare di trovarsi dinnanzi a una questione di 'lana caprina', che riposa esclusivamente sul piano del rigore dommatico, ma le cose non stanno affatto così.

Prima di procedere con la nostra disamina è, allora, necessario cercare di 'dar corpo' alle complicazioni che sorgono dall'ammissibilità della condanna generica autonoma (e dalla relativa domanda) le quali, lungi dal rilevare esclusivamente sul piano speculativo e quasi metafisico della coerenza sistematica, pongono problemi ben più concreti e terreni che, sebbene in parte dipendano dall'atavica mancanza di chiarezza sulla natura stessa della condanna generica⁸ – e quindi da un tema dall'afflato fortemente teorico –, hanno delle ripercussioni fortemente pragmatiche che impattano sia sul diritto di

8 Riteniamo, infatti, che la corretta analisi di ogni istituto giuridico dovrebbe muovere da una chiarificazione della sua 'struttura ontologica' sul piano dogmatico per poi passare a vagliarne i corollari pratici e applicativi che da questa dipendono. Questo intuitivo modo di incedere ha validità generale ma vale in modo particolare per gli istituti di origine pretoria – quale è la condanna generica le cui origini ancestrali vengono ricondotte ad una rielaborazione dell'istituto penalistico disciplinato dal 'vecchio' codice di procedura penale – e ciò in ragione dei 'ridotti poteri' di cui dispone l'autore di questo genere di figure.

Nel caso degli istituti di origini legislativa, infatti, il legislatore – che dispone di poteri (quasi) pieni (limitati esclusivamente dai principi cardine dell'ordinamento o da vincoli sovranazionali) – può sempre introdurre delle eccezioni alla regola generale o introdurre dei 'salti logici', delle variazioni nello spartito degli effetti che discenderebbero naturalmente da una certa modellazione ontologica dell'istituto.

Nel caso degli istituti di origine scientifica/pretoria, invece, la giurisprudenza ha poteri (in teoria) più ridotti, essendo costretta a muoversi nei pertugi lasciati vuoti dall'intervento legislativo e disponendo in un certo senso solo del potere di 'modellare' il materiale giuridico messo a disposizione dal sistema e dal legislatore e non potendo, come quest'ultimo, disporre di veri e propri poteri creativi.

Non a caso, sopra, per descrivere il ruolo assunto dalla giurisprudenza rispetto alla sentenza di condanna generica abbiamo richiamato la figura del 'demiurgo'.

Nella 'fisica' platonica del *Timeo* il demiurgo non è il 'creatore' del mondo, ma ne è il 'plasmatore', non è lui a generare la materia ma si limita a darne forma e ad ordinarla. *Mutatis mutandis* l'interprete del diritto non può 'creare' un nuovo istituto partendo dal nulla ma, tutt'al più, può intervenire modellando gli istituti

difesa che sull'economia processuale, rivelando una natura ancipite che impatta sia sull'interesse del privato (il convenuto) che su quello dell'ordinamento.

L'aspetto 'privatistico' del problema fu al centro della trattazione svolta dalla pronuncia del 1995 ed è richiamato solo *per relationem* dalle Sezioni Unite del 2022, le quali manifestano fin da subito la loro principale preoccupazione, quella di ristabilire la continuità nomofilattica⁹.

Ma la pronuncia non si limita alla superficie, bensì dimostra la piena consapevolezza dei rischi che tale strumento comporta in tema di compressione del diritto alla difesa del convenuto¹⁰.

Nell'ipotesi di domanda circoscritta *ab origine* al solo *an*, e con possibilità di risultare in una sentenza *definitiva* (laddove il meccanismo della proposizione 'incidentale' della condanna generica conduce tipicamente ad una pronuncia *non definitiva*), il convenuto rischierebbe di veder messe fuorigioco tutte le proprie eventuali difese sul *quantum*, con il pericolo di vedersi condannato (con le note conseguenze in tema di iscrizione dell'ipoteca giudiziale e prescrizione del diritto, i cd. effetti secondari della sentenza condanna) pur in presenza di un danno che, se il giudizio fosse stato esteso all'accertamento anche dell'entità del dovuto avrebbe potuto dimostrare essere pari a zero¹¹.

forniti dal legislatore e dai principi che reggono l'impalcatura giuridica (accedendo ad un'impostazione simil-giusnaturalistica) forgiando qualcosa di nuovo.

Ne consegue che formato il nuovo istituto gli effetti e le caratteristiche di questo saranno già tutte iscritte nel genoma che il demiurgo ha scelto di attribuirgli, senza che lo stesso possa intervenire con alcuna 'mutazione' che sfugga ai rigidi schemi giuridici disegnati dal 'creatore della materia'.

Quindi, delineata la 'struttura ontologica' di un istituto pretorio non ci si dovrebbero aspettare 'sorprese': i corollari pratici dovrebbero derivare 'a cascata' da essa, secondo i meccanismi posti alla base del funzionamento dell'istituto di partenza, quello la cui modellazione ha portato alla nuova figura.

9 Tema questo che, come si vedrà, rappresenta probabilmente il punto e l'obiettivo principale della sentenza dell'ottobre 2022. Si legge infatti, nell'*incipit* di quest'ultima pronuncia: «Tale questione è stata già affrontata e risolta da queste Sezioni Unite, con orientamento dal quale non v'è motivo di discostarsi – ed al quale, anzi, si intende qui dare continuità –, secondo cui la domanda di danno può essere legittimamente rivolta *ab origine* ad ottenere una condanna generica, senza che sia necessario il consenso del convenuto. Tale facoltà costituisce infatti espressione del principio di libera scelta delle forme di tutela offerte dall'ordinamento. Spetterà poi al convenuto, ove lo ritenga, formulare domanda riconvenzionale di accertamento dell'insussistenza del danno: domanda che, se proposta, ribalterà sull'attore l'onere di provare l'esistenza e l'ammontare del danno».

10 Infatti, se la domanda fosse circoscritta al solo *an*, il convenuto – salvo quanto si sta per dire nel corpo principale – vedrebbe messe fuorigioco tutte le proprie eventuali difese sul *quantum*, con il rischio di vedersi condannato (con le note conseguenze in tema di iscrizione dell'ipoteca giudiziale e prescrizione del diritto) pur in presenza di un danno che, se il giudizio fosse stato esteso all'accertamento anche del *quantum* avrebbe potuto dimostrare essere pari a zero. Questo, ovviamente, a patto di accettare le tesi che ritengono che l'oggetto della sentenza di condanna generica sia l'esistenza del fatto illecito e la responsabilità del danneggiante, lasciando totalmente illibato quello relativo all'esistenza del danno. Oltre a ciò il convenuto patirebbe sempre il rischio della duplicazione dell'onere difensivo, vedendosi gravato da due giudizi (*an* e *quantum*) distinti in luogo di uno unitario.

11 Questo, ovviamente, a patto di accettare le tesi che ritengono che l'oggetto della sentenza di condanna generica sia l'esistenza del fatto illecito e la responsabilità del danneggiante, lasciando totalmente illibato quello relativo all'esistenza del danno.

Inoltre, il convenuto patirebbe sempre il rischio della duplicazione dell'onere difensivo, vedendosi gravato da due giudizi (*an* e *quantum*) distinti in luogo di uno unitario.

Questo secondo profilo è quello in cui è più evidente la natura ancipite del problema, poiché se da un lato essa è ancora radicata nella matrice dell'interesse del singolo (ogni duplicazione della difesa è una duplicazione degli oneri relativi per il convenuto), essa, contemporaneamente disvela anche un volto eminentemente pubblicistico poiché la proliferazione dei giudizi incide sul fenomeno del sovraccarico della macchina giudiziaria con quanto ne consegue in punto di contrasto con il principio di economia processuale *ex art. 111 Cost.*

3. L'attenzione dell'ermeneuta si è sempre concentrata sull'aspetto privatistico del problema: la soluzione tecnica ricercata sul piano privatistico lascia insolute le questioni di interesse generale a vocazione esclusivamente pubblicistica.

Sebbene, come appena detto, il problema abbia le fattezze dell'aquila bicefala, sono i risvolti privatistici quelli che storicamente hanno inciso in misura maggiore sulle preoccupazioni dell'ermeneuta, il quale, quindi, ha a lungo ricercato un componimento della questione che condividesse la stessa matrice del problema, proponendo in tal senso quale soluzione che le parti trovassero un accordo affinché il soggetto passivo della domanda manifestasse il proprio consenso (eventualmente anche tacito) verso l'utilizzo 'atipico' della condanna generica.

Questa soluzione, tuttavia, si è presto scontrata con evidenti criticità acutamente colte dalla dottrina, che ha osservato come un tale modo di ragionare mirerebbe a superare una questione senza risolverla ma soltanto facendo apparire irrilevante il tema della sua ammissibilità e legittimità¹², di fatto enfatizzando la necessità di trovare una soluzione autenticamente dogmatica all'interrogativo.

L'errore metodologico compiuto da quella dottrina fu quello di cercare una soluzione puramente civilistica per un problema che, come detto, ha natura ibrida, per di più senza tenere in considerazione la funzione e la conseguente vocazione che il nostro ordinamento riconosce al rito civile.

12 A. CERINO-CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1980, 89 ss.

L'idea di subordinare l'andamento del processo alla volontà delle parti è un'opzione che si inserisce in una visione privatistica e quasi contrattualistica¹³ dello stesso che risulta oggi ormai superata¹⁴.

13 La visione privatistica del processo affonda le proprie radici nel rito arcaico e classico romano (anteriore alla *cognitio extra ordinem*). Per quanto autorevolmente sostenuta (ad esempio dal Carnelutti) essa non è riuscita a prevalere nel nostro ordinamento, specie dopo l'entrata in vigore della Costituzione – sul punto, A. CARRATTA, *La 'funzione sociale' del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 2017, 579 ss. Dove invece essa ha conosciuto enorme fortuna è in Francia, ove la dottrina ha elaborato il concetto di *lien juridique d'instance* riferendosi all'attività processuale come ad un susseguirsi di rapporti obbligatori fra le parti (relegando in secondo piano il ruolo del giudice) – J. HERON - T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2012. Per una ricostruzione più completa dell'insegnamento dottrinale francese sul punto si veda G. DAL SANTO, *La fin de non-recevoir nell'esperienza del processo civile francese: storia e funzioni di un istituto*, Trento, 2017.

14 Recenti ricostruzioni dello svolgimento nel nostro paese della concezione del processo nel prisma della storia sono state offerte da: G. STANCO, *Il processo civile in Italia e la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato (XIX-XX sec.)*, in *judicium*, 2021, 1; A. CARRATTA, *La 'funzione'*, cit., 579 ss. Rinviamo per una vera panoramica delle vicende storiche ed ideologiche che hanno interessato negli ultimi due secoli in nostro processo agli scritti da ultimo richiamata, sia qui consentito, per comodità del lettore, ricordare in poche righe come si evolse nel periodo indicato il pensiero giuridico intorno alla natura del giudizio civile. In Italia la visione in senso privatistico del processo è stata dominante fino al finire del XIX secolo quando sulla spinta delle influenze provenienti in particolare dal mondo germanico, prima con le tesi di Bülow e Degenkolb e poi con le istanze riformatrici di Franz Klein. Gli influssi teutonici che in quegli anni stavano partorendo la scienza processualistica modernamente intesa, superando il 'procedurismo' ottocentesco, smossero le fondamenta del processo civile così come delineato dal codice Pisanelli, il quale si ispirava fortemente al codice napoleonico – caratterizzato da una netta impronta privatistica del processo civile –, e portarono a feconde produzioni nel senso del carattere pubblicistico del processo civile, visto come branca autonoma all'interno dell'alveo del diritto pubblico e non come mera pertinenza del diritto sostanziale. Primo fra gli autori che aprirono questa breccia nel muro del privatismo del giudizio fu Chiovenda, secondo la ricostruzione che ne propone Paolo Grossi (*Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, 2000 66) rileggendo L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, Milano, 1903; a Chiovenda spettarono, invero, l'onore e l'onere di aver ricostruito sulle macerie lasciate da quella breccia – così V. ANDRIOLI, *Ricordo di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it.*, V, 2007, 257. Fu sempre Chiovenda il primo, quantomeno per quanto riguarda la dottrina italiana, a mettere 'al centro del villaggio' la figura del giudice nel processo il quale in quanto «organo dello Stato non deve assistere passivamente alla lite, per pronunciare alla fine una sentenza, come l'automa eccitato dal peso della moneta cadente emette un dolce o un biglietto d'ingresso: ma debba partecipare alla lite come forza viva ed attiva» – così G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, 1907, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, 1993, 385, nt. 114 – e ciò in virtù dell'appartenenza della funzione della giurisdizione all'alveo della sovranità statale. Le idee riformatrici di Chiovenda muovevano da una concezione del fine del processo non come mero luogo di composizione del dissidio fra privati, bensì come il luogo di attuazione del diritto oggettivo. È noto poi come queste idee siano state traviate e trasfuse dal regime fascista nel progetto Solmi del codice del 1940 che, nel perpetrare l'idea della concentrazione di poteri nella mani del duce quale sommo interprete della legge (similmente a quanto stava avvenendo nel frattempo in Germania, con l'operazione di irrorazione del vecchio diritto ammuffito perpetrata per il tramite dell'utilizzo perverso delle clausole generali da parte del Reich – sul punto si rinvia a O. KIRCHHEIMER, *Rechtsstaat und richterliche Unabhängigkeit*, in *KJ*, IX, 1976, 41 ss., e alla ricostruzione storica offerta da M. MARINELLI, *La Clausola generale dell'art. 100 C.P.C.: origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 54), «rendeva praticamente inseribili le categorie distintive portate avanti dalla tradizione liberale» – così, testualmente, O. ABBAMONTE,

L'idea del Carnelutti secondo la quale «come l'iter contrattuale così l'iter processuale può essere percorso a tappe anziché tutto in una volta» attraverso una scelta rimessa alla mera volontà dei litiganti, vigendo nel nostro ordinamento «il principio che la lite entra nel processo per quel tanto che indica la domanda o che, in altre parole, la domanda segna i confini del processo rispetto alla lite ... se la domanda riguarda soltanto il riconoscimento di un effetto giuridico, o, in altre parole, del rapporto giuridico soltanto in alcun suo lato o atteggiamento, il processo comprende tutte e sole le questioni, che si connettono a questo lato del rapporto»¹⁵, sembra oggi un retaggio del modello ottocentesco che sposava una concezione del giudizio civile come di un affare privato, un avito superato dalla concezione pubblicistica di Chiovenda e dei post-chiovendiani¹⁶.

Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista, in *Quaderni fiorentini*, 2011, 871. Si innescò così quel paradosso per cui quella che fu forse la più illustre e formidabile generazione degli studiosi del processo civile – quella delle cd. ‘tre C’ della procedura civile (Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei) – contribuì a forgiare un codice autoritario (P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, 2018, ora in P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 92), solo parzialmente placata dalla contro-riforma del 1951 con il fondamentale contributo mediatore (fra processualisti ed avvocatura) del Calamandrei (all'epoca presidente del CNF) e ‘mano tecnica’ sia dietro la redazione del codice, sia dietro i suoi correttivi (sulla difesa operata dal Calamandrei rispetto alla bontà del codice del 1940 si rinvia a quanto osservato da N. PICARDI, *Il diritto processuale civile in Italia nell'età dei codici*, in *Lezioni di Storia delle codificazioni e delle costituzioni*, a cura di M. Ascheri, Torino, 2008, 222). I correttivi intervennero a spogliare il rito da quelle derive autoritarie che erano state imposte dall'*humus* politico-culturale in cui lo stesso era sorto, ma non privarono il processo di quella connotazione sociale e pubblica che la dottrina tardo-ottocentesca e dei primi del Novecento (con in prima linea, come ricordato, Chiovenda) le aveva impresso.

15 F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I. *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 918 ss.

16 Sulla concezione pubblicistica del processo per Chiovenda, oltre a quanto esposto per sommi capi nella nota 14, si rinvia, naturalmente, all'ampia prolusione del Maestro che trova un compimento e componimento nel suo saggio P. CHIOVENDA, *Le riforme processuali*. Per una valutazione ‘postuma’ dell'impatto avuto dal pensiero del Maestro sulla scienza processualistica si vedano anche G. STANCO, *Il processo*, cit.; V. ANDRIOLI, *Ricordo*, cit.; B. CAVALLONE, *Preferisco il processo attuale (Chiovenda, Mortara e il ‘progetto Orlando’)*, in *Riv. dir. proc.*, IV, 1988, 1048; E. FAZZALARI, *Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1988, 288; G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. Guastini e G. Rubuffa, Bologna, 1989, 679; F. CIPRIANI, *Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virginio Andrioli*, in *Foro it.*, CXXV.4, 2002; A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it.*, V, 2002, 127; ID. *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note alla ‘Azione nel sistema dei diritti’ del 1903*, in *Foro it.*, V, 2003, 61; S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, rist., Nuoro, 2004; M. MECCARELLI, *Giuseppe Chiovenda. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, in *Enc. Treccani*, Roma, 2012; M. TARUFFO, *Alle origini del progetto Chiovenda (I verbali del terzo gruppo dell'ottava sezione della prima sottocommissione della cd. ‘Commissione per il dopoguerra’)*, in *Gius. proc. civ.*, III, 2008, 757; ID., *Giuseppe Chiovenda*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Roma, 2013, 526; V. ANSANELLI, *Alle radici del progetto Chiovenda - Fra modernismo processuale e... adversary system*, in *Gius. proc. civ.*, II, 2019, 387.

Senza con ciò, ovviamente, voler intendere che il ruolo dell'interesse delle parti debba essere del tutto annichilito, restando questo comunque un elemento centrale in un sistema retto dal principio dispositivo.

In altri termini, se oggi è stata superata la visione massimamente privatistica del processo per aderire ad una visione 'sociale' della funzione del processo¹⁷, ciò non significa che l'interesse delle parti sia stato relegato in una posizione ancillare e priva di rilievo, ma solo che lo stesso debba sempre essere posto in relazione con le esigenze pubblicistiche che il processo è chiamato a rispettare e soddisfare¹⁸.

Ma se non è possibile, per le ragioni sopra espresse, parlare di un accordo 'a monte' fra le parti per la proposizione di una domanda di condanna limitata *ab initio* all'*an debeatur*, è comunque ipotizzabile il riconoscimento al convenuto di poteri che gli consentano di opporsi a una siffatta richiesta attorea¹⁹, a condizione che si riesca a trovare un inquadramento dogmaticamente sostenibile degli stessi.

A tal fine, come ricordato anche dalle Sezioni Unite del 1995, l'interprete ha volto lo sguardo all'istituto della domanda riconvenzionale.

Tuttavia, la scienza giuridica ha evidenziato una serie di criticità che impongono delle precisazioni sulla base delle quali: si deve escludere che sia ammissibile una sorta di 'mera richiesta di estensione della condanna al *quantum*' ossia una domanda volta a far pronunciare al giudice direttamente una condanna piena²⁰; e, allo stesso modo, non si

17 A. CARRATTA, *La 'funzione'*, cit.

18 Ad esempio si può citare il buon funzionamento dell'intero apparato statale, il quale presuppone una ragionevole durata dei processi, che, a sua volta, richiede che questi non proliferino in maniera ingiustificata, esigenza, questa, di importanza tale da essere stata inserita, con la riforma del 1999, in Costituzione, all'art. 111 comma 2.

19 In dottrina vi è chi ha sostenuto che «ammettendo per mera ipotesi ... che l'attore ... possa a suo piacimento limitare la *res in iudicium deducta* al solo *an debeatur*, avrà diritto il convenuto di chiedere che la decisione si estenda anche al *quantum*? ... l'aderire alla soluzione giurisprudenziale sul primo punto (possibilità di adire il giudice per il solo *an debeatur*), non significa che sia senz'altro esatta l'ulteriore proposizione della decisione annota, che cioè il convenuto abbia sempre il diritto di determinare l'allargamento della materia del contendere alla liquidazione del *quantum*. ... delle due l'una: o si è d'avviso che all'attore sia preclusa l'arbitraria restrizione al solo *an debeatur* della materia del contendere ... o si pensa, al contrario, che ciò sia possibile, come vuole la giurisprudenza, e allora non vedo perché e attraverso quale ragionamento si possa sostenere che il convenuto ha la possibilità di versare nel processo un'altra domanda, non, si badi da lui proposta nei confronti dell'attore ... ma una domanda dell'attore contro di lui convenuto e che porterebbe, in buona parte dei casi, alla sua autocondanna» – A. GUALANDI, *Domanda di condanna generica e richiesta del convenuto di accertamento contestuale dell'an' e del 'quantum'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1141 ss., in particolare 1149.

20 Due i motivi principali che si oppongono a questa ipotesi:

a) il primo è che, così argomentando, si rievocherebbero le tesi che subordinano la proposizione della condanna generica autonoma al semplice accordo delle parti, riproponendo i problemi che abbiamo visto sopra. Inoltre, volendo aderire alle tesi secondo le quali la domanda di condanna generica avrebbe ad oggetto un diritto pieno sarebbe anche difficile qualificare questo tipo di 'opposizione alla limitazione della domanda *ex adverso* proposta' come una riconvenzionale essendo tale domanda, di fatto identica a quella proposta dall'attore. Se infatti l'attore chiedendo la condanna generica ha già dedotto nel processo il diritto in tutta la sua estensione (fatto salvo l'aspetto della liquidazione) è difficile sostenere che la richiesta

può ritenere valida soluzione quella di qualificare tale domanda come riconvenzionale di accertamento positivo del diritto (comprensivo della sua liquidazione)²¹.

Scartate queste due opzioni, non restava che inquadrare l'opposizione' del convenuto come una riconvenzionale di accertamento negativo del credito.

Le Sezioni Unite del 1995 sembravano, pur non esplicitandolo, aderire alla ricostruzione della domanda di condanna generica come azione autenticamente di condanna (e non di mero accertamento) avente ad oggetto un diritto 'pieno'²² (comprensivo di tutti gli elementi costitutivi, danno incluso), con però una differenziazione della profondità dell'accertamento: *certo* rispetto all'illiceità del fatto e alla sua imputabilità oggettiva e soggettiva e *sommario* rispetto alla sussistenza del danno.

Data questa configurazione della 'struttura ontologica' della condanna generica ne seguirebbe che il convenuto possa difendersi chiedendo al giudice di accertare con pienezza l'insussistenza del diritto (per mancanza quantomeno di uno dei suoi elementi costitutivi) senza che vi sia sovrapposizione fra le due domande.

La verifica solo sommaria e presuntiva compiuta nel giudizio sull'*an* giustificerebbe così l'ipotesi in cui, nel successivo giudizio avente ad oggetto il *quantum*, il giudice si avveda che in realtà nessun danno è stato arrecato o – per usare termini diversi che fanno salva l'impalcatura dogmatica sollevata dalla giurisprudenza – lo liquidi 'a zero'. Con la domanda riconvenzionale negativa, invece, il convenuto contrapporrebbe un accertamento con il carattere della certezza esteso a tutti gli elementi costitutivi del diritto, danno compreso.

Fra le due domande, il rapporto non sarebbe quindi più di sovrapposibilità ma di complementarità.

Riconosciuto, individuato e dogmaticamente inquadrato 'il potere di opposizione' del convenuto, cade il timore che il suo diritto di difesa possa essere in qualche modo

del convenuto di estendere la condanna anche al *quantum* configuri una riconvenzionale. Si avrebbero in tal caso due domande coincidenti per la causa petendi, per il *petitum* mediato, (quasi integralmente) per il *petitum* immediato (entrambe le domande avrebbero come petitum immediato la richiesta ad una condanna risarcitoria (per lo stesso diritto data la piena coincidenza di *causa petendi* e *petitum* mediato) con la sola differenza che la 'riconvenzionale' mirerebbe ad una 'condanna con liquidazione' mentre la domanda principale ad una 'condanna senza liquidazione'), nonché per le parti.

b) Proprio con riferimento alla coincidenza delle parti si pone il secondo problema di questa ricostruzione. Generalmente, quando si fa riferimento alla comunione fra domande diverse per più elementi individuatori e si prende in considerazione l'elemento soggettivo, si può intendere: le più domande sono rivolte dallo stesso soggetto nei confronti dell'altro [$A \rightarrow B$]; oppure le due domande sono 'incociate' [$A \rightarrow B + A \rightarrow B$], ed è questo il tipico caso di riconvenzionale. Nell'ipotesi che stiamo considerando, invece, si avrebbe una domanda proposta da B che viene formulata come se fosse nei confronti di A, ma che nei fatti si rivolge contro B stesso [quindi $A \rightarrow B + B \rightarrow (A)B$]. Un tale schema si pone in chiaro contrasto con il principio dell'interesse ad agire (almeno per come tradizionalmente inteso in letteratura), rendendo così ad una domanda del convenuto da rigettarsi *limine litis*.

21 Poiché anche in questo caso si tratterebbe di una domanda proposta dal convenuto contro se stesso.

22 Cfr. nt. 5

compromesso o la sua posizione possa risultare indebitamente gravata, e diventa allora più agevole ammettere la proponibilità autonoma della condanna generica, la quale, come accennato, si giustifica tenendo conto dell'interesse dell'attore in tal senso, «d'altronde, se con la previsione specifica dell'art. 278 c.p.c., si individua l'interesse giuridicamente rilevante dell'attore ad ottenere, sulla base dell'accertata sussistenza di un diritto, una sentenza di condanna generica alla prestazione ... non vi è ragione di negare la sussistenza della stessa condizione dell'azione allorché la domanda alla condanna generica sia proposta in via autonoma *ab initio*».

Le Sezioni Unite del 1995 sembrano così rifarsi all'idea proposta cinquant'anni prima da Calamandrei²³, pur rifiutando l'assunto per cui l'aspetto cautelare entrerebbe nella 'struttura ontologica' della condanna generica²⁴, ma limitando quest'ultimo alla capacità di colorare l'interesse dell'attore, il quale sarebbe così identico tanto nel caso di istanza in corso di causa ex 278 cod. proc. civ., quanto in quello di condanna richiesta parziale *ab initio*. Con ciò, precisano le Sezioni Unite, non si intende proporre «un'interpretazione analogica o estensiva dell'art. 278 c.p.c., ma rilevare come la stessa previsione di detto articolo sia espressione del più generale principio di disponibilità della domanda volta ad una tutela cui l'attore abbia interesse».

In altri termini, dato il principio di disponibilità della domanda e dato il riconoscimento legislativo, ad opera dell'art. 278 cod. proc. civ., di interesse meritevole di tutela verso la condanna generica, non ci sarebbe ragione di negare una domanda *ab origine* parziale²⁵.

23 Secondo il quale la sentenza di condanna generica non sarebbe un'autentica sentenza di condanna bensì una sorta di ibrido fra la sentenza meramente dichiarativa (con accertamento pieno sui profili dell'illiceità del fatto e della responsabilità del danneggiante) e cautelare, visti gli effetti *latu sensu* esecutivi della stessa, la possibilità di iscrivere l'ipoteca giudiziale, estranei alle normali sentenze di mero accertamento – v. P. CALAMANDREI, *La condanna*, cit.

24 Nel qual caso si ripresenterebbero tutte le problematiche già ampiamente sottolineate dai critici della tesi del Calamandrei, prima fra tutte l'assenza di una verifica circa il *periculum in mora* da parte del giudice nel caso di condanna generica. Sul punto si veda, ad esempio, V. ROGNONI, *Condanna*, cit.

25 Tale assunto, pare, in un certo senso anticipare la logica che sarà più compiutamente sviluppata agli albori del secolo successivo da Ghirga, secondo la quale vi sarebbe un parallelismo fra causa del contratto ex art. 1321, comma 2, cod. civ. e l'interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ., specie nei casi di strumenti (negoziali o processuali) atipici. Entrambe le norme, in queste ipotesi, consentirebbero l'ingresso di figure non espressamente consentite dall'ordinamento (negozi o azioni) purché rispondenti ad un interesse meritevole di tutela ossia, compatibile con le coordinate che guidano l'ordinamento.

In estrema sintesi la tesi dell'autrice – elaborata in M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, e ripresa poi in EAD., *Interesse ad agire (proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2015 – prende spunto dalla sistematica carnелутtina – F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942, 235 ss. – e importa il concetto di causa, la cui genesi è notoriamente privatistica, nell'ambito del processo. Mutuata questa figura, la seziona tramite gli strumenti approntati nel tempo dai civilisti, i quali hanno nel tempo individuato due distinte 'cause' del negozio giuridico: quella astratta (o tipo di negozio) che ne costituisce la funzione 'economico-sociale', e la cui genesi risale al periodo fascista della codificazione (*Relazione al codice civile*, n. 603); quella concreta, la 'causa' oggi propriamente intesa come funzione 'economico-individuale' del negozio, che deve i suoi natali

4. *Secondo l'ordinanza della Sezione III i paventati problemi di economia processuale posti dalla condanna generica autonoma aprono a delle analogie con il tema del frazionamento del credito: critica di questa posizione.*

Questa soluzione, però, seppur in grado di marginalizzare entrambe le complicazioni di carattere privatistico poste dalla condanna generica autonoma, lasciava insoluto l'altro fronte della questione, quello più schiettamente pubblicistico relativo all'economia processuale.

Ed è proprio questo aspetto che venne, invece, valorizzato *a contrario* dalla Sezione III per sostenere l'inammissibilità della condanna generica autonoma.

Nella pronuncia da ultimo citata, infatti, la Corte, nel tentativo di giustificare l'opportunità del *revirement* cita l'evoluzione giurisprudenziale avutasi nel periodo successivo alla sentenza del 1995 nel tema (apparentemente affatto diverso) del frazionamento del credito.

Su questo punto nessuna delle sentenze del 2022 è chiara: non lo è quella della Sezione III la quale invoca tale evoluzione senza spiegare le aderenze fra quel tema e quello della condanna generica autonoma; non lo è nemmeno quella delle Sezioni Unite che non presero posizione sul punto.

Volendo intuire quale possa essere il *fil rouge* ravvisato dalla Cassazione fra parcellizzazione del credito e domanda generica autonoma, questo potrebbe essere rintracciato nel fatto che in entrambi i casi l'attore si muova per ottenere solo una 'parte del tutto'.

Ammesso (ma non concesso) che tale analogia fra questi istituti possa essere sufficientemente pregnante da giustificare il ragionamento secondo cui l'*overruling* operato rispetto all'uno giustifichi un mutamento di sensibilità dell'ermeneuta rispetto all'altro, diventa allora utile svolgere una breve divagazione per cercare di ricostruire, ancorché solo per sommi capi, quali fossero le linee essenziali del dibattito sorto intorno alla prassi del frazionamento del credito²⁶.

alla nuova concezione del rapporto Stato-persona introdotta con l'entrata in vigore della Costituzione – un riferimento, fra tanti, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴⁸, Padova, 2017, 143 ss. Tale dicotomia troverebbe spazio anche con riferimento alla causa del processo, e la valutazione sulla 'meritevolezza della tutela' (simile al concetto di 'utilità traibile dal giudizio' elaborato da Sassani, v. B. SASSANI, *Note sul concetto di agire*, Rimini, 1981) dovrebbe essere svolta dal giudice per verificare l'ammissibilità di domande 'atipiche' costituendo un filtro molto più malleabile ed efficace (sia in senso estensivo, per ammettere ad esempio unità deducibili in giudizio inferiori al diritto, su cui v. *infra* nt. 56; sia in senso restrittivo per limitare condotte 'abusive' del processo).

26 Con tale espressione si indica la prassi secondo la quale l'attore proporre una domanda per una parte sola del *quantum debeatur* riservandosi di agire separatamente per il residuo. Esistono a ben vedere due tipi di frazionamento – cfr. C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Roma, 2015 –, quello contestuale, in cui l'attore propone varie domande, ciascuna rivolta ad una distinta frazione del credito, contemporaneamente davanti a più giudici; e quello successivo, in cui l'attore propone domanda per una parte del credito, riservandosi di agire in futuro per il residuo. È evidente come sia questo secondo caso quello che più si avvicina al meccanismo della proposizione autonoma della domanda di condanna generica e sarà quindi solo a questo che da qui in ora faremo riferimento.

L'origine di tale prassi viene tradizionalmente fatta risalire all'*exceptio litis dividuae* romana²⁷ e la sua ricevibilità ha da sempre diviso la dottrina fra i favorevoli²⁸, coloro che la rigettano *tout court*²⁹, e chi, invece, la correla ad una valutazione discrezionale del giudice³⁰.

Ma questi dissidi non sono rimasti confinati sulle pagine della letteratura scientifica, entrando prepotentemente anche nei Tribunali e portando a considerevoli oscillazioni giurisprudenziali.

Un primo importante approdo si ebbe nel 1957, con la pronuncia n. 3417, quando la Corte di cassazione, sposando la dottrina tedesca del *Teiklage*, riconobbe l'ammissibilità del frazionamento, a condizione, tuttavia, che l'attore indicasse con espressa riserva di azione per il residuo che la sua domanda non fosse volta a dedurre in giudizio l'intera prestazione dovutagli, ma solo una parte della stessa. La riserva avrebbe esplicitato anche al giudice come la domanda fosse volta solo ad una porzione del *quantum* e che il creditore sapeva come questo fosse maggiore di quello dedotto in giudizio, cosicché il *thema decidendum* sarebbe stato espressamente ritagliato solo sul segmento richiesto con piena corrispondenza fra oggetto della domanda ed oggetto del giudicato.

Tale impostazione è resistita per mezzo secolo³¹, fino al *revirement* operato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 23726/2007³² con cui le stesse hanno invece adottato l'impostazione più restrittiva dell'inammissibilità *tout court* della parcellizzazione del credito, considerando tale pratica una forma di 'abuso del processo'.

Ed è, con ogni evidenza, a questo arresto che intendeva riferirsi l'ordinanza della Sezione III quando parla del mutato contesto giurisprudenziale in punto di frazionamento del credito.

27 T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005.

28 E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, I, 1958, il quale si rifà alla dottrina tedesca del *Teiklage*, su cui, brevemente, *infra*, e *supra*, nt. 64.

29 È il caso di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987, il quale, partendo da una lettura fortemente pubblicistica del processo civile tesa a svalutare il principio dispositivo in esso immanente, sostiene che la portata dell'art. 99 cod. proc. civ. si limiti a garantire alle parti il diritto di scegliere se dedurre o meno in giudizio il proprio diritto, senza tuttavia poterlo in alcun modo 'plasmare' nel suo passaggio dall'empirico del diritto sostanziale al concreto della domanda giudiziale. In altri termini, il diritto o è dedotto nell'integrità della sua estensione o non è dedotto, e una volta che sia stato invocato in giudizio, ancorché parzialmente nell'intenzione della parte, il provvedimento giudiziale lo coprirà integralmente, con estensione del giudicato anche a quel segmento della situazione soggettiva sostanziale che l'attore avrebbe voluto escludere dalla cognizione del giudice.

30 Questa è l'opinione di M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., la quale ritiene che il giudice debba compiere un vaglio di ammissibilità 'caso per caso' formulandolo in termini di sussistenza o meno dell'interesse ad agire/meritevolezza della tutela giuridica.

31 Venendo riconfermata dalle Cass. civ., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108.

32 Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, annotata in dottrina da M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2008, 335; T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, 345; D. DALFINO, *Ragionevole durata del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro it.*, V, 2009, 180 ss.

La giravolta compiuta nel 2007 dalle Sezioni Unite in punto di frazionamento del credito venne giustificato, in particolare, proprio con riferimento sia all'art. 2 Cost. e, quindi, all'impatto negativo che questa duplicazione dei giudizi avrebbe potuto avere sul convenuto (ma su questo punto valgano le considerazioni svolte nel paragrafo precedente), sia, soprattutto con riferimento all'art. 111 Cost., enfatizzando il fatto che tale disposizione fosse stata modificata solo pochi anni prima³³ costituzionalizzando il principio della ragionevole durata del processo.

Fu dunque il mutato contesto normativo che venne usato da quel Consesso per operare il citato *overruling*; ma se, ancora una volta, prendiamo per buono³⁴ il parallelismo fra frazionamento e condanna generica autonoma, allora, nello stesso modo in cui si possono estendere le motivazioni del *revirement* operato rispetto al primo per giustificare l'*overruling* sul secondo, allo stesso modo possono estendersi le acute e precise critiche che vennero rivolte alla sentenza del 2007 anche a quella del 2022.

E le rimostranze verso quella pronuncia non si fermarono sulla penna degli accademici³⁵, ma furono trasfuse anche in altri importanti arresti della Corte.

Ancor prima del 2022, infatti, le Sezioni Unite tornarono nuovamente sul tema del frazionamento (questa volta considerato sotto il profilo dei molteplici crediti afferenti però ad un unico rapporto continuativo intercorrente tra i medesimi soggetti) con due sentenze gemelle del 2017³⁶ attraverso le quali riaprono uno spiraglio in quella porta che, solo dieci anni prima, era stata chiusa.

Pur mantenendo una certa diffidenza rispetto alla parcellizzazione, infatti, la Corte rimetteva al giudice di valutare caso per caso se la decisione del frazionamento potesse rispondere ad un interesse oggettivamente meritevole di tutela³⁷ e, solo in caso negativo, dichiarare l'inammissibilità della domanda.

Già all'epoca dell'ordinanza resa dalla Sezione III, quindi, la posizione massimamente chiusurista della Corte risultava superata e questa tendenza è stata *a posteriori* confermata da un nuovo recente arresto delle Sezioni Unite³⁸.

33 Con la l. cost. 2/1999.

34 Omettendo di rinnovare sia i dubbi sulle differenze strutturali fra condanna generica autonoma e parcellizzazione; sia le differenze di contesto delle due pronunce (una intervenuta a poco più di un lustro dalla riforma dell'art. 111, l'altra a oltre due decenni); sia, infine, l'inopportunità di metodo della Corte a non aver rimesso la questione alle Sezioni Unite (che invece furono interpellate nel caso del frazionamento).

35 Ci si riferisce in particolare a M.F. GHIRGA, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1306 ss. (nota a Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090); EAD., *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 13.

36 Cass. civ., sez. un., 20 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091, annotate in dottrina da C. ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, in *Corriere giur.*, 2017, 975 ss.

37 Mostrandosi quantomeno suggestionata, quindi, dalle posizioni espresse nei lustrì precedenti da M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit.

38 Cass. civ., sez. un., 15 marzo 2025, n. 7299, la cui peculiarità è stata quella di introdurre una terza variazione al tema. Oltre all'ipotesi di domanda frazionata ammissibile per meritevolezza dell'interesse, la Corte ha considerato due diversi scenari in cui l'interesse non fosse apparso oggettivamente meritevole. Il

L'ordinanza n. 17984/2022 dà così l'idea di essere nata già vecchia e la risposta data dalle Sezioni Unite pochi mesi dopo non hanno lasciato spazio per alcun 'curioso caso di Benjamin Button'.

Ma vi è un problema ancora più evidente che affligge il passaggio con cui l'ordinanza della Sezione III traccia il collegamento fra i due istituti considerati.

Poiché ci si aspetterebbe che seguendo i principi della logica aristotelica il sillogismo della Sezione III fosse del tipo: 'se la condanna generica autonoma e il frazionamento del credito sono istituti consustanziali (premessa maggiore che per il momento prendiamo per buona)'; e 'se il frazionamento del credito che prima del 1995 era considerato ricevibile oggi – anche se abbiamo visto che in realtà nel 2022 non era così ma per ora sorvoliamo – è, invece, divenuto inammissibile' (premessa minore); 'allora anche la condanna autonoma dovrà considerarsi inammissibile (conclusione)'.

Ma l'esito della deduzione della Corte non fu questa.

La Sezione III, infatti, propose come rimedio contro la condanna generica autonoma che laddove questa fosse proposta il giudice avrebbe dovuto estendere d'ufficio il *thema decidendum* anche al *quantum debeatur*.

Questa conclusione, nemmeno motivata dalla Corte, ha le fattezze di un corpo estraneo per il nostro ordinamento che si regge sul principio dispositivo e, inoltre, lungi dal risolverli, sembra acuire i problemi che la condanna generica autonoma pone tanto rispetto al principio di difesa quanto rispetto all'economia processuale.

Quanto a questo secondo profilo si rinvia a quanto si dirà subito *infra*, sui vantaggi che una condanna generica autonoma pone in termini di economia processuale.

Quanto al primo, invece, è evidente come fra le tre alternative possibili quella indicata dalla Sezione III sia la meno vantaggiosa per il convenuto.

Nessun dubbio circa la preferibilità per questi di una dichiarazione di inammissibilità rispetto all'estensione automatica; ma, a ben vedere, anche la soluzione adottata dalle Sezioni Unite del 1995 risultava più attenta agli interessi del soggetto passivo del giudizio. Cosa è meglio, infatti, fra subire necessariamente (come previsto dall'ordinanza del 2022) un processo a cognizione estesa su tutto il diritto o poter, invece, valutare

primo è quello in cui la domanda eventualmente dichiarata inammissibile fosse risultata ancora riproponibile in maniera congiunta; il secondo è quello in cui, invece, a seguito dell'eventuale inammissibilità l'attore avrebbe perso ogni possibilità di chiedere per essa giustizia (come nel caso sottoposto all'attenzione della Corte in cui a fronte di due distinti decreti ingiuntivi ottenuti per crediti inerenti al medesimo rapporto di durata il debitore si era opposto al secondo decreto quando il primo era già passato in giudicato. Cosicché laddove il giudice dell'opposizione avesse dichiarato inammissibile l'azione del ricorrente originario in virtù del pregresso frazionamento del reddito, questi, non potendo far rifluire la propria domanda sul credito nel giudizio relativo alla prima ingiunzione, avrebbe perso ogni possibilità di ottenere soddisfazione per esso). In questo secondo caso, l'inammissibilità è stata considerata una reazione abnorme e la Corte ha ritenuto che la sanzione per la violazione dei doveri di lealtà e probità commessa dall'attore con il proprio frazionamento vada sanzionata solo in punto di spese processuali in forza del combinato disposto artt. 88 e 92 cod. proc. civ. L'idea di individuare la risposta al frazionamento nell'accollo delle spese processuali fu avanzata già quasi un secolo fa dalla dottrina tedesca, cfr. R. KUHN, *Teilklage und Restklage*, Leipzig, 1933.

e decidere se limitarsi a resistere in un processo ad oggetto ridotto o piuttosto farsi parte attiva per estendere la cognizione?

Quindi la soluzione adottata dalla Sezione III non solo appariva sistematicamente irricevibile, ma, quello che forse è più grave, anche pragmaticamente inutile se non addirittura nociva.

Al di là di questa simmetria con il frazionamento del credito, ci si era ripromessi di tornare in maniera più puntuale su quelle che sarebbero le inferenze fra la condanna generica autonoma e l'economia processuale, e sul punto riteniamo come lungi dal presentare un problema questo istituto possa, al contrario, trasformarsi in un utile strumento di deflazione e snellimento del contenzioso.

È infatti noto come il 'luogo di perdizione' del processo civile stia nella fase istruttoria, ma per arrivare all'accertamento esclusivamente dell'*an* spesso non sarà necessario nemmeno svolgere tale fase o, comunque, la stessa si presenterà naturalmente ridotta (in conseguenza della riduzione dell'oggetto di cognizione) rispetto a quanto imporrebbe l'accertamento pieno³⁹.

La condanna generica consente così all'attore di raggiungere in maniera più celere una *proto-tutela* del proprio diritto, con un provvedimento che, per senza liquidarlo, certifichi l'esistenza del credito, ed è evidente l'impatto in sede di negoziazioni fra le parti che un siffatto provvedimento possa avere e, di conseguenza, non serve scomodare Archimede per intuire l'uso strategico che chi lo ha ottenuto possa farne quale leva per spingere il debitore a una transazione favorevole.

Ma se stanno così le cose emerge chiaramente come: da un lato la condanna generica, autonoma o incidentale, difficilmente possa rappresentare un *vulnus* all'economia processuale; dall'altro come, forse, sia proprio la forma autonoma quella in potenza maggiormente utile per la deflazione del contenzioso⁴⁰, dovendosi quindi ritenere del tutto infondati, o quantomeno marginali, anche i timori di stampo 'pubblicistico' rispetto alla condanna generica autonoma.

39 È evidente che una condanna generica, autonoma o meno, difficilmente avrebbe senso laddove il *quantum debeatur* fosse facilmente liquidabile, tale istituto è intimamente connesso, dunque, con quei giudizi che richiedono lo svolgimento di consulenze tecniche laboriose.

40 Per meglio cogliere quest'ultimo punto è opportuno svestire i panni dello studioso per indossare la toga, calandosi nella realtà dello stato del processo civile italiano.

Certamente da un punto di vista ideale la condanna generica 'incidentale' e quella 'autonoma' dovrebbero portare a ottimizzazioni simili della durata del processo e, anzi, la forma incidentale presenterebbe l'innegabile vantaggio di mantenere la causa di fronte allo stesso giudice senza la necessità che un diverso magistrato debba studiare il fascicolo di causa. Nel concreto, però, le cose in un certo senso si ribaltano: da un lato la frequenza delle riassegnazioni delle cause rende del tutto marginale il vantaggio di cui si è dato conto; dall'altro non è forse meglio, per scaricare la macchina statale, che le trattative avvengano a 'bocce ferme' e che la seconda fase (quella sul *quantum*) parta solo laddove le stesse siano state non risolutive, rispetto all'ipotesi in cui, mentre la causa procede poiché la sentenza di condanna generica è stata data come non definitiva, il giudice calendarizzi nuove udienze per poi sentirsi chiedere dagli avvocati rinvii su rinvii 'pendenti trattative'?

5. Nell'ultimo approdo nomofilattico raggiunto la Cassazione adotta un punto di vista trascendente rispetto al diritto interno per riconoscere l'ammissibilità della condanna generica autonoma.

Il lettore avrà probabilmente notato come sin qui, nella nostra ricostruzione delle vicende relative all'ammissibilità della domanda *ab origine* limitata all'*an debeatur*, non sia stata ancora preso in considerazione l'ultimo arresto delle Sezioni Unite, quello dell'ottobre 2022.

Quest'ultimo pronunciamento, infatti, adotta, come in parte si è accennato, una prospettiva affatto diversa che, per così dire, non considera l'istituto in modo immanente bensì trascendente, ossia ponendosi come un osservatore esterno allo stesso più attento a come esso interagisca con gli altri ordinamenti⁴¹ afferenti alla galassia cui appartiene che non alla sua intrinseca fisionomia.

La decisione della Corte si fonda essenzialmente su due principi: il primo è quello della libertà delle forme d'azione; il secondo è quello della prevedibilità del diritto (inteso come diritto vivente).

Ed entrambi questi principi sono declinati nel senso di garantire il diritto di difesa da intendersi qui nell'accezione di diritto di accesso alla tutela giudiziaria.

Nelle pagine che seguiranno cercheremo, quindi, di illustrare come questi principi emergano dagli argomenti⁴² spesi dalla Corte per dimostrare la fallacia dell'ordinanza del giugno 2022 e la piena corrispondenza della condanna generica autonoma anche considerata nel quadro generale del nostro ordinamento, in una duplice prospettiva che potremmo definire (per le ragioni che si chiariranno *infra*) sia statica (con riferimento in particolare al primo principio di cui si è dato conto) che dinamica (con riferimento al secondo). Ma procediamo con ordine.

41 In virtù di quella relazione fra i diversi ordinamenti che compongono quel sistema complesso di cui parlava SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

42 La Corte nel rigettare il primo motivo di ricorso e nel contestare il precedente della Sezione III spende quattro argomenti in particolare in questa sede verranno analizzati gli ultimi tre, soprassedendo sul primo, il quale riguarda semplicemente il fatto che l'*overruling* contenuto nella pronuncia del giugno 2022 fosse inserito in un mero *obiter dicta* – cosa che, tutt'al più, fornisce uno spunto per una diversa critica da muovere alla Sezione III, di metodo più che di merito.

L'idea di inserire in un *obiter dictum* un *revirement* rispetto ad un indirizzo ormai così consolidato, infatti, aggrava la criticità della scelta stessa della Sezione III di discostarsi apertamente da quanto statuito da una decisione delle sez. un. (confermata oltretutto da sentenze successive anche a Sezioni Unite) senza nemmeno rimettere la questione nuovamente alle stesse, circostanza che si aggiunge ai problemi in punto di compatibilità "metodologica" della pronuncia in questione con l'art. 374 c.p.c. come già esposto in nt. 7.

5.1. Il principio allogeno individuato dalle Sezioni Unite n. 29862/2022: la libertà delle forme d'azione.

Partendo dal primo principio, ossia la libertà del diritto di azione, questo è espressamente richiamato dalla Corte, la quale nel ribadire l'esistenza ne rimarca anche il limite, ossia l'abuso del diritto⁴³.

Senza voler (ne poter, per ragioni di economia del discorso) aprire una parentesi sulla figura da ultimo citata e sulla sua matrice⁴⁴, ciò che interessa qui porre in risalto è come la Corte ribadisca, di fatto, quanto già implicitamente contenuto (e da noi sopra riportato) nel passaggio relativo alla possibilità per il convenuto di 'salvaguardare la propria posizione e il proprio diritto di difesa' espandendo il *thema decidendum* tramite una domanda riconvenzionale.

Espandibilità del *thema* da parte del convenuto e abuso del diritto sono, in un certo senso, due facce della stessa medaglia, poiché è solo grazie alla prima – la quale consente di superare le latenti criticità in tema di compressione del diritto di difesa⁴⁵ – che è possibile per l'attore instaurare il giudizio in modo che, pur oberando il convenuto

43 «Il nostro ordinamento costituzionale e processuale è imperniato sui principi di libertà del diritto di azione (art. 24 Cost.), e la libertà del diritto di azione si manifesta ovviamente con la facoltà dell'attore di stabilire, in totale libertà, cosa chiedere, quanto chiedere e quando chiedere, con l'unico limite dell'abuso del diritto».

44 Rinviando per una trattazione più specifica, ad esempio, a G. AMADIO, *Abuso del diritto ed 'exceptio doli generalis'*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2016, 383. In estrema sintesi, si può ricordare come l'interesse della dottrina verso il cd. 'abuso del diritto' risalirebbe al diritto comune, che ne vedeva una sorta di derivato degli atti emulativi, ovvero sia quelli posti in essere da colui che esercita un proprio diritto senza trarne alcun vantaggio con lo scopo specifico – il cd. '*animus nocendi*' – di arrecare danno alla controparte. In questo modo, però, l'operatività della figura risultava estremamente limitata, potendosi escludere la ricorrenza in tutti i casi in cui l'agente fosse in grado di trarre anche un vantaggio minimo o non si fosse stati in grado di provare l'elemento soggettivo. Proprio al fine di evitare questa indagine psicologica sulla buona fede (soggettiva) dell'agente fu introdotta la proposta nel progetto del codice civile del 1942 di inserire uno strumento per reprimere atti di esercizio del diritto «contrari alle finalità per le quali il diritto è concesso», detto in altri termini, si voleva configurare l'abuso come «deviazione funzionale dell'esercizio del diritto». Negli anni Sessanta l'orientamento dottrinale muta e ricolloca l'addentellato normativo per l'abuso dall'art. 833 cod. civ. agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.

L'art 1175 cod. civ. sancisce un dovere in capo a entrambe le parti del rapporto obbligatorio di comportarsi onestamente, seguendo le regole di correttezza in relazione ai principi di solidarietà umana e sociale. Nonostante la disposizione sia inserita nel libro IV del codice civile, essa può ritenersi un principio che permea non solo il campo delle obbligazioni, ma, più in generale, il nostro ordinamento, trovando 'nuova linfa' nell'art. 2 della Costituzione che tratta dei 'doveri inderogabili di solidarietà sociale'.

45 E non è un caso che la Corte ricordi espressamente tale approdo raggiunto dalle Sezioni Unite del 1995 affermando che: «Tale questione è stata già affrontata e risolta da queste Sezioni Unite, con orientamento dal quale non v'è motivo di discostarsi – ed al quale, anzi, si intende qui dare continuità –, secondo cui la domanda di danno può essere legittimamente rivolta *ab origine* ad ottenere una condanna generica, senza che sia necessario il consenso del convenuto. Tale facoltà costituisce infatti espressione del principio di libera scelta delle forme di tutela offerte dall'ordinamento. Spetterà poi al convenuto, ove lo ritenga, formulare domanda riconvenzionale di accertamento dell'insussistenza del danno: domanda che, se proposta, ribalterà sull'attore l'onere di provare l'esistenza e l'ammontare del danno».

di un onere difensivo 'inconsueto', si riesce ad evitare di trascendere necessariamente nell'abuso del diritto.

Traendo le conseguenze di quanto si è sopra esposto rispetto ai latenti problemi della condanna generica autonoma e alle soluzioni per sanare gli stessi, cerchiamo ora di capire operativamente come, quindi, si dovrebbe svolgere la fase introduttiva del giudizio di condanna generica autonoma per evitare frizioni con il diritto di difesa del convenuto, tenendo anche conto dell'altro problema latente di cui si è dato conto, ossia il rispetto della ragionevole durata del processo.

Di fronte ad una domanda siffatta dovrà esserci in primo luogo una valutazione del Giudice, il quale può essere chiamato anche d'ufficio⁴⁶ a verificare se sussistano i caratteri dell'abuso del diritto/del processo, vagliando se l'aggravio che la proposizione di una domanda di condanna generica autonoma provochi al convenuto è 'giustificato', ossia corrisponde ad un interesse meritevole di tutela dell'attore; ed è sotto questo aspetto che le simmetrie da noi sopra tracciate fra parcellizzazione del credito e condanna generica tornano utili.

Nel primo caso, la domanda 'ristretta' sarà ammessa dal giudice e, a quel punto, 'la palla passerà al convenuto', il quale potrà decidere se estendere al *quantum* – come visto tramite una riconvenzionale di accertamento negativo del credito – il perimetro del giudizio, oppure se accettare una cognizione limitata; nel secondo caso (laddove cioè tale aggravio dovesse risultare *latu sensu* emulativo, ossia non sorretto da un concreto interesse ad agire), allora la domanda dovrà essere dichiarata inammissibile e questo, a nostro avviso⁴⁷, non per violazione dell'art. 278 cod. proc. civ., bensì dell'art. 100 cod. proc. civ.

La lettura appena proposta, che sviluppa le premesse della sentenza in commento, ci pare la più idonea a dare risposta alle ancipiti problematiche poste dalla domanda di condanna generica autonoma concernenti tanto il diritto di difesa quanto l'economia processuale.

Il riferimento all'abuso del diritto declinato nella sua accezione processualistica (abuso del processo, appunto) e mediato da un istituto, quale l'interesse ad agire, capace di fondare un'eccezione rilevabile d'ufficio, consente di dare una soluzione biunivoca al problema, facendo specchiare la doppia natura del problema nella natura altrettanto ancipite della sua soluzione: il giudicante, nel valutare l'oggettiva abusività rispetto al processo della domanda verifica l'eventuale incompatibilità con le esigenze di economicità del processo; il convenuto nel decidere se ampliare o meno il *thema decidendum* sana la compressione unilaterale del suo diritto di difesa.

Una soluzione di questo tipo, oltre che, a nostro avviso, più dogmaticamente armonica, risponde in maniera più coerente anche al '*favor* per la celebrazione del processo'

46 *Ex multis*, Cass. civ. sez. V, 19 ottobre 2012, n. 17949.

47 Precisando, sul punto, una sostanziale adesione alla lettura dell'art. 100 cod. proc. civ., e al ruolo sistematico a questo attribuito da M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., su cui v. nota precedente.

previsto dall'art. 6 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁴⁸ – aspetto, questo, che, come si chiarirà a breve, costituisce quello spirito animatore della sentenza in commento verso il quale confluiscono entrambi i principi (libertà delle forme e *stare decisis*) enunciati dalle Sezioni Unite.

5.2. Il principio allogeno individuato dalle Sezioni Unite n. 29862/2022: lo ‘*stare decisis*’ ‘in salsa continentale’.

Detto del primo principio di diritto (libertà delle forme dell'azione) che ha ispirato la pronuncia in esame, si può ora passare ad esaminare il secondo, il quale riguarda l'affidamento che i soggetti devono poter riporre circa la prevedibilità degli esiti del giudizio o, in altri termini: la stabilità del diritto (vivente).

Tale principio (racchiuso nel secondo e nel quarto argomento della Corte) viene colto da due angoli prospettici diversi.

Dapprima le Sezioni Unite esaminano il tema dal punto di vista della teoria generale del diritto, affermando l'immanenza nel nostro ordinamento del principio della stabilità dell'interpretazione⁴⁹.

L'espresso richiamo delle Sezioni Unite allo *stare decisis* ‘in salsa continentale’ è particolarmente interessante proprio se riferito al precedente della Sezione III.

L'ordinanza del giugno 2022, fra le motivazioni alla base del proprio *overruling* invocava proprio, come si è sopra esposto, il tema dell'evoluzione del contesto giuridico.

48 Sul punto si rinviano alle fondamentali sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo rese nei casi *Goldner v. UK* (con cui è stato riconosciuto il diritto di accesso al tribunale come corollario necessario del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione) e *Kutić v. Croazia* (con cui è stato elaborato il principio di cd. *effettività* che traduce il diritto di accesso al Tribunale in un diritto ad ottenere una sentenza nel merito). Per ulteriori approfondimenti in dottrina in tema di affermazione del diritto di ‘accesso alla giustizia’ a livello internazionale si segnalano: F. FRANCONI, *Il diritto di accesso giustizia nel diritto internazionale generale*, in *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, a cura di F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti e T. Scovazzi, Milano, 2008, 3 ss., spec. 11 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, III, 2014, 908: il quale osserva come «l'accesso alla giustizia è riferito alla tutela giurisdizionale dei diritti, quale vero e proprio pilastro della cultura legale occidentale e dello Stato di diritto nell'ambito del generale obiettivo perseguito dalle istituzioni europee di creare le condizioni di una Europa di diritto e di giustizia»; M. CAPPELLETTI, *Access to Justice*, Milano, 1978; ID., *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 233 ss.; ID., voce *Accesso alla giustizia*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

49 «Costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo ... quando l'interpretazione di una norma processuale sia consolidata, essa può essere abbandonata solo in due casi: o in presenza di “forti ed apprezzabili ragioni giustificative, indotte dal mutare dei fenomeni sociali o del contesto normativo”» (Cass. civ., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620; nonché, nello stesso senso ed *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927), oppure «quando l'interpretazione consolidata “risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti, atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo» (Cass. civ., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675).

Sul punto, come si è detto sopra, le Sezioni Unite del 2022 non entrano nemmeno ad occuparsi della ragionevolezza della continuità suggerita dall'ordinanza della Sezione III fra frazionamento del credito e condanna generica.

Il Supremo Consesso, infatti, trasla la questione sul piano del diritto europeo, ricordando come la certezza del diritto (vivente) sia un principio sancito dalla CEDU e dai Trattati europei (in particolare con riferimento all'art. 6, comma 3, del TUE che ha 'comunitarizzato' i diritti e i principi CEDU), e al quale, quindi, tutti gli Stati aderenti (e di conseguenza i loro Giudici) sono tenuti ad attenersi.

Scendendo più nel particolare, dall'analisi della giurisprudenza eurolunitaria e della Corte di Strasburgo emergono i due corollari del principio della certezza del diritto: tutela del legittimo affidamento; salvaguardia dei diritti quesiti.

Il primo corollario ha portato la Corte EDU a censurare⁵⁰ le pronunce dei giudizi nazionali che interpretino in maniera 'eccessivamente formalistica'⁵¹ le norme processuali, dando vita a pronunce 'a sorpresa' e generando orientamenti equivoci ed imper-scrutabili⁵², poiché l'instabilità del diritto vivente comporta concreti rischi di lesione dei diritti soggettivi⁵³.

Appare chiaro, quindi, come il percorso tracciato dalla Corte EDU e seguito dalla nostra giurisprudenza, (anche) con la pronuncia in commento, sia teso a un avvicinamento delle famiglie giuridiche di *common law* e *civil law*, che si ritrovano a convivere

50 La tendenza al formalismo seguita dalla nostra Cassazione è stata al centro di due recenti condanne comminate dalla Corte EDU in: C. edu, 28 gennaio 2021, *Succi c. Italia*, nelle cause riunite nn. 55064/11, 37781/13 e 26049/14, con alluvionali commenti in dottrina, potendosi citare, *ex multis*, S. BARONE, *La Corte di Strasburgo sul principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Questione Giustizia*, 2021; D. CASTAGNO, *Il principio di autosufficienza al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2022, 1115; ID., *La cassazione torna sulla sommaria esposizione dei fatti in seguito all'intervento della Corte EDU*, in *Giur. it.*, 2022, 1870; C. CONSOLO, *Autosufficienza del ricorso per cassazione dopo Strasburgo e impugnazione incidentale tardiva nel diritto vivente della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2022, 1381; F. DE SANTIS DI NICOLA, *Quesito di diritto e autosufficienza del ricorso per Cassazione secondo la Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2022, 302; D. PAGNOTTA, *La Corte EDU legittima il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione (pur condannandone una applicazione eccessivamente sproporzionata e formalistica...)*, in *judicium.it*; B. SASSANI - B. DE SANTIS, *Diniego di tutela giurisdizionale e poteri delle Sezioni Unite alla luce del diritto unitario europeo. Riflessioni a caldo su una decisione annunciata*, in *judicium.it*.

Nonché, più di recente, nel caso C. edu, 23 maggio 2024, *Patricolo c. Italia*, nelle cause riunite n. 54009, del 2018 e 20655, del 2019 per il cui commento in dottrina si permette di rinviare a R. MASET, *L'esasperato formalismo del giudizio in Cassazione e il suo complicato rapporto con il giusto processo nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, III, 2025, 1035.

51 Per un tentativo di operare una rassegna sui principali orientamenti 'esasperatamente formalistici' sposati negli ultimi cinquant'anni dalla Corte di Cassazione, la cui storia e la relativa cronaca dottrinale è troppo ricca e vasta per tentarne anche solo una sommaria ricognizione, sia consentito rinviare a R. MASET, *In tema di (non) equo processo davanti alla Corte di Cassazione italiana*, in *Quaderni del dottorato di Giurisprudenza dell'Università di Padova 2024*, a cura di P. Lambrini, Milano, 2025, 187 ss.

52 C. edu, 15 settembre 2016, *Trevisanato c. Italia*, in causa n. 32610/07; C. edu, 18 ottobre 2016, *Miessen c. Belgio*, in causa n. 31517/12.

53 Corte giust. UE, 15 Febbraio 1986, *Duff*, in causa C-63/93.

sotto la giurisdizione della Corte EDU⁵⁴; avvicinamento che ha portato a una assimilazione del principio dello *stare decisis* anche nei secondi. Ciò, oltre che a rispondere a esigenze di armonia fra sistemi che, seppur diversi, appartengono oggi a ordinamenti (sovra-nazionali) comuni, risponde parimenti a esigenze di giustizia sostanziale, costituendo l'uniformità delle decisioni un valore che – ancorché non sia ‘canonizzato’ come nei paesi di *common law* – è necessario per porre al riparo anche il cittadino di ordinamenti di *civil law* dai ‘capricci’ del diritto vivente.

La giustizia, quindi, non deve essere ermetica ma trasparente, e sarebbe lesa la posizione di quel soggetto esposto ad un giudizio imprevedibile figlio di una sentenza imponderabile e ‘stravagante’.

Questo ‘*stare decisis* in salsa continentale’ presenta, poi, un ulteriore corollario estremamente importante secondo la Corte di Strasburgo⁵⁵, ossia l’inammissibilità di orientamenti imprevedibili che neghino una possibilità di accesso alla tutela giudiziaria che, prima di allora era stata (pacificamente) riconosciuta.

Ed è quindi qui che, come anticipato, convergono i due principi recuperati dalle Sezioni Unite.

Da un lato, in quella che potremmo definire la ‘dimensione statica’, il principio della libertà delle forme d’azione impone ai Giudici di non respingere *limine litis*, per il modo in cui sono confezionate, le domande giudiziali – a meno che queste non contrastino *apertis verbis* con chiari divieti legislativi o che non integrino un abuso del diritto/del processo –, garantendo il più possibile il vaglio nel merito della richiesta proposta al Giudice; dall’altro, nella ‘dimensione dinamica’, una volta che si sia consolidato un orientamento giurisprudenziale favorevole alla proposizione di una certa forma di domanda (o, più in generale, favorevole a consentire una certa via per adire l’Autorità giudiziaria), si deve escludere il superamento imprevedibile dello stesso il che, pare, significare la cristallizzazione (perlomeno *rebus sic stantibus* da un punto di vista legislativo) dello stesso.

Entrambi i principi sono espressione di un deciso e decisivo *favor* della giurisprudenza (interna ed europea nei suoi diversi e ‘paralleli’ ordinamenti) verso la celebrazione del giudizio e l’apertura al maggior numero di possibilità di ottenere audizione presso l’autorità giudiziaria, con la conseguenza che ogni eventuale restrizione alla libertà nelle modalità esplicative del diritto d’azione debba essere espressamente e non implicitamente affermata dal legislatore.

Applicando quanto appena detto al nostro *casus belli*, appaiono ineluttabili le conclusioni tratte dalle Sezioni Unite nel senso della censura verso l’ordinanza della Sezione III e del ripristino del *continuum* nomofilattico che questa aveva interrotto.

54 E, almeno fino a poco tempo fa, prima della cd. Brexit anche sotto quella della CGUE.

55 La quale, per usare le parole delle Sezioni Unite, «ha ritenuto che costituisce violazione dell’art. 6 CEDU l’adozione d’una interpretazione della norma processuale che comporti per l’individuo la perdita della possibilità di adire un Tribunale, senza che tale effetto potesse essere previsto *ex ante* ... non possono imporsi cause di inammissibilità non previste dalla legge, se non indispensabili».

La pronuncia resa dalla Sezione III pochi mesi prima, infatti, si era mossa in direzione profondamente contraria ai fondamenti appena esposti, escludendo la possibilità di proporre una domanda limitata al solo *an debeatur* sulla base di una interpretazione restrittiva dell'art. 278 cod. proc. civ., giustificando tale scelta ermeneutica da un punto di vista 'storico' sulla base del ruolo, asseritamente novativo, che avrebbe assunto la codificazione della condanna generica.

Tale lettura della norma, tuttavia, contrasta evidentemente con entrambi i principi esegetici ricostruiti dalle Sezioni Unite del 2022, poiché da un lato, come si è detto, stravolge il diritto vivente introducendo (in maniera, appunto, imprevedibile e imprevedibile) un nuovo ostacolo all'accesso alla tutela giudiziaria⁵⁶; dall'altro, in assenza di espresse indicazioni legislative in tal senso, comprime le forme di tutela invocabili dall'attore, sostenendo che le stesse non siano libere ma vincolate ad espresse previsioni legislative.

6. Conclusioni. Qualche considerazione induttiva intorno al rapporto fra art. 278 cod. proc. civ. e condanna generica a seguito dello stabilizzarsi per via ermeneutica della forma autonoma di tale istituto.

Volendo trarre, dunque, le fila di questa ricostruzione – condotta accostandosi alle principali pronunce rese sul punto dalla Supremo organo nomofilattico negli ultimi trent'anni e che rappresentano oggi il 'diritto vivente' –, quello che emerge è un riconoscimento che appare stabilizzato della cittadinanza nel nostro ordinamento della cd. condanna generica autonoma.

Una stabilità che deriva da due fattori: uno che potremmo definire di mera storia o cronaca giudiziaria che si riscontra nelle tempistiche e nell'urgenza con cui le Sezioni

⁵⁶ In realtà, a ben vedere, l'ordinanza n. 17986 non introduce una nuova inammissibilità poiché la Sezione III, nell'affermare l'improponibilità della domanda *ab origine* limitata alla cognizione dell'*an*, ha sostenuto che il giudice non dovrebbe rigettare in rito, ma dovrebbe automaticamente estendere il *thema decidendum* al *quantum* (e in seguito dichiarare la nullità e disporre la rinnovazione dell'atto introduttivo ove sia carente di indicazione sul *quantum*).

Al di là del fatto che, come si è chiarito, non si condividono le premesse di questo ragionamento (ossia l'inammissibilità della condanna generica autonoma), anche volendo, per assurdo, aderirvi (e ritenere, quindi, inammissibile la condanna generica autonoma), nondimeno le conclusioni della Corte appaiono irricevibili e questo sia per ragioni speculative che pratiche.

Sul piano più propriamente dogmatico, infatti, un'estensione automatica del *thema decidendum* (con conseguente pronuncia su un oggetto più esteso di quello richiesto) configurerebbe violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. (la pronuncia integrerebbe *ultra-petitio* o *extra-petitio* a seconda della ricostruzione cui si intenda aderire circa natura ed oggetto della condanna generica).

Sul piano pratico si imporrebbe alle parti una decisione potenzialmente contraria all'interesse di entrambe: a quello dell'attore che se avesse voluto una pronuncia a *thema* esteso avrebbe proposto la relativa domanda anziché quella 'contratta'; a quello del convenuto che non solo si vedrebbe (sempre ammesso e non concesso che si intenda aderire alla lettura restrittiva dell'art. 278 cod. proc. civ.) privato di una difesa in rito, ma che altresì rischierebbe di vedersi condannato 'pienamente' (con relativa formazione di un valido titolo esecutivo contro di lui) anziché 'parzialmente'.

Unite del 2022 sono corse ai ripari per ristabilire la continuità nomofilattica con il precedente del 1995 e sopprimere quell'orientamento sovversivo vagito dalla Sezione III; l'altro, scientificamente più interessante e autenticamente giuridico, sta nella duplice provenienza degli argomenti che si possono portare a favore del mantenimento di questa figura, i quali sono sia allogeni (di derivazione sovranazionale e su cui hanno puntato le Sezioni Unite del 2022), sia endogeni (radicati internamente ai meccanismi del sistema e enfatizzati dalle Sezioni Unite del 1995). O, sotto un diverso angolo di lettura, possiamo affermare come essi siano relativi sia alla dogmatica del sistema che all'utilità pratica che tale figura porta con sé.

Ma allora, se questa figura esiste (e ad oggi tutto depone per rispondere positivamente a tale interrogativo), sarebbe velleitario provare a darle anche una fisionomia più compiuta e cioè cercare di ricostruirne l'ontologia?

Come si è anticipato in apertura del presente contributo la natura della condanna generica è uno dei punti più oscuri e controversi della scienza processualistica.

Malgrado l'estrema eterogeneità delle posizioni assunte dai singoli autori sul tema, è comunque possibile individuare quattro (di cui uno a sua volta si biforca) gangli attorno a cui le posizioni possono essere, semplificando, addensate⁵⁷: la prima è quella che qualifica la condanna generica come un'azione di mero accertamento, dividendo poi i suoi sostenitori fra coloro i quali affermano che la stessa abbia un oggetto 'completo' – cioè copra interamente il diritto – e coloro che ne ravvisano un oggetto solo 'parziale'; la seconda la qualifica sempre come accertamento ma misto ad elementi tipici della tutela cautelare; la terza, infine, afferma che essa sarebbe un provvedimento autenticamente condannatorio.

Recentemente, infine, si è anche sostenuto (quarta tesi) come le categorie generali non sembrino sufficienti a dare una compiuta definizione dell'essenza della condanna generica, poiché la coperta risulterebbe sempre troppo corta⁵⁸, a dimostrazione dell'assoluta complessità della questione.

Tutti questi svolgimenti, però, sono sempre stati incentrati sulla condanna generica 'tradizionalmente intesa', ossia come sentenza non definitiva così come essa è descritta dall'art. 278 cod. proc. civ.

Riconoscere cittadinanza nel nostro ordinamento alla condanna generica autonoma però, a nostro avviso, sposta l'asse del problema, perché impone di domandarsi preventivamente se davvero la condanna generica del 278 cod. proc. civ. e la condanna generica autonoma siano consustanziali.

E, a nostro avviso, la risposta a tale quesito è negativa.

Cercare di individuare nella lettura dell'art 278 cod. proc. civ. lo spazio per la condanna generica autonoma rischia di risolversi in un'operazione inutile e frustrante

57 Pur una più puntuale riconduzione delle varie tesi agli autori che le hanno formulate rimandiamo a quanto detto alla nt. 5 e ai richiami ivi formulati.

58 S. M. VANZETTI, *La condanna*, cit., 123.

poiché tale norma, come rivelato anche dalla topografia codicistica che la pone in stratta continuità con gli artt. 277, 278 e 279 (specie nn. 4 e 5) cod. proc. civ.⁵⁹, riguarda solo un particolare tipo di provvedimento del giudice, quello della sentenza non definitiva, che si relaziona esclusivamente alla proposizione incidentale dell'azione.

Ed è solo in questo particolare tipo di proposizione della domanda che possono trovare un valido o comunque suggestivo riscontro la tesi del Carnelutti sulla natura autenticamente condannatoria della condanna generica, o quella del Calamandrei sulla sua natura ibrida fra l'accertamento e la cautelare.

Quanto alla prima, infatti, la stessa si fonda sul concetto di formazione progressiva del giudicato, ma se questo ha senso nell'ottica di un provvedimento di condanna generica non definitivo – destinato ad essere soppiantato o integrato da un provvedimento esteso al *quantum* definitivo –, non altrettanto, invece, può dirsi in caso di condanna generica autonoma, dove l'*iter* della formazione del giudicato può arrestarsi già con quel provvedimento. Fuori dallo schema del *giudicato a formazione progressiva*, pare molto difficile riconoscere per altre vie la 'natura condannatoria' della condanna generica stante la sua inidoneità a raggiungere il risultato tipico di tale sentenza ossia la costituzione di un valido titolo esecutivo.

Anche la seconda è sartorialmente ritagliata intorno alla forma non definitiva della condanna, sulla base del ragionamento per cui l'attore, dopo aver introdotto una domanda ordinaria, percependo un *periculum* per la soddisfazione del proprio credito, proponga l'istanza del 278 cod. proc. civ. in modo da potersi avvalere degli effetti secondari della pronuncia di condanna (in particolare quello del 2818 cod. civ.), per assicurare la soddisfazione del proprio credito nelle more dello svolgimento dell'istruttoria sul *quantum*. Entra in questo ragionamento anche l'idea che la fase di accertamento sull'*an* possa essere condotta in maniera più sommaria, essendoci poi spazio per un accertamento più approfondito (e che possa eventualmente anche liquidare a zero il danno) nella successiva fase sul *quantum*. Le cose, però, stanno in maniera diversa nella condanna generica autonoma dove, comunque e come si è detto, l'attore può essere

59 Sulla necessità di leggere in continuità gli artt. 277, 278 e 279 cod. proc. civ., si richiama, ad esempio, l'autorevole opinione di Maestri come Carnelutti e Rognoni i quali affermavano che il secondo comma dell'art. 277 cod. proc. civ. e il primo comma dell'art. 278 cod. proc. civ. si ponessero 'sullo stesso piano dal punto di vista sistematico'. Più in dettaglio gli stessi sostenevano rispettivamente che (F. CARNELUTTI, *Condanna*, cit., 327) «da ragione d'essere dell'art. 278 c.p.c. sta nell'art. 277 c.p.c., primo comma, al quale intende fare un'eccezione espressa; ma bastava certamente all'uopo il secondo comma dell'art. 277 c.p.c., del quale l'art. 278 costituisce una superflua specificazione», e che (V. ROGNONI, *Carattere*, cit., 107) «nessun dubbio che la condanna generica, con il fenomeno processuale che essa comporta, costituisca un'eccezione al principio che fa obbligo al giudice di concentrare la decisione della domanda o delle domande introdotte in giudizio, in una sola ed esclusiva, pronunzia che esaurisca e chiuda il processo. Essa si pone così. Dal punto di vista sistematico, sullo stesso piano della condanna al pagamento di una provvisoria e della sentenza che in caso di pluralità di domande, inserite nello stesso processo, decide ai sensi dell'art. 277, comma 2, solo alcune di esse, rinviando le altre ad ulteriore istruzione».

mosso da un interesse *latu sensu* cautelare, ma questo non ci pare possa entrare nella struttura dell'azione che resta di cognizione piena.

Quando si parla di condanna generica autonoma, allora, resta, a nostro avviso, lo spazio solo per quelle tesi che vedono nella condanna generica un provvedimento meramente dichiarativo.

Rimarrebbe poi irrisolto il diverso tema, interno a queste soluzioni, relativo all'oggetto di tale accertamento (diritto *pieno* o mero *segmento di diritto*), la risposta al quale dipende dalla condivisione o meno di certe, ulteriori, premesse su aspetti che riguardano la teoria generale del nostro processo.

Laddove si ipotizzi, in prima battuta, di aderire alle tesi che vedono nella condanna generica una domanda di accertamento avente a oggetto un diritto *pieno* (ossia riguardante tutti gli elementi costitutivi della pretesa risarcitoria, incluso il danno), ciò implicherebbe che l'indagine del giudice debba essere condotta in modo approfondito non solo sugli elementi relativi alla responsabilità del convenuto⁶⁰, ma anche rispetto all'esistenza del danno, lasciando fuori da esso esclusivamente la sua liquidazione (che però, essendo stato accertato che un danno esiste, difficilmente potrà risultare a zero nell'eventuale successivo giudizio sul *quantum*).

Da un punto di vista dommatico un siffatto accertamento non pone, a nostro avviso, alcun problema.

La scienza processualistica è ormai granitica⁶¹ nel ritenere che l'azione di mero accertamento sia atipica e che l'interesse ad agire abbia, rispetto ad essa, un ruolo centrale poiché consentirebbe di verificare se vi sia quello 'stato di lesione'⁶² del diritto necessario per consentire l'ammissibilità della domanda e se l'attore possa trarre una effettiva 'utilità' dall'accoglimento dell'azione proposta⁶³.

In questo caso il lavoro di ricerca dell'*interesse meritevole* (che presuppone l'utilità) è, svolto dallo stesso legislatore, il quale, ammettendo espressamente, all'art. 278 cod. proc. civ., che l'attore possa chiedere una limitazione all'*an* del *thema decidendum*, sta già riconoscendo, in astratto, che tale interesse possa sussistere. Il giudice dovrà allora valutare, nel vagliare l'ammissibilità della domanda, se tale interesse sussista in concreto.

Inoltre, essendo la domanda rivolta ad un diritto pieno il suo oggetto è certamente ricevibile dal giudice.

Laddove invece, si voglia ricostruire l'oggetto dell'accertamento in maniera affatto diversa, sostenendo che questo si diriga non verso una situazione giuridica soggettiva

60 E cioè, a seconda del tipo di responsabilità – contrattuale o extracontrattuale – che venga in gioco: esistenza di un valido titolo negoziale, inadempimento e colpevolezza (nel primo caso); o esistenza di un fatto ingiusto, imputabilità oggettiva e elemento soggettivo (nella seconda ipotesi e fatti salvi i casi di responsabilità oggettiva).

61 Cfr., *ex multis*, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2023, 25.

62 A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955; ID., *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv.*, IX, Torino, 1993, 514 ss.

63 B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983; ID., *Interesse ad agire (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, 1988.

piena ma verso un *segmento di diritto*⁶⁴ – per cui il giudice dovrebbe accertare pienamente gli elementi della responsabilità del convenuto, ma fare una valutazione meramente sommaria e passibile di stravolgimento (con la liquidazione a zero) da parte del giudice del *quantum* –, il quadro si complica.

L'opinione tradizionale, infatti, riconosce l'ammissibilità della sentenza di mero accertamento quando essa verta su posizioni sostanziali, non quando riguardi meri fatti o questioni preliminari o 'pezzi' di diritto. La controversia allora si sposta su quale sia la *minima unità deducibile nel processo*⁶⁵, tema che avrebbe dignità di apposita monografia e che pertanto, per ragioni di economia del discorso, non si può qui che sintetizzare per sommi capi.

In questo caso, per potersi ammettere la proponibilità autonoma della condanna generica, è necessario accedere ad un'interpretazione più 'eterodossa' dell'art. 100 cod. proc. civ., la quale ha dato nuova linfa a una norma che, dopo la alluvionale produzione scientifica che la ha riguardata nel secolo scorso, sembrava ormai essere appassita, quantomeno per le attenzioni suscitate nella letteratura⁶⁶.

Ci si riferisce alla tesi che vede nella disposizione in questione il portale per dare ingresso nel nostro ordinamento alla teoria – di matrice tedesca e importata in Italia all'inizio del secolo – del *Vorfragen*.

Nella dottrina tedesca si parla di *Vorfragen* con riguardo alle cd. *situazioni giuridiche preliminari*, che non possono essere descritte come dei diritti o dei rapporti giuridici soggettivi, ma che rappresentano i prolegomeni da cui dedursi l'esistenza o l'inesistenza di un diritto o di un rapporto giuridico⁶⁷.

Muovendo da questa premessa, nell'analisi e nella ricostruzione proposta da Marinelli⁶⁸, l'istituto dell'interesse ad agire viene visto come un portale per dedurre nel processo queste questioni segmento del diritto cui ineriscono.

Questa seconda ricostruzione dell'oggetto dell'accertamento insito nella condanna generica è, dunque, possibile solo laddove si aderisca a delle specifiche premesse in punto di ricostruzione della clausola generale dell'art. 100 cod. proc. civ.

In ogni caso, questo tentativo di ricostruzione della natura della condanna generica autonoma evidenzia non solo l'esistenza di un dissidio (quantomeno potenziale) relativo al modo di essere fra le due forme di condanna generica, ma permette altresì di intendere la ragione per cui l'art. 278 cod. proc. civ. si occupi solo della forma incidentale.

Come detto, indicatrice in tal senso è la collocazione topografica della norma, la quale suggerisce come il legislatore – più che occuparsi di delineare l'intero perimetro

64 E questa sembra essere, di fatto, la posizione adottata dalle Sezioni Unite del 1995.

65 G. VERDE, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo, (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 573 ss.

66 M. MARINELLI, *La clausola*, cit.

67 M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 138, nt. 307.

68 M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 140 ss.

della «condanna limitata all'*am*» – abbia voluto configurare un modo particolare per il giudice di «andare a sentenza», ossia la sua possibilità di pronunciarsi su «un pezzo» dell'intero *thema decidendum* originariamente dedotto nel processo a seguito di una specifica istanza di parte, senza peraltro che ciò configuri l'unico modo per arrivare ad una sentenza «parziale».

E il motivo per cui, a nostro avviso, il legislatore ha deciso di disciplinare espressamente solo questa ipotesi di condanna generica non sarebbe stato quello di voler limitare solo a tale forma l'ammissibilità della condanna generica, bensì quello di enfatizzare la peculiarità di questo genere di pronuncia, la quale vede la sopravvenienza, per volontà di parte, della «formazione progressiva»⁶⁹ della decisione sul diritto creditorio, singolarità che, per poter trovare cittadinanza nel nostro ordinamento, necessita di una disposizione *ad hoc*.

Discorso diverso, invece, per la proposizione in via autonoma e originaria della sentenza di condanna generica, la quale – pur presentando indubbie peculiarità di cui si crede di aver dato conto – risulta armonizzabile con il nostro sistema anche solo per via ermeneutica, non facendo così percepire al legislatore della 'nuova' codificazione come necessario un proprio intervento per tracciare una strada già segnata dal sistema.

In questo secondo caso, infatti, ci si trova davanti ad una domanda con un *thema decidendum* definito fin dall'inizio e che non subisce modifiche in corso di causa ponendo l'unico interrogativo – a cui si ritiene di aver dato risposta positiva – della sua compatibilità con le regole dell'ordinamento e, dunque, della sua ammissibilità.

Tornando, dunque, al percorso giurisprudenziale da cui ci si è mossi, appare come la sentenza n. 29862 del 2022 delle Sezioni Unite sia arrivata per vie trasversali ed esterne ad una soluzione che, a nostro avviso è sempre stata lì, immanente al nostro sistema.

Tuttavia da questo punto di vista poco importa, e, anzi, è forse un bene che la Corte, per una volta, non si sia avocata compiti di ricostruzione esegetica dell'istituto che sono più propri del lavoro dottrinale e che, invece, sempre più spesso con il fenomeno delle cd. «sentenze trattato»⁷⁰ la Cassazione ha cercato di fare suoi. Ciò che rileva è, in definitiva, che la Corte abbia ulteriormente cementato l'ammissibilità di un istituto la cui bontà ed utilità da un punto di vista pragmatico è assolutamente evidente, come, anche in queste pagine, si è cercato di dar conto.

69 Per richiamare l'elegante soluzione di Carnelutti il quale, non a caso, inseriva la figura della sentenza di condanna generica all'interno della sua teorica sulla formazione progressiva del giudicato.

70 Per alcune caustiche considerazioni critiche rispetto a tale fenomeno ormai da lungo tempo intrapreso dalla Corte si rinvia a Sul punto per alcune considerazioni critiche (estremamente pungenti) sia consentito rinviare a B. SASSANI, *Giudizio sommario in cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 37; ID., *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2019, 55 nonché a C. CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo 'ius litigatoris'*, atti del IX Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale organizzato dal Consiglio Nazionale Forense e tenutosi a Roma il 20-22 marzo 2014, in *Rass. forense*, III-IV, 2014.

ABSTRACT: Con il presente lavoro l'A. ricostruisce la vicenda giurisprudenziale che ha interessato negli ultimi trent'anni la figura della cd. condanna generica autonoma, fornendo una comparazione critica delle pronunce espresse in tale periodo sul punto dalle Sezioni Unite (n. 12103 del 1995 e n. 29862 del 2022), nonché dalla Sezione III con una propria ordinanza 'ribelle' (la n. 17984 del 2022). Tali provvedimenti sono presi come spunto per esaminare: sia la compatibilità dogmatica della figura all'interno tanto del sistema nazionale che in rapporto ai principi di derivazione internazionale; sia i risvolti in termini di utilità pratica che il suo riconoscimento determina. In chiusura, dato atto dell'avvenuto riconoscimento nel diritto vivente di tale istituto, verrà analizzato il rapporto fra questa forma della condanna generica e quella canonica ossia incidentale, condurrà ad indagare quali possano essere le autentiche ragioni che hanno indotto il legislatore del 1940 a non includere la condanna generica autonoma sotto l'egida dell'art. 278 cod. proc. civ.

PAROLE CHIAVE: Sentenza di condanna generica – Art. 6 CEDU – Libertà delle forme d'azione – Principio di economia processuale.

Chiara Mazzocco

LA NUOVA LEGGE SULLA GIUSTIZIA RIPARATIVA IN SPAGNA.
UN PASSO (DIS)ATTESO? CONFRONTO CON LA DISCIPLINA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giustizia riparativa in Spagna *ante* Ley 1/2025. – 3. La nuova disposizione art. 20 n. 9 disp. att. in materia di giustizia riparativa. – 4. Verso una giustizia riparativa ‘negoziale’? Confronto con la disciplina italiana – 5. Conclusioni

1. *Introduzione.*

Il 2 gennaio 2025, proprio agli albori del nuovo anno, è stata promulgata in Spagna la *Ley Orgánica* 1/2025 in materia di «efficienza del servizio pubblico della giustizia» all'interno della quale è prevista la norma che, per la prima volta, disciplina l'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale spagnolo. La collocazione della stessa appare significativa: nel Titolo II denominato «Misure in materia di efficienza processuale del Servizio Pubblico di Giustizia» al capo I si rinviengono i «Mezzi adeguati di soluzione di controversie in via non giurisdizionale», applicabili alle questioni civili e commerciali e, al capo II, le misure di modifica delle leggi processuali, tra le quali l'art. 20 concernente le modifiche del codice di procedura penale. Al numero *nonies* delle sue disposizioni d'attuazione si trova la norma in questione.

Si tratta, invero, di una novità auspicata dalla dottrina¹ e più in generale dagli operatori del diritto², perché costituisce un primo riconoscimento della giustizia riparativa nell'ordinamento spagnolo, chiarisce gli effetti potenziali sul processo penale e incentiva l'invio ai servizi di giustizia riparativa anche in fase cognitiva. Eppure, per la portata della norma sorprende la collocazione e la scarsa formulazione della disciplina, dotata di un solo articolo nelle disposizioni di attuazione in tema di modifiche processuali, accanto a norme e istituti civilistici e commerciali concernenti la soluzione extra giudiziale delle controversie³. Il tutto espone il fianco a molteplici ambiguità applicative,

1 Si v., tra i molti, M.J. GUARDIOLA LAGO, *Fundamentos de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica*, in *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, a cura di M. García Arán, Valencia, 2021, 47; G. VARONA MARTÍNEZ, *Elementos victimológicos en la definición de la necesidad de la pena. Aportaciones críticas desde la justicia restaurativa*, in *Derechos de condenado y la necesidad de pena*, dirigido por C. Juanatey Dorado y N. Sánchez-Moraleda Vilches, Navarra, 2018, 83; J. TAMARIT SUMALLA, *La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal*, in *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, dirigido por J. Tamarit Sumalla, Granada, 2012, 72.

2 A.C. DE MIGUEL, *La realidad de la mediación penal en España. Las guías para la práctica de la mediación editadas por el CGPJ*, in *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, dirigido por H. Soletto y A. Carrascosa, Valencia, 2019, 157. L'autrice, magistrato, annovera come causa maggiore del poco impatto della mediazione penale nell'attività giudiziaria proprio la mancanza di disposizione a riguardo.

3 Significativa è l'assenza di riferimenti nella relazione illustrativa e nella discussione parlamentare, rinvenibile al sito www.congresos.es. La sua formulazione sembra essere tratta da precedenti progetti di

alimentate dall'emanazione di una legge 'contenitore' senza una *ratio* comune utile all'interprete e induce ad una riflessione sulla fisionomia che la giustizia ripartiva può assumere a seguito di questo suo primo contatto con l'apparato giudiziario⁴.

La novità di tale introduzione, priva ancora di riscontro pratico-applicativo sufficientemente corposo, consente solo alcune prime osservazioni, il cui sentiero può essere utilmente tracciato dalla pur recente disciplina italiana in materia di giustizia riparativa⁵, contenente una prima normativa generale sul tema. Il confronto tra i due paesi pare allora particolarmente opportuno e propizio, in un tempo europeo e internazionale che vede una tendenza all'istituzionalizzazione della giustizia riparativa⁶, la cui messa in atto necessita di continue riflessioni e ripensamenti, alla ricerca di un equilibrio tra coerenza del sistema e la conservazione dello spirito innovativo di quanto introdotto: difficoltà e sfida con cui i due Paesi hanno dovuto confrontarsi, per darne una loro particolare declinazione.

2. La giustizia riparativa in Spagna 'ante' 'Ley' 1/2025.

Nonostante non vi fosse una disciplina in materia, pratiche di giustizia riparativa sono presenti e diffuse in Spagna da più di un ventennio, documentate già negli anni '90⁷. Nel corso di questo lungo periodo senza regolamentazione, vi sono state, invero, alcune disposizioni che si riferivano alla mediazione penale e alla giustizia riparativa. Una prima apertura viene messa in atto nel campo del penale minorile, con la *Ley* 5/2000: essa prevede la possibilità di archiviazione del procedimento in caso di raggiungimento di un accordo tra autore del reato e vittima. È invece in modo limitativo che s'affaccia nel sistema penale per adulti, con la *Ley Organica* 1/2004 sulle misure

legge non realizzatisi: si v. J. TAMARIT SUMALLA, *La articulación*, cit., 72 ss. Si v. altresì la relazione illustrativa di un precedente progetto di legge, denominato «Exposición de motivos XXVI Anteproyecto LECrim de 27 Julio de 2011», ad opera del Ministero della giustizia spagnolo.

4 La dottrina in tema auspicava, com'è condivisibile, la formazione di una disciplina organica e sistematica della giustizia riparativa, che rimane, con quest'unico riferimento, ancora estremamente incerta nell'applicazione. Invero una legge di questo tipo ha fatto parte di diverse proposte di governo: v. J. TAMARIT SUMALLA, *La articulación*, cit., 72 ss.; si v. altresì la già citata «Exposición de motivos XXVI Anteproyecto LECrim de 27 Julio de 2011» ad opera del Ministero della giustizia spagnola e un recentissimo progetto di legge cui si sta discutendo, presentato il 24 Novembre 2020. I riferimenti sono rinvenibili nel contributo di P.F. LECUMBERRI, *La justicia restaurativa en el anteproyecto de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal. ¿Un veto para intervenir en delitos de corrupción desde otro paradigma?*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, XLV, 2024, 1 ss.

5 Riforma operata con il d.lgs. 150/2022.

6 T. CHAPMAN, *La justicia restaurativa en Europa*, in *Justicia Restaurativa*, cit., 36; F. PALAZZO, *'Plaidoyer' per la giustizia riparativa*, in *Sistema Penale*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/palazzo-plaidoyer-per-la-justicia-riparativa>, 24 novembre 2023, 2.

7 Si v. G. DI PAOLO, *Esperienze oltre confine*, in *Rivista processo penale e giustizia*, 2023, V, 32 ss. Per una dettagliata ricerca sulle iniziative anche risalenti: J. TAMARIT SUMALLA, *La justicia restaurativa: conceptos, principios, investigación y marco teórico*, in *La justicia restaurativa*, cit., 55 ss.

globali di protezione contro la violenza di genere, vietando la mediazione per questa tipologia di reati⁸. Tale scelta legislativa s'inserisce nella dibattuta questione se consentire o meno l'accesso generalizzato a tutti i reati, indipendentemente dalla loro gravità, lasciando l'opportunità della scelta all'autorità giudiziaria *in primis* e, soprattutto, al centro di mediazione. La posizione sfavorevole⁹ del legislatore spagnolo è stata ribadita sia nella *Ley Organica* 10/2022, che ha esteso il divieto a tutti i casi di violenza sessuale¹⁰, sia nella disposizione che qui s'intende esaminare¹¹, in cui viene affermata la possibilità di invio da parte dell'autorità giudiziaria solo dei casi non vietati. Un più articolato riferimento alla giustizia riparativa si rinviene, poi, nella *Ley* 4/2015, concernente lo «statuto della vittima e le sue norme di sviluppo», che recepisce la direttiva Europea 2012/29/UE sulle vittime¹². La previsione apre alla possibilità per le vittime di accedere ai programmi di giustizia riparativa – quando consentito – per ottenere la riparazione morale e materiale dei danni derivanti dal reato ed è stata il principale riferimento normativo spagnolo sino ad ora.

È pur vero che la situazione di anomia caratterizzante il sistema giuridico non è certo stata al passo con il proliferare di sperimentazioni sul campo: il *Consejo General del Poder Judicial* ha, infatti, promosso e finanziato numerose iniziative e progetti pilota¹³. Inoltre, alcune Comunità Autonome, in particolare Navarra, Catalogna e Paesi Baschi, hanno implementato fortemente le attività di giustizia riparativa nel loro territorio¹⁴. Di spiccato interesse risulta l'attività della regione di Navarra: il 9 marzo del 2023 ha emanato per la prima volta una legge che prevede la regolamentazione completa¹⁵

8 Si discute se per mediazione debba intendersi un'interpretazione estensiva ricomprendendo tutte le pratiche di giustizia riparativa. Favorevole, in questo senso, C. VILLACAMPA, *Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal*, in *Política Criminal*, XXIX, 2020, XV, 52 e P. ROMERO SESEÑA, *El desarrollo de la justicia restaurativa en España y suprobición en casos de violencia sexual y de género: reflexiones a partir de la LO 10/22 y la nueva Ley Foral 4/2023 de Navarra*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2023, XXX, 311.

9 In Italia la disposizione 42 del d.lgs. 150/2022 dispone l'accesso generale per ogni tipo di reato e indipendente dalla sua gravità, con valutazioni di sicurezza dell'accesso ad esso devolute nel caso concreto all'autorità giudiziaria prima e poi al mediatore.

10 La *Disposición final duodécima* modifica lo Statuto delle vittime del 2015, aggiungendovi, all'art. 3, il divieto di mediazione in tutti i casi di violenza sessuale e violenza di genere.

11 Punto 5 dell'articolo suddetto così dispone: «Il giudice o il Tribunale, valutando le circostanze del fatto, della persona indagata, accusata o condannata e della vittima, può, d'ufficio o su istanza di parte, rinviare le parti a un procedimento riparativo, salvo nei casi esclusi dalla legge [...]».

12 Contenente a sua volta un riferimento alla giustizia riparativa; è stato e rimane uno dei più grandi impulsi alla giustizia riparativa e una delle fonti normative europee più significative in materia, si v. B. PALI - I.D. MARDER, *Genesis ed evoluzione della giustizia riparativa in Europa*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, IV. La disciplina organica della giustizia riparativa, a cura di A. Ceretti, G. Mannozi e C. Mazzuccato, Torino, 2024, 12.

13 Si v., a tal proposito E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017, 250.

14 Si v. A.C. DE MIGUEL, *La realidad*, cit., 151 ss.

15 Si tratta della *Legge Forale* 9 marzo 2023, n.4, così rubricata: «De justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias», in <https://bon.navarra.es/es/anuncio/-/texto/2023/57/0>. È

dell'erogazione dei servizi di giustizia riparativa cui faceva riferimento la sopracitata legge del 2015. Si tratta di un interessante precedente ed esempio per la legislazione nazionale, il quale, tuttavia, non è stato colto in quest'ultima recentissima disposizione, che nulla dice sul sistema di funzionamento dei servizi, perdendo l'occasione di un allineamento delle politiche regionali.

Il particolare *status quo ante* la disposizione situata nella *Ley* 1/2025 vedeva, dunque, un'operatività dal basso, differenziata per Comunità Autonome, in cui la giustizia riparativa sostanzialmente lambiva il processo penale e veniva ospitata da altri istituti ad essa eterogenei¹⁶, tra cui principalmente dall'attenuante del danno riparato e dal rito della *conformidad*¹⁷. Quest'ultima fa parte di quei riti alternativi che rientrano nel novero della negozialità¹⁸ e prevede l'accettazione della pena concordata con il pubblico ministero, l'accettazione dei fatti e dell'eventuale responsabilità civile, anche nei confronti della vittima, se costituita¹⁹. È assimilabile, pertanto, al nostro istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, dal quale tuttavia differisce in modo piuttosto incisivo per la maggiore elasticità della negoziazione, concernete anche i fatti e per gli effetti *in toto* equiparabili alla condanna²⁰.

Ebbene, quest'eredità d'operato²¹, come si vedrà, ha influito fortemente nella nuova disposizione di innesto al processo penale, determinando anche il modo di concepire la stessa giustizia riparativa.

rinvenibile sulla stessa un primo commento di Orge Ollero Péran, Direttore del Servizio di Esecuzione Penale e Giustizia Riparativa del governo di Navarra, in www.euforumrj.org/en/entrevista-Jorge-Ollero. L'autore sottolinea che la legge in discorso non introduce alcuna modifica alla normativa ma si limita a disciplinare l'erogazione di servizi di *restorative justice* da tempo erogati all'interno di un progetto pilota. Per una piena e compiuta realizzazione del paradigma riparativo, appare dunque necessaria un'azione sinergica dello Stato e delle Comunità Autonome: il primo dovrebbe regolare gli effetti della giustizia riparativa sul processo penale; le seconde dovrebbero garantire servizi di giustizia riparativa di alta qualità.

16 Per una loro completa trattazione si v. J. TAMARIT SUMALLA, *La articulación*, cit., 72.

17 Di cui tratta D. GADDI, *Materiales para una conformidad restaurativa*, in *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, dirigido por M. García Arán, Valencia, 2021, 274, che riporta anche tutti gli altri istituti orientati in senso negoziale in diversi paesi.

18 C. TOMÁS - V. LANUZA, *Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad*, in *Dret*, IV, 2024, *passim* e D. GADDI, *Materiales*, cit., 272.

19 Riferimento 655 e 767 del Codice penale spagnolo, in realtà la prassi già evidenziava un uso della *conformidad* oltre i limiti di pena: si v. di C. TOMÁS - V. LANUZA, *Justicia*, cit., 194.

20 Si v. il contributo di J.A. LASCURAÍN - F. GASCÓN, *¿Por qué se conforman los inocentes? In Dret*, III, 2018, 3 s. in cui la *conformidad* viene associata di fatto ad una condanna. Per una dettagliata descrizione dell'istituto e delle sue problematichità, in particolare per la possibile negoziazione degli stessi fatti, si v. il contributo di C. TOMÁS - V. LANUZA, *Justicia*, cit., 192 ss.

21 Ad essi si aggiungono i casi di valorizzazione di un esito positivo del programma ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari oppure ai benefici della sospensione o sostituzione della pena privativa della libertà personale.

3. La nuova disposizione art. 20 n. 9 disp. att. in materia di giustizia riparativa.

Fatte le necessarie premesse, ci si può addentrare in una veloce analisi sulla disposizione della Legge 1/2025, art. 20 n. 9 disp. att., sintetizzabile in tre nuclei principali²²: l'enunciazione dei principi che ispirano l'istituto, l'invio ai servizi di giustizia riparativa e, parte di maggior rilievo, gli esiti nel processo penale. Si vede bene, dunque, come la giustizia riparativa sia unicamente disciplinata in rapporto con il processo penale²³.

La norma sancisce, in primo luogo, i principi ispiratori delle pratiche riparative: gratuità, volontarietà, ufficialità e riservatezza. Gratuità e ufficialità vengono solamente dichiarate²⁴; viene invece esplicitato il contenuto dei principi di volontarietà e riservatezza. Il primo trova accezione piena, poiché deve permanere in ogni momento e se viene a mancare cagiona l'immediata interruzione del programma riparativo, senza produrre alcun effetto negativo sul processo penale, che proseguirà senza ulteriori adempimenti²⁵. Strettamente correlata alla volontarietà, al punto 2 della norma, è prevista la disciplina degli avvisi²⁶. Ancora, in linea con il panorama internazionale, viene nominata ed esplicitata la riservatezza²⁷, con la previsione di inutilizzabilità delle informazioni emerse durante il programma di giustizia riparativa, salvo se diversamente concordato dalle parti. Al giudice non viene presentata alcuna informazione in *itinere* sul proseguo del programma, solo al termine del percorso viene fornita una relazione sull'esito negativo o positivo²⁸ e, in quest'ultimo caso, viene allegato il verbale di riparazione con gli accordi raggiunti. L'intento risulta quello di scongiurare che il mancato

22 Si v., a tal proposito, l'articolo di J. MUÑOZ CUESTA, *El procedimiento de justicia restaurativa en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero*, in *Revista de Derecho vLex*, CCXLVIII, 2025, 1-6.

23 Si v. nt. 4 in relazione alla proposta di riforma del Codice di procedura penale spagnola, che al suo interno contiene una disciplina più completa della giustizia riparativa.

24 Da interpretarsi sempre in rapporto con il procedimento penale, i due principi affermano la necessità che il servizio non abbia costi per i fruitori e che i suoi esiti siano dotati di riconoscimento dal sistema giudiziario.

25 Si tratta dell'art. 7-*nonies* della *Ley Organica* 1/2025. Una prima interpretazione letterale induce a ritenere il processo non finito come *tamquam non esset* e di qui la ripresa del processo penale senza formalità, sempre per le ragioni di tutela della volontarietà appena espressi.

26 È sancita l'obbligatorietà di fornire alle parti tutte le informazioni utili a prestare il consenso, comprensive dello svolgimento del programma e dei possibili effetti sul procedimento in conformità con la Rec. 2018/8 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia riparativa in materia penale, che così stabilisce «la giustizia riparativa è volontaria e ha luogo solo se le parti vi acconsentano liberamente, dopo essere state previamente informate in modo compiuto sulla natura del percorso e sui possibili esiti e implicazioni ivi incluso l'impatto che eventualmente il percorso di giustizia riparativa avrà sui futuri procedimenti penali».

27 Tale aspetto risulta essere pienamente conforme alle indicazioni della già citata Direttiva 2012/29/UE art. 12, comma 1, lettera d), alla Raccomandazione 2018/8 del Comitato dei Ministri agli stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale, regole 17 e 53; si v. per un approfondimento P. MAGGIO, *Dovere di riservatezza*, in *Riforma Cartabia*, IV, cit., 148 ss.

28 Il punto 8 dell'articolo specifica il divieto di inserire qualsivoglia valutazione o giudizio, sempre nell'intento di non influenzare il giudice.

raggiungimento dell'accordo possa influenzare negativamente la decisione del giudice. Tale aspetto, però, non viene trattato esaustivamente: difetta in *toto* l'accenno ai casi in cui invece le informazioni debbano essere svelate per ragioni di sicurezza, come debba comportarsi il mediatore in caso emergano notizie di reato o in cui vi sia elevata possibilità che qualcuno possa compierlo²⁹.

Proseguendo poi con il secondo nucleo della norma, l'invio ai Servizi, è prevista la possibilità di accedere in ogni stato e grado del procedimento, compresa la fase delle indagini preliminari; sotto questo profilo, la scelta è pari a quella italiana. I termini di sospensione del procedimento previsti sono di 3 mesi, prorogabili per altrettanti: il tempo ridotto pare ispirarsi alla generale regola di efficientamento del sistema, che, se intesa come mera riduzione dei tempi processuali, mal si addice al senso della giustizia riparativa. L'effettivo invio, poi, può aversi d'ufficio o su istanza di parte, previa valutazione in concreto del fatto di reato, delle parti e della vittima³⁰.

Il terzo nucleo costituisce certamente il tema di maggior interesse della riforma e fornisce notevoli spunti di riflessione anche comparatistici. Innanzitutto, è previsto vi sia una valutazione da parte del giudice sugli effetti del positivo esperimento di un programma riparativo, che dunque non operano in automatico³¹. Tale giudizio, inoltre, non è preso unilateralmente: è sancito l'obbligo di ascolto del pubblico ministero, delle parti costituite e della vittima entro tre giorni dalla ricezione della relazione. Dalla prassi precedente all'emanazione della norma si deduce che tale audizione dovrebbe riguardare solo la verifica della spontaneità degli accordi, anche se la formulazione ambigua si presta ad ampliarne la discrezionalità. La scelta è stata salutata con favore dai primi commenti³², poiché favorisce una decisione avente la massima completezza possibile delle informazioni, più condivisa e partecipata, secondo i parametri *restorative*; risulta altresì un potenziale punto di raccordo con il sistema processuale e le parti in esso coinvolte, soprattutto se si pensa al più rilevante esito che può avere la giustizia riparativa secondo la stessa norma, ovvero confluire in una procedura di *conformidad*.

La disposizione prevede, poi, nel caso di esito positivo per i reati lievi – assimilabili alle nostre contravvenzioni – l'*archivo*³³. Lo stesso vale per i 'reati privati' o per i quali è

29 Trattandosi di una previsione di innesto nel procedimento penale, sarebbe forse stata opportuna una specificazione in questo senso, così da non lasciare sfornite di tutela le parti coinvolte e i mediatori. A tal proposito, la disciplina italiana provvede invece in modo esaustivo all'art. 50 d.lgs.150/2022, si v. F. COSTANTINI, *Garanzie e tutele dei mediatori e dei partecipanti ai programmi di giustizia riparativa*, in *Riforma Cartabia*, IV, cit. 143 ss.

30 Dei casi di interruzione e sulle modalità di riportare gli esiti, disciplinati di seguito nella norma, si è già detto in materia di volontarietà e riservatezza poiché ne costituiscono la concretizzazione.

31 In Italia l'attenuante dell'esito riparativo, effetto maggiore per i reati procedibili d'ufficio, si ritiene non lasci spazi di discrezionale valutazione al giudice: si v., a tal proposito, M. BORTOLATO, *Il rilievo della giustizia riparativa in sede di decisione e commisurazione*, in *Riforma Cartabia*, IV, cit., 236.

32 J. MUÑOZ CUESTA, *El procedimiento*, cit., 5.

33 Nell'ordinamento spagnolo applicabile in ogni stato e grado del procedimento. Si v. l'art. 963 della legge di *Enjuiciamiento Criminal*.

previsto il cd. «perdono»³⁴. La netta maggioranza dei reati invece è classificabile come ‘pubblica’: il positivo esperimento di un programma riparativo consente qui di inglobare l’accordo nel procedimento di *conformidad*³⁵.

Risulta assai problematico, invero, comprendere come far confluire un esito di giustizia riparativa in un accordo sulla pena, essendo differenti le parti in gioco³⁶, i contenuti ontologicamente diversi e non facilmente costringibili nella formula di obblighi coercitivi. È plausibile l’interpretazione per cui il processo per *conformidad* agirà con norme proprie, essendo presente nel dato normativo un mero rinvio: entra dunque qui in primo piano il ruolo del pubblico ministero e l’accordo coi difensori, che ragionevolmente deve focalizzarsi sulla commisurazione della pena alla luce dell’accordo riparativo accettato dalla vittima, in una costruzione bifasica che dovrebbe – auspicabilmente – assicurare l’autonomia dei due momenti.

4. Verso una giustizia riparativa ‘negoziale’? Confronto con la disciplina italiana.

Difettando la legge in commento sia di approfondite opinioni dottrinali, sia di esperienze applicative, si ritiene oltremodo utile un confronto per differenza con la disciplina italiana, tentando di evidenziare le soluzioni proposte e le loro rispettive criticità; operazione da condursi tenendo in attenta considerazione le diversità dei sistemi in cui esse si inseriscono.

Invero, un punto di significativa differenza, che impone altresì maggiore attenzione e riflessione, riguarda l’effetto sul processo penale di un programma esperito con esito positivo nei reati procedibili d’ufficio³⁷. Si tratta di uno degli aspetti più problematici della disciplina concernente la giustizia riparativa, nonché punto cruciale per la sua effettiva implementazione³⁸. Il tema del consenso delle parti³⁹, della verità relazionale⁴⁰ e dialogica perseguita dalla giustizia riparativa trova difficile corrispondenza nel processo penale. Tutto ciò fisiologicamente impone una scelta: da un lato la strada di

34 Essi, tuttavia, sono di numero esiguo, riducendosi sostanzialmente ai reati di ingiuria e calunnia.

35 Si v. gli artt. 655 e 787-ter della legge di *Enjuiciamiento Criminal*. Nel caso il procedimento si trovi in fase di indagini, l’organo inquirente predispone l’invio al giudice competente, che seguirà il normale processo della *conformidad ex art. 20*, comma 9 c) della *Ley 1/2025*.

36 È infatti previsto l’intervento del pubblico ministero e del difensore dell’imputato.

37 In Spagna si parla di ‘reati pubblici’. Nei casi procedibili a querela per l’ordinamento italiano e per i reati lievi o privati per quello spagnolo, è prevista una forma di ‘chiusura’ del procedimento nella forma, rispettivamente, della remissione tacita di querela, dell’archiviazione o del perdono per l’ordinamento spagnolo. Si v. art. 152 n. 2 cod. pen. e disp. 9 n. 9 in *Ley 1/2025*.

38 F. PALAZZO, ‘*Plaidoyer*’, cit., 9 s.

39 D. GADDI, *Materiales*, cit., 299 ss. e più ampiamente J. HABERMAS, *On the Pragmatics of Communication*, edited by M. Cook, Cambridge, 1998, 105 ss.

40 Si v. a tal proposito il contributo di L. EUSEBI, *Le forme della verità nel sistema penale e i loro effetti in «Verità» del precetto penale e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di G. Forti, G. Varraso e M. Caputo, Napoli, 2014, 156 ss.

compromesso, con il rischio di snaturare la giustizia riparativa piegandola alle esigenze del processo penale; dall'altro, vi è l'opzione preservante l'autonomia dei due sistemi, ammettendo la presenza di contraddizioni che ne limitano però l'effettività pratica. I Paesi qui a confronto, semplificando di necessità, si sono orientati diversamente in questo senso. La Spagna, come si è visto, nel caso di 'reati pubblici'⁴¹ in cui il programma di giustizia riparativa abbia dato esito positivo, sceglie quale naturale proseguo il procedimento di *conformidad*. È di particolare interesse per le riflessioni qui condotte rilevare che la *Ley Orgánica* 1/2025 molto si è occupata di promuovere la *conformidad* come mezzo di risoluzione delle cause, estendendone l'applicazione alla generalità dei reati e non solo ai reati punibili con la pena nel massimo a 6 anni, com'era prima previsto⁴². Dunque, qualsiasi reato gestito tramite pratiche riparative può confluire senza frizioni in un procedimento di *conformidad* e, anzi, la *ratio* sistematica della *Ley Orgánica* induce a concepire la giustizia riparativa come un mezzo di celere risoluzione dei reati e di potenziamento della *conformidad* stessa⁴³.

Nell'ordinamento spagnolo la giustizia riparativa, in mancanza di un suo riconoscimento normativo, aveva invero già trovato nell'ancoraggio alla *conformidad* uno spazio di operatività⁴⁴, che la disposizione in questione pare aver convalidato. La soluzione, in assenza di autonoma normativa della giustizia riparativa, era stata inizialmente salutata con favore dalla dottrina perché idonea a creare uno spazio dialogico⁴⁵ tra le parti e altresì ad ovviare alle gravi critiche mosse nei confronti della *conformidad* che, in Spagna – molto più che il suo equivalente in Italia – ha un'applicazione grandemente diffusa⁴⁶. In

41 Assimilabili ai nostri procedibili d'ufficio ma corrispondente alla maggioranza assoluta dei reati.

42 In realtà tale divieto era già interpretato in senso estremamente elastico ed era già prevista la possibilità di estensione dell'applicazione del provvedimento ai casi puntiti al massimo con 9 anni in casi particolari di minima gravità in concreto: si v. più approfonditamente N. VILLANUEVA, *Introducción al derecho procesal penal: jurisdicción, competencia, partes y estatuto de la víctima* in *Manuel de litigación penal*, dirigido por M. Cugat, J. Baucells y M. Aguilar, Valencia, 179 ss.

43 In questo senso si v. le discussioni parlamentari che hanno preceduto l'approvazione della legge, rinvenibili al sito www.congresos.es in cui la giustizia riparativa viene elencata dal parlamentare Santiago Sumero – l'unico a citarla – come uno degli istituti di risoluzione alternativa delle controversie, aggiungendovi quale ulteriore connotato l'utile valore sociale.

44 E. PASCUAL RODRIGUEZ, *La experiencia práctica de la mediación penal in Madrid*, in *Justicia restaurativa, acción penal y penitenciaria: un renovado impulso*, dirigido por M. Martínez Escamilla y M.P. Sanchez Alvarez, Madrid, 2011, 361 ss. Invero il numero studiato è esiguo ma può sempre costituire un punto di partenza: servizio di mediazione penale di Madrid Pascual Rodríguez fa riferimento a 4 casi (su 218) così risolti. In quell'occasione sono stati intervistati i pubblici ministeri coinvolti che si sono dichiarati soddisfatti del risultando e hanno evidenziato come la mediazione abbia di molto migliorato la capacità di addivenire ad un risultato utile a tutte le parti; nel suo contributo D. GADDI, *Materiales*, cit., 272 parla di uso 'ibrido' della *conformidad*.

45 Si v. a tal proposito M. CUGAT MAURI, *La conformidad en los delitos socioeconómicos* in *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, a cura di M. García Arán, Valencia, 314.

46 È stato valutato intorno al 70% dal *Fiscalía general del Estado* nella relazione sulla fiscalità generale dello stato spagnolo del 2019; si v. anche il contributo di J.A. LASCURAÍN - F. GASCÓN, *¿Por qué se conforman*

particolare, veniva rilevata la mancanza di trasparenza nella negoziazione⁴⁷, l'esclusione o strumentalizzazione della vittima⁴⁸, una tendenza a piegare le garanzie dell'imputato e l'accertamento dei fatti ad una formula efficientista⁴⁹, il notevole esercizio di pressione del pubblico ministero nella contrattazione mirante alla conclusione dell'accordo⁵⁰. Tutto quanto è stato soprattutto criticato dalla dottrina per il grave *vulnus* inferto al principio di non colpevolezza⁵¹ e alle garanzie dell'imputato, aumentando i casi di condanne a pene più alte di quanto si sarebbe potuto provare o addirittura di condanne ad innocenti, disposti ad accettare la pena pur di evitare l'incognita del processo⁵². La dottrina aveva rilevato, in conclusione, una tendenza generale alla privatizzazione della giustizia⁵³, mirante ad accordi⁵⁴ la cui razionalità viene gravemente inficiata dalle componenti sopra citate⁵⁵.

Ebbene, su questo sfondo s'innesta la decisione di ancorare la giustizia riparativa a tale procedimento. Essa è idonea per le sue caratteristiche ad ovviare a molte delle criticità rilevate nei confronti della *conformidad*: in primo luogo, è prevista la necessaria presenza delle vittime, che qui avrebbero un proprio spazio di riconoscimento, senza delle quali l'accordo non è conseguibile. Da tale modalità di svolgimento scaturisce

los inocentes?, cit., 3 s. in cui si evidenzia che già altri due progetti di riforma del Codice penale, del 2011 e 2013 fortemente miravano all'incentivo della *conformidad*.

47 C. TOMÁS - V. LANUZA, *Justicia*, cit., 194 e, per l'applicazione della pena su richiesta delle parti in Italia, G. MANNOZZI, *Il crimine dei colletti bianchi: profili definitivi e strategie di contrasto attraverso i metodi della giustizia riparativa*, in *Europe in crisis: crime, criminal justice, and the way forward. Essays in honour of N. Courakis*, II, a cura di C.D. Spinellis, N. Theodorakis, E. Billis and G. Papadimitrakopoulos, Athens, 2017, 1383.

48 Si v., a tal proposito, le affermazioni di M. AGUILERA MORALES, *Conformidad y reparación*, in *Justicia Restaurativa: Una Justicia para las víctimas*, a cura di H. Soletto e A. Carrascosa, Valencia, 2019, 29.

49 T. JOHNSON, *Public perception of plea bargaining*, in *American Journal of Criminal Law*, XLVI.1, 2019, 133 ss.

50 Sull'argomento J.C. FERRÉ OLIVÉ, *El 'plea bargaining' o como pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades 'low cost'*, in *Revista Electronica de Ciencia Penal e Criminologia*, XX, 2018, 1 ss. in Spagna, la procedura della *conformidad* è stata emblematicamente descritta come 'mercanteggiamento', da cui deriva un'applicazione ineguale del codice penale, con il costo di travisare i fatti e qualificazione giuridica. L'autrice suggerisce di regolamentare i benefici della pena per ricondurli a legalità, il tema è riproponibile anche per la *conformidad* come esito di un programma riparativo.

51 Per dovere di precisione, in Spagna ci si riferisce al principio di innocenza.

52 A.M. RODRIGUEZ ARLAZ, *Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal*, in *Revista De Derecho Y Proceso Penal*, 2019, LVI, 161-198 e il contributo di J.A. LASCURAÍN - F. GASCÓN, *¿Por qué se conforman los inocentes?*, cit., *passim*.

53 Attitudine 'personalista' del pubblico ministero nella giustizia negoziale: S. CHEESMAN, *Comparative Perspectives on Plea Bargaining in Germany and USA*, in *Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert*, herausgegeben von A. Badò und D.W. Belling, Potsdam, 2014, 113 ss.

54 Sul metodo di creazione del consenso 'strategico' si vedano le opere J. HABERMAS, *Verità e giustificazione. Saggi filosofici*, trad. it., Bari, 2001 e J. HABERMAS, *Teoria dell'azione comunicativa*, trad. it., Bologna, 1986.

55 Viene fatto presente il fenomeno di distorsione della figura del Pubblico Ministero, che diveniva parte privata mossa da intenti di efficienza più che di legalità: si v. a tal proposito sempre J.C. FERRÉ OLIVÉ, *El plea bargaining*, cit., 7 ss.

anche una maggiore trasparenza del processo a beneficio della società⁵⁶. Inoltre, la volontà delle parti nella giustizia riparativa non si configura come una mera accettazione, che piega il consenso ad una valutazione costi-benefici⁵⁷, ma prevede un'autentica scelta di proseguire un percorso e costruire una verità comune da cui scaturiscono gli accordi riparatori, con una maggiore probabilità di tenuta degli stessi, perché condivisi nelle premesse e sinceramente sostenuti⁵⁸. L'assunzione della responsabilità, il riconoscimento dell'altro e del suo vissuto, la riflessione condivisa sulle modalità di riparazione - presupposti per un percorso riparativo genuino e positivo negli esiti - conducono in definitiva ad un accordo più soddisfacente e rispettoso delle parti⁵⁹.

Rimane tuttavia aperto il quesito, non estraneo a una certa preoccupazione⁶⁰, se la giustizia riparativa sia in grado di imporre la sua essenza nel metodo o se verrà nei fatti piegata alla consolidata procedura di *conformidad*, di cui lo spirito è tutto volto ad ottenere benefici processuali. Va sottolineato che in Spagna non è previsto un massimo di valorizzazione dell'accordo riparatorio, per cui la sua incidenza sulla pena pattuita dalle parti potrà variare moltissimo. Ci si chiede, dunque, se tale disposizione sarà in grado di assicurare l'autonomia⁶¹ della fase riparativa dalla successiva procedura di *conformidad*, di impronta deflattiva ed efficientista, volta ad una contrattazione ad opera dei difensori e del pubblico ministero, che giocoforza comporta che tutti sacrifichino qualcosa, in un compromesso radicalmente diverso da una logica 'win-win' di composizione degli interessi⁶². Non si comprende come la responsabilità pattuita con il pubblico ministero possa dunque comporsi con il percorso 'di verità' della giustizia riparativa⁶³, senza che quest'ultimo sia già proiettato ad una contrattazione sui fatti più che ad una loro autentica esplorazione⁶⁴. Vi è alla base una ontologica differenza

56 In particolare, tramite la trasparenza D. GADDI, *Materiales*, cit., 292.

57 È stato acutamente notato che il consenso così prestato afferirebbe più alle conseguenze del consenso che all'accordo stesso: si v., a tal proposito, M. ANGUILERA MORALES, *La deriva del principio del consenso*, in *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, 2019, II, 4.

58 A questo proposito, in termini di 'azione comunicativa' si esprime J.M. CARABANTE MUNTADA, *La teoría discursiva del Derecho de Jürgen Habermas como paradigma de la ciencia del Derecho*, in *Foro. Nueva época*, XIII, 2011, Madrid, 210 ss. Si v. anche la spiegazione di G. COSÌ, *La mediazione come strumento di terapia sociale*, in <https://www.sistemapenale.it/it/recensione/recensione-a-maria-martello-a-cura-di-il-senso-della-mediazione-dei-conflitti-tra-diritto-filosofia-e-teologia-giappichelli-torino-2024>, 3 gennaio 2025.

59 D. GADDI, *Materiales*, cit., 299.

60 Così già M.J. GUARDIOLA LAGO, *Fundamentos*, cit., 46, J. TAMARIT SUMALLA, *La justicia*, cit., 22.

61 Prima della legge in commento, i tentavi di utilizzare lo spazio dialogico della *conformidad* per la giustizia riparativa avevano condotto, in alcuni casi, al ribaltamento dell'accordo ripartivo in fase di *conformidad*: in questo senso, la previsione legislativa pare un utile argine a tale distorsione.

62 J. TAMARIT SUMALLA, *La justicia*, cit., 21.

63 Sulla verità negoziale si v. L. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in «Verità», cit., 232 ss.

64 V. J. TAMARIT SUMALLA, *La justicia*, cit., 21, 43 sul tema della mediazione e negoziazione, oltre alle considerazioni di C. TOMÁS - V. LANUZA, *Justicia*, cit., 190.

dei due istituti⁶⁵. La giustizia riparativa si propone, infatti, nel suo processo di verità⁶⁶ dialogica, come modalità di conoscenza profonda della vicenda nel suo complesso, del senso dei fatti, ‘sconosciuta’ alle stesse parti⁶⁷; la verità ‘negoziata’, invece, è stata efficacemente definita come un «addio alla verità»⁶⁸, in cui il consenso compensa la rinuncia alla ricerca della ricostruzione e della conoscenza dei fatti. Si tratta, dunque, di far confluire in un unico accordo due antitetiche attitudini alla verità ed i loro esiti gnoseologici⁶⁹.

Ci si chiede, allora, se il programma riparativo così costruito mantenga la sua natura e l'accordo sulla riparazione quegli aspetti emotivi, simbolici e di consenso autentico o assuma connotati più fortemente negoziali e prestazionali⁷⁰, volti soprattutto all'ottenimento dei benefici processuali che scaturiscono dall'accordo riparatorio. La tendenza a sacrificare gli interessi della vittima a favore di una formula efficientista è invero già ravvisabile nel panorama spagnolo⁷¹ e il dubbio che si propenda per questa direzione non può che essere rinforzato dalla stessa formulazione della legge e dei suoi lavori preparatori. D'altro canto, tale soluzione rileva un pragmatismo che rende la norma più agilmente inseribile nel processo penale; vantaggio non di poco conto per la promozione di un generale uso della giustizia riparativa che non si riduca a casi isolati, in un primo tempo di innesto nel sistema⁷².

65 G. MANNOZZI - R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, Milano, 2022, 166.

66 Per verità, si fa riferimento qui al piano gnoseologico della stessa, come «rappresentazione dei fatti e vettore di conoscenza»: v. G. MANNOZZI - R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, cit., 162 e il contributo di F. VIGANÒ, *Verità e giustizia riparativa*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/vigano-verita-e-giustizia-riparativa>, 20 settembre 2024.

67 È infatti l'incontro con la verità dell'altro a dare impulso al processo conoscitivo: si v. L. EUSEBI, *Le forme*, cit., 158 s.

68 Qui in riferimento all'applicazione pena su istanza delle parti ma applicabile a tutte le forme di giustizia negoziale, tra cui la *conformidad*. Sulla verità negoziale come ‘addio alla verità’ si v. L. MARAFIOTI, *Giustizia*, cit., 236.

69 Per una riflessione in questo senso si v. G. MANNOZZI, *Il crimine*, cit., 1385 ss.

70 I. IGARTUA LARAUDOGOITIA, *Significación de la reparación, compensación o restauración en la administración de la justicia penal. Retórica y práctica de la justicia penal negociada y la justicia penal restaurativa*, in *Revista Aranza de Unión Europea*, X, 2016, 65 ss.

71 Rischio, peraltro, già ravvisato nella dottrina in merito al rapporto tra riparazione della vittima e patteggiamento. Emblematiche le affermazioni di M. Anguilera Morales in merito: «en la tesitura de reparar a la víctima o de acelerar la conclusión del proceso a través de la conformidad, hoy día, se impone esto último. Las posibilidades de que el fiel de la balanza se equilibre en el futuro no son halagüeñas. Antes bien, a tenor de los últimos intentos de la reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo esperable es que se abunde aquella visión hipermétrope – pragmática- de la conformidad, en que la reparación de la víctima viene a ser, como decía, una mácula, una brizna de hierba»: M. AGUILERA MORALES, *Conformidad*, cit., 304, in cui l'autrice rileva la tendenza del legislatore, di fronte alla scelta se tutelare la vittima o l'efficienza del sistema, di propendere nettamente per quest'ultima e, giudicando i nuovi progetti di legge, ritiene che tale tendenza sarà confermata, dando alla conformità una visione ipermétrope e pragmatica e vedendo la riparazione della vittima come «un problema, un'erba da estirpare».

72 G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, in *Mediazione e Progresso. Persona, società, professione, impresa*, a cura di P. Lucarelli, G. Conte, Torino, 2012, 8 ss. introduce una riflessione più ampia che può tuttavia fornire una

È questo il punto in cui la scelta spagnola sugli esiti della giustizia riparativa parrebbe idonea a superare le aporie che la riforma italiana sta riscontrando nei suoi primi anni di vita. La disciplina italiana prevede, infatti, per i casi procedibili d'ufficio, la valorizzazione della giustizia riparativa come attenuante. Essa è improntata fortemente al mantenimento della garanzia di non colpevolezza della persona indicata come autore dell'offesa⁷³, per cui l'esperimento di un programma di giustizia riparativa con esito positivo non determina un riconoscimento della responsabilità o una sua accettazione sul piano processual-penalistico, potendo il processo poi proseguire con l'accertamento nel merito, dove il difensore dell'imputato potrà confutare ogni addebito. Certamente in questa, pressoché totale, autonomia dei due percorsi e delle 'verità' da essi nascenti si è voluto salvaguardare la massima libertà e autenticità del consenso dell'imputato, in linea con tutti i crismi riparativi, non limitando la possibilità di fruirne a chi non avesse alternative difensive e non sacrificando *a priori*, dunque, la possibilità della sua generale applicazione.

Nella prassi, tuttavia, tale impostazione crea non poche criticità. Innanzitutto, vi è il concreto rischio di creare un *vulnus* per la vittima, che si vede prima parte riconosciuta in un programma riparativo con esito positivo e poi disconosciuta nella fase del dibattimento, volta a dimostrare l'innocenza dell'imputato⁷⁴, dove potrebbe essere addirittura sentita come testimone. Tale impostazione, inoltre, favorisce strategie difensive non meditate che tentino la strada della giustizia riparativa pur mancandone i presupposti o comunque seriamente intenzionate a proseguire nel merito, creando un

nuova prospettiva alla scelta normativa spagnola e, altresì, temperare – forse – l'inconciliabilità apparente tra paradigma riparativa o negoziale in senso stretto. L'autore individua due modalità statuali di imprimere un ordine regolatore dei rapporti fra individui e fra individui e autorità statali: in particolare, ribadisce la distinzione fra ordine «negoziato» e ordine «imposto», il primo dei quali sembra ormai orientare la scelta di fondo del diritto spagnolo attuale molto più di quello italiano. L'ordine «negoziato» si fonda sull'assunto che gli individui siano generalmente in grado di fornirsi delle regole autonomamente e viene, di conseguenza, improntato all'informalismo; esso tende a negoziare le stesse regole, ponendole in funzione dell'oggetto da regolamentare. La contrattazione diviene metodo primario per fornirsi un ordine di diritto: su tale assunto filosofico lo stesso aggancio tra giustizia riparativa e 'contrattazione della pena' – pur nei limiti della legalità – appare più coerente, pur non elidendo tale assunto le perplessità già riportate.

73 Si v. M.L. LO GATTO, *I partecipanti ai programmi di giustizia riparativa*, in *Riforma Cartabia*, IV, cit., 116.

74 Il problema definito 'sensibile' e cruciale riguarda il riconoscimento dei fatti quale presupposto per la partecipazione ai programmi di giustizia riparativa. L'Italia, nonostante le indicazioni della Direttiva 2012/29/UE, tace sul punto, volendo preservare il principio di non colpevolezza, differenziandosi da gran parte del panorama europeo, per cui si rinvia a F. DÜNKEL - J. GRZYWA-HOLTEN - P. HORSFIELD, *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Mönchengladbach, 2015 e alla trattazione di M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, 7 febbraio 2023, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/commento-riforma-giustizia-riparativa>, 10 ss., che propone lo spostamento della valutazione del riconoscimento dei fatti quale requisito non di 'ammissibilità' ma di 'fattibilità', quindi di competenza del mediatore. Non è chiaro tuttavia come un programma considerato *fattibile* e addirittura conclusosi con esito positivo, non incida in alcun modo sul convincimento del giudice conscio di tale presupposto valutativo.

sistema appesantito e poco funzionale⁷⁵, che rischia così di non attecchire, minando la propensione all'invio ai Centri. In aggiunta, essa espone lo stesso imputato al rischio che, per quanto inutilizzabili⁷⁶, i contenuti del percorso riparativo emergano dalle dichiarazioni della vittima, influenzando il convincimento del giudice⁷⁷ e di conseguenza creando i presupposti affinché lo stesso programma riparativo venga svolto in modo 'difensivo' e meno spontaneo. Anche la valorizzazione 'blindata' della giustizia riparativa quale attenuante dimostra come il sistema sia prudente nell'enfatizzarne gli esiti⁷⁸ onde evitare di strumentalizzarla, ma al contempo concepisca un sistema complesso e gravoso, con il rischio di scarsa diffusione del suo avvio⁷⁹.

Il confronto della disciplina spagnola può allora essere un'occasione di riflessione, nel diverso terreno processuale e culturale in cui si innesta. Uno degli aspetti di maggiore interesse pare scorgersi nell'ancoraggio dell'esito riparativo alla conseguente definizione immediata del processo penale. Assetto questo che indubbiamente preserva la vittima da tutti i rischi che la successiva contestazione nel merito delle accuse comporta. D'altro canto, tale soluzione rivela la sua rigidità obbligando l'imputato all'accettazione di una pena. Venendo al contesto italiano, in effetti, si è detto che l'attuale disciplina non prevede sufficienti garanzie per la persona offesa laddove il percorso riparativo prenda piede nel dibattimento, poiché essa è esposta al rischio di vittimizzazione dopo l'esito riparativo, nel prosieguo del fisiologico *iter* processuale. Maggiormente tutelante in tale ottica è quindi il percorso della giustizia riparativa unito alla scelta dei riti alternativi, che consentono la definizione anticipata del procedimento. Si allude non necessariamente all'applicazione della pena su richiesta delle parti⁸⁰, ma anche al giudizio abbreviato cd. semplice⁸¹, che sottrae la vittima al turbamento

75 M. BOUCHARD, *Commento*, cit., 2 tratta del preoccupante dato di esiti negativi e di casi di valutazione discordante da parte del giudice inviante e il mediatore, all'incirca il 40%.

76 Sul divieto di utilizzabilità e le sue criticità si v. M. BOUCHARD - F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024, 222.

77 L. BISORI, *La giustizia riparativa dalla prospettiva dell'avvocato*, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/bisori-la-justizia-riparativa-dalla-prospettiva-dellavvocato>, 24 novembre 2023, 8 s.

78 In senso positivo, perché non comporta una distorsione della giustizia riparativa in chiave deflativa, F. PALAZZO, *'Plaidoyer'*, cit., 11 ss.

79 F. PALAZZO, *'Plaidoyer'*, cit., 12 ss.

80 In Italia avente fisionomia più garantista della *conformidad* spagnola, su cui rinvia a nt. 34.

81 Una recente sentenza (G.U.P. Trib. Milano 25 marzo 2024, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1739403733_gup-milano-justizia-riparativa-attenuante-osc.pdf) dà risalto ad un caso di buona gestione del programma riparativo nel processo penale in fase pre-decisoria: la difesa ha proposto richiesta di invio ex 129-bis c.p. in sede di udienza preliminare e contestualmente ha presentato richiesta di rito abbreviato. Il delicato caso concernente reati di pornografia minorile e corruzione di minorenne, inoltre, è stato gestito con pratiche di giustizia riparativa alternative alla mediazione diretta, ma soddisfattive e rispettose delle parti, da cui è derivato il riconoscimento dell'attenuante ex 62 n. 6 oltre alle attenuanti generiche: si v. il commento di G.L. GATTA, *Ascoltare e comprendere «la potenza di un dramma»: giustizia riparativa, reati sessuali e nuova attenuante ex art.62 n.6 c.p. in una sentenza del g.u.p. di Milano*, in <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/justizia-riparativa-reati-sessuali-e-nuova-attenuante-ex-art-62-n-6-cp-in-una-sentenza-del-gup-di-milano>, 12 febbraio 2025.

della *cross examination* sotto i riflettori del dibattimento, salvando però la possibilità che la difesa, nel contesto riservato dell'udienza camerale, possa comunque sostenere l'assoluzione, o una qualificazione differente da quella delineata nel capo di imputazione⁸². Tale soluzione potrebbe inoltre filtrare i casi in cui l'imputato è realmente motivato a intraprendere il percorso ed evitare l'appesantimento di un già sovraccarico sistema giudiziario.

Un altro aspetto di sostanziale divergenza tra le due discipline, cui qui brevemente si accenna, concerne l'ammissibilità o meno della vittima aspecifica e, in definitiva, la possibilità di intraprendere percorsi di giustizia riparativa in mancanza del consenso della vittima. Il sistema spagnolo prevede il consenso di quest'ultima quale requisito imprescindibile per la fattibilità del programma e la conclusione dell'accordo riparativo⁸³. In questo senso, l'opzione risulta maggiormente tutelante la posizione della vittima diretta⁸⁴, ma al contempo preclude l'occasione ad altre vittime e all'autore del reato di poter intraprendere il percorso riparativo in caso di suo diniego. È certamente opportuna una riflessione sul punto che conduca all'elaborazione di una disciplina organica in Spagna, affinché siano gestiti i casi di negato consenso *ab origine* della vittima. In Italia, al contrario, è prevista la possibilità di coinvolgere la 'vittima di altro reato', optando per un sistema più duttile e aperto, lasciando al giudice prima e soprattutto al mediatore poi la verifica della fattibilità del percorso, tra l'altro non imponendo l'obbligo di sentire la vittima per l'invio, ma solo ammettendone la possibilità⁸⁵. Tale scelta, invero, non è esente da problemi pratici, generando, di fronte al diniego della vittima diretta, valutazioni antitetiche da parte dei giudici circa l'ammissibilità dell'invio ed insieme un concreto rischio di vulnerare la stessa, precludendo la possibilità che maturino i tempi di un dialogo e di un percorso tra le parti effettive⁸⁶. La questione rimane aperta, anche se la soluzione pare più rinvenibile nella formazione di una

82 Tale soluzione ovvierebbe anche al rischio di dichiarazioni che contengano contenuti del percorso riparativo ed è preferibile al riconoscimento previo della responsabilità perché non danneggerebbe l'imputato in caso il programma non si concludesse con esito positivo o si interrompesse.

83 Non è invece così previsto nell'ambito minorile spagnolo, in cui viene ammessa la vittima aspecifica.

84 M. BOUCHARD, *Commento*, cit., 16 ss.

85 Sul punto, l'interpretazione di generale regola di ascolto della vittima e sulle ragioni della scelta si v. M. GIALUZ, *L'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale*, in *Riforma Cartabia*, IV, cit., 220 e come critica a questa opzione legislativa si v. M. BOUCHARD, *Commento*, cit., 10.

86 P. MAGGIO - F. PARISI, *Giustizia con vittima "surrogata" o "aspecifica": il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere*, in *Sistema Penale*, <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/maggio-parisi-giustizia-riparativa-con-vittima-surrogata-o-aspecifica-il-caso-maltesi-fontana-continua-a-far-discutere>, 19 ottobre 2023 evidenziano la disparità di trattamento dei casi in base alle antitetiche interpretazioni date dai giudici circa la possibilità di invio: in particolare, viene riportato quale esempio il raffronto tra l'ordinanza della Corte d'Assise di Busto Arsizio (Corte Ass. Busto Arsizio 19 settembre 2023 in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2023/09/maltesi-giustizia-riparativa.pdf>) e il caso Benno Neumair, per la cui ricostruzione giornalistica si v. C. CURRÒ DOSSI, *Benno Neumair chiede la giustizia riparativa. La sorella Madè e la zia: «Non così, non si è mai pentito»*, in *Corriere della sera*, 16 settembre 2023.

comune cultura *restorative* da parte degli operatori – *in primis* degli avvocati proponenti la richiesta di rinvio⁸⁷ – che in limiti o soluzioni *ex ante* previste dal legislatore⁸⁸.

Per ragioni di completezza, infine, si sottolineano altre differenze di sistema. Un aspetto eclatante che si impone all'attenzione riguarda la diversa estensione delle due discipline. In Italia la giustizia riparativa è ampiamente regolamentata in aspetti anche operativi oltretutto nei principi e nelle definizioni; al momento la Spagna ha introdotto solo una norma disciplinante l'innesto nel sistema penale, vedendo naufragare progetti di legge più estesi⁸⁹. Si è poi già accennato alla diversa scelta di limitare a monte l'applicabilità della giustizia riparativa ad alcune tipologie di reato, che la legge non fa che confermare. La disciplina italiana prevede, inoltre, delle precise deroghe al dovere di riservatezza, diversamente dalla normativa spagnola, che nulla dispone a riguardo. Un'ulteriore differenza concerne il periodo di sospensione dei procedimenti e, conseguentemente, dei termini prescrizionali. In Italia, la disposizione cardine nel raccordo tra giustizia riparativa e processo penale, l'art. 129 c.p.p., sancisce la possibilità di sospendere il processo, esclusivamente per i reati perseguibili a querela, per un periodo di centottanta giorni. Tale arco temporale, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe propiziare la chiusura del procedimento tramite la conclusione positiva del programma riparativo o, comunque, tramite la remissione della querela a seguito del raggiungimento di un accordo tra le parti⁹⁰.

La disciplina spagnola prevede i termini di sospensione del procedimento non dissimili - tre mesi prorogabili per ulteriori tre - ma, diversamente, stabilisce la sospensione del termine prescrizionale soltanto per i reati cosiddetti 'brevi', i quali sarebbero altrimenti prescrivibili decorso un anno dal compimento del fatto.

87 M. BOUCHARD – F. FIORENTIN, *La giustizia*, cit., 226.

88 Sempre P. MAGGIO - F. PARISI, *Giustizia*, cit.: riflessione sul coinvolgimento della vittima aspecifica e il rischio di «bruciare i tempi del dialogo con la vittima diretta». A tal proposito, in dottrina si profilano due diversi orientamenti, uno più attento alla vittima diretta e sostenitore dei programmi con vittima aspecifica solo in fase di esecuzione della pena, uno invece più favorevole ad una soluzione che non privatizzi la facoltà di accedere ai benefici dati dall'esperimento di un programma positivo: citati a tal proposito, M. BOUCHARD, *Commento*, cit., 16 ss.; E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso, Milano, 2023, 250 ss.

89 J. TAMARIT SUMALLA, *La articulación*, cit., 73; si v., poi, a tal proposito, la relazione sui motivi illustrativi XXVI del progetto di legge datato il 27 giugno 2011 ad opera del Ministero della giustizia e per le più recenti proposte J.L. DE LA CUESTA - I. GERMÁN, *La Justicia Restaurativa in España*, Madrid, 2022, 118 ss. in cui viene descritta l'ultima proposta di legge del codice di procedura penale. I contenuti dei lavori preparatori, peraltro, sembrano dare le stesse indicazioni processuali qui date dall'articolo in commento, di cui, infatti, nulla risulta nei lavori preparatori: plausibilmente la disposizione è stata inserita e trasposta dai lavori di riforma del codice di procedura penale mai approvati.

90 F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, Torino, 2023, 190.

5. Conclusioni.

Quanto detto non può che far emergere una certa criticità della neo introdotta disciplina spagnola, dai tratti poco organici e meditati. Si tratta di un inedito riconoscimento processuale che certamente rappresenta un punto di avanzamento della giustizia riparativa, ma che racchiude aspetti fortemente problematici, tra cui il rischio di una propensione alla negozialità poco conferente con la giustizia riparativa. Al contempo, propone una soluzione agilmente inseribile nel sistema e più tutelante per la vittima.

Tale novità offre dunque un notevole apporto comparatistico. Innanzitutto, tramite il confronto fra diversi modelli stranieri, consente un arricchimento della riflessione sui pregi e rischi dell'istituzionalizzazione della giustizia riparativa, messa in atto da molti paesi⁹¹. Essa impone una traduzione in termini penalistici di una lingua 'altra' ed al contempo un'attenzione a non tradire il portato d'innovazione e di paradigma della giustizia riparativa. Tra di essi, si evidenzia la difficoltà di raccordo del sistema in caso di esito positivo del programma riparativo, della scelta di cristallizzazione di una responsabilità accettata più che provata - il caso spagnolo - o la sua possibile rimessa in discussione, come avviene in Italia⁹². Il confronto offre spunti riguardanti le opportunità ed i rischi di scelte o visioni più pragmatiche ed efficientiste, che garantiscono maggiore diffusione del nuovo istituto forse sacrificandone la purezza dogmatica. In Spagna, tale tendenza pare esprimersi già a livello legislativo nella scelta di unire 'a doppio filo' gli esiti riparativi con il processo di *conformidad*⁹³; in Italia è invece un rischio più subdolo di declinazione pratica in senso negoziale della giustizia riparativa⁹⁴. È stato più volte rilevato dalla dottrina, infatti, come la scelta normativa di ammettere l'invio d'ufficio da parte del giudice, che si fa così promotore della pratica riparativa, espone la stessa al rischio di essere strumentalizzata, per semplificare l'accertamento della responsabilità o a fini deflattivi⁹⁵. Sarà solo una consolidata applicazione a fornire orizzonti più chiari in merito al suo funzionamento e all'avverarsi delle possibili distorsioni prospettate.

Infine, la norma spagnola consente di ripensare nuovamente al ruolo delle vittime e alla loro tutela, sia riguardo alla delicata fase di innesto di un programma riparativo

91 Sull'argomento dell'istituzionalizzazione e dell'importanza di garantire che il sistema di incriminazione tradizionale non crei distorsione del processo restaurativo si v. T. CHAPMAN, *La justicia restaurativa*, cit., 36 e I. VANFRAECHEM - I. AERTSEN - J. WILLEMENS, *Restorative justice realities. Empirical Research in a European Context*, Aja, 2010.

92 Circa il processo veritativo della giustizia riparativa e il suo svilimento in una strategia processuale opposto si v. G. MANNOZZI - R. MANCINI, *La giustizia*, cit., 163 ss.

93 A proposito del tema della verità L. MARAFIOTI, *Giustizia penale*, cit., 231.

94 Sul rischio di strumentalizzazione della giustizia riparativa in questo senso anche in Italia si v. L. BISORI, *La giustizia*, cit., 2 ss. e M. BOUCHARD, *Commento*, cit., 9.

95 L. BISORI, *La giustizia*, cit., 2 ss. espone le criticità dei casi di invio d'ufficio da parte del giudice, sostenendo la tesi già avanzata di Palazzo di sostituzione del termine 'volontarietà delle parti' con 'spontaneità' e rendendo di conseguenza il giudice fruitore e non promotore delle pratiche riparative. Critico in questo senso anche M. BOUCHARD, *Commento*, cit., 9.

nel processo penale, sia per il difficile tema dei tempi e termini di coinvolgimento della vittima aspecifica.

Come ribadisce Francesco Palazzo, vi sarà sempre uno scarto incolmabile fra i due sistemi, diritto penale e giustizia riparativa, che nessuna politica legislativa può colmare, pena piegare l'uno alle diverse finalità dell'altro⁹⁶. Rimane dunque aperto e meritevole di discussione l'ampio tema della loro armonizzazione: esso obbliga a chiedersi, da un lato, quali siano gli aspetti negoziabili della giustizia riparativa e del sistema penale tradizionale, dall'altro, che cosa invece reciprocamente li arricchisca di una visione nuova ma più autentica e, da ultimo, fino a che punto sia possibile comporne scopi, metodi, garanzie. L'analisi comparatistica risulta, allora, prezioso e imprescindibile strumento per orientare la riflessione su tali questioni.

ABSTRACT: Il presente contributo intende sviluppare un'analisi critica relativa all'innovativa disposizione contenuta nell' art. 20 n. 9 delle disposizioni di attuazione introdotte dalla recente *Ley* 1/2025, che rappresenta il primo raccordo normativo nell'ordinamento spagnolo tra la giustizia riparativa e processo penale. Essa offre numerosi spunti comparatistici, tra cui qui si evidenzia la scelta di ancorare l'esito positivo del programma riparativo ad un rito alternativo negoziale. Scopo allora di tale riflessione è rilevare i rischi e le potenzialità di tale modello ponendolo a confronto con quello italiano.

PAROLE CHIAVE: Giustizia Riparativa – Processo Penale – Negozialità – Comparazione – *Ley* 1/2025.

96 Sulla difficile ma necessaria complementarietà F. PALAZZO, *'Plaidoyer'*, cit., 6 ss. Come già riporta M. BOUCHARD, *Commento*, cit., 4 nel suo contributo, paiono un monito le parole di Howard Zehr, padre riconosciuto della giustizia riparativa: «il sistema di giustizia penale sembra essere così impregnato di interesse proprio, così adattativo, che accoglie ogni nuova idea, la modella e la modifica finché non si adatta agli scopi del sistema» in H. ZEHR, *Retributive Justice, Restorative Justice*, in *New Perspective on Crime and Justice. Occasional Paper of the MCC Canada Victim Offender Ministries Program and the MCC U.S. Office of Criminal Justice*, 1985, IV, 3. Non si vuole, con tale rimando, disconoscere l'ampio dibattito internazionale cui lo stesso H. Zehr prenderà parte attivamente, (si vedano, a proposito, le considerazioni site nella sua opera magna, H. ZEHR, *Changing Lenses: A new focus for crime and justice*, Scottsdale, 1990), avente ad oggetto la conciliabilità o meno del paradigma riparativo e penale. Invero, è ormai il dato positivo a consentire *de facto* una presa di posizione di molti ordinamenti in senso affermativo, pur con le ineliminabili differenze che ancora permangono ed emergono nella convivenza tra i due ordini di giustizia.

Vincenzo Romolo

IL PRINCIPIO DEL ‘GIUSTO PROCEDIMENTO’ DI PIANIFICAZIONE URBANISTICA
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE:
DAL PIANO CASA ALLA RISERVA DI PROCEDIMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione: la funzione pianificatoria alla luce della trasformazione del concetto giuridico di urbanistica. – 2. La riserva di amministrazione: questione definitiva e tappe del dibattito scientifico e giurisprudenziale. – 3. Corte costituzionale e riserva di procedimento. – 4. Giusto procedimento di pianificazione e autonomia comunale in materia urbanistica nella giurisprudenza costituzionale. – 5. Conclusioni: in quale direzione sta andando il legislatore? Alcuni spunti ricostruttivi a partire dal paradigma del giusto procedimento di pianificazione prospettato dalla Corte costituzionale

1. *Introduzione: la funzione pianificatoria alla luce della trasformazione del concetto giuridico di urbanistica.*

Il concetto giuridico di urbanistica, negli ultimi anni, ha mutato radicalmente fisionomia¹. Tradizionalmente, esso veniva a coincidere con «l’assetto e l’incremento edilizio dei centri abitati e lo sviluppo urbanistico in genere nel territorio della Repubblica», secondo quanto affermato emblematicamente dall’art. 1 della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. legge urbanistica fondamentale). Oggi, invece, nessuno dubita del fatto che l’urbanistica e il correlativo potere di piano – lo ha affermato a più riprese la giurisprudenza del Consiglio di Stato², a partire dalla celebre sentenza relativa al piano regolatore di Cortina – vada intesa non più «solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà», bensì quale «intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo», che tenga conto anche di valori costituzionali radicati nel territorio³.

Peraltro, l’avvento della transizione ecologica, rendendo prioritario l’imperativo del contrasto al consumo di suolo – che rappresenta l’antitesi del concetto di «incremento edilizio dei centri abitati» di cui alla legge urbanistica del 1942 –, ha avuto un impatto di non poco momento nella ridefinizione dell’agenda delle politiche di governo del

1 Per un quadro complessivo aggiornato della materia cfr. A. BARTOLINI, voce *Urbanistica*, in *Enc. dir., I tematici, III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1260 ss.

2 Nello stesso senso cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, III, 29 marzo 2024, n. 2955; Consiglio di Stato, V, 16 aprile 2024, n. 3448; Consiglio di Stato, IV, 14 settembre 2023, n. 8325; Consiglio di Stato, IV, 22 febbraio 2017, n. 821; Consiglio di Stato, IV, 5 settembre 2016, n. 3806; Consiglio di Stato, IV, 5 maggio 2016, n. 2221, in www.giustizia-amministrativa.it

3 Consiglio di Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, in www.giustizia-amministrativa.it.

territorio⁴. Il riconoscimento della complessità della risorsa territoriale⁵, percepita finalmente in tutte le sue distinte componenti (il suolo, i paesaggi c.d. feriali e i tessuti urbani), si riflette, così, nella nuova configurazione delle funzioni, dei principi e degli strumenti dell'urbanistica della contemporaneità⁶.

All'interno di tale contesto, reso ancor più delicato dal fatto che nella fase attuale si impone come prioritario il tema della rigenerazione delle città, diviene, dunque, sempre più avvertita l'esigenza di scelte condivise⁷ e di una strategia pubblica, che non può prescindere dal confronto con la pluralità degli interessi pubblici e privati che gravano sul territorio. Assume, dunque, rinnovata centralità la questione della forma-piano, per troppo tempo «stretto come un vaso di coccio tra vasi di ferro»⁸ e oggi chiamato ad esprimere scelte frutto di una regia pubblica forte, in grado di governare i processi di trasformazione territoriale, troppo spesso preda di interessi speculativi privati⁹.

Volgendo lo sguardo all'analisi del quadro giurisprudenziale, emerge chiaramente come la consapevolezza della complessità di cui la funzione pianificatoria è chiamata a farsi carico nell'attuale stagione transizionale costituisca il postulato di fondo anche di quelle pronunce con cui la Consulta, negli ultimi anni, ha riportato l'attenzione, per un verso, sull'autonomia comunale e sulla *ratio* della funzione di pianificazione urbanistica e, per altro verso, sulla sede procedimentale amministrativa *tout court*, di cui sono state valorizzate le «virtù costituzionali»¹⁰.

4 Il tutto, com'è noto, in assenza di un intervento organico di riforma da parte del legislatore statale, idoneo a delineare una volta per tutte la cornice dei principi fondamentali della materia, oggetto di potestà normativa concorrente tra Stato e Regioni. Si segnalano, tuttavia, due recenti proposte di legge. La prima redatta da un gruppo di lavoro presieduto dal Consigliere di Stato Raffaele Greco e dal professor Paolo Urbani: il testo della Proposta, unitamente alla Relazione illustrativa, è reperibile in www.pausania.it. Cfr. anche la Proposta di articolato per una Legge di principi fondamentali e norme generali per il Governo del territorio e la pianificazione, presentata dall'INU all'*Urbanpromo Firenze 2023* e pubblicata in *Urbanistica Informazioni*, 311, 2023, 163.

5 Cfr. Corte cost. 23 maggio 2019, n. 179, in www.cortecostituzionale.it, per l'affermazione secondo cui il territorio va considerato «non più solo come uno spazio topografico suscettibile di occupazione edificatoria ma rivalutato come una risorsa complessa che incarna molteplici vocazioni».

6 Sul punto diffusamente E. BOSCOLO, *Oggetti, funzioni e figure per l'urbanistica contemporanea*, in *Riv. giur. urb.*, I, 2023, 12 ss.; ID., *Ambiente nell'urbano e nell'extraurbano. Tecniche urbanistiche di tutela degli ecosistemi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, I, 2024, 157 ss.; ID., *Un catalogo di principi (operanti) per l'urbanistica contemporanea*, in *Riv. giur. ed.*, II, 2024, 85 ss.

7 Per un quadro aggiornato in tema di partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale cfr. C.P. SANTACROCE, *Territorio e comunità nella teoria giuridica della partecipazione*, Torino, 2023; in termini generali circa il principio di partecipazione democratica cfr. U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, 295 ss.

8 P. MARZARO, *Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica?*, in *Riv. giur. urb.*, IV, 2022, 752.

9 P. URBANI, *Lo stato dell'urbanistica. Viaggio nella disciplina e nella società*, Torino, 2024, 11, parla in proposito di «amministrazioni locali 'contraenti deboli'». Cfr. anche M. DE DONNO, *Dove sta andando l'Urbanistica? Recensione a Paolo Urbani. Lo stato dell'urbanistica. Viaggio nella disciplina e nella società. Giappichelli*, 2024, in *Ist. Federalismo*, III, 2024, 805 ss.

10 F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, IV, 2018, 763.

La rinnovata centralità della sede pianificatoria costituisce l'esito, invero, di orientamenti differenti della giurisprudenza costituzionale, ma convergenti nell'offrire «i semi del riconoscimento di una rivitalizzazione dell'autonomia comunale in materia di pianificazione»¹¹.

Vengono in rilievo, in tal senso, anzitutto, le pronunce con cui sono state dichiarate costituzionalmente illegittime alcune normative regionali, ritenute lesive delle prerogative comunali in materia urbanistica, in quanto idonee a «privare i Consigli comunali di uno spazio effettivo di decisione»¹². Meritevole di approfondimento è anche quella giurisprudenza, legata alla stagione del c.d. 'piano casa', che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali con cui veniva disposta la proroga di un regime di deroga agli strumenti pianificatori, ha richiamato le Regioni al rispetto del principio di pianificazione, garanzia dell'imprescindibile visione di sintesi necessaria, «pena la destrutturazione dell'ordinato assetto del territorio»¹³. Infine, giova porre mente a un ulteriore indirizzo, attraverso il quale la Corte costituzionale sembra approntare una «riserva di procedimento e della relativa istruttoria»¹⁴ attorno ai procedimenti pianificatori, in quanto unica sede di effettivo bilanciamento in concreto della pluralità di interessi pubblici e privati a incidenza territoriale.

L'orientamento da ultimo richiamato, riguardando non già in maniera precipua l'urbanistica, ma, più in generale, i procedimenti pianificatori a incidenza territoriale, è rivelatore di più complesse dinamiche evolutive dell'ordinamento, il cui approfondimento esula, tuttavia, dal perimetro della presente analisi¹⁵. Nondimeno, l'esame della giurisprudenza costituzionale in tema di riserva di procedimento amministrativo impone un inquadramento preliminare della *vexata quaestio* dell'ammissibilità, all'interno dell'ordinamento, della c.d. riserva di amministrazione, pur in assenza di un'espressa previsione costituzionale in tal senso.

11 P. MARZARO, *La funzione di pianificazione urbanistica tra garanzia dell'autonomia comunale e riserva di procedimento*, in *Riv. giur. urb.*, II, 2024, 247.

12 Così Corte cost., 23 aprile 2025, n. 51, in www.cortecostituzionale.it

13 Corte cost., 10 febbraio 2023, n. 17, in www.cortecostituzionale.it.

14 Così Corte cost., 13 maggio 2022, n. 121

15 Per un quadro ricostruttivo delle questioni sottese alla riserva di procedimento e, in particolare, al rapporto di quest'ultima con il tema della semplificazione cfr. P. MARZARO, *Semplificazione del procedimento o fine del procedimento?*, in *Riv. giur. urb.*, III, 2025, 406 ss.; EAD, *Il silenzio assenso e l'infinito della semplificazione. La scomposizione dell'ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati*, in *Riv. giur. urb.*, III, 2022, 558 ss.

2. La riserva di amministrazione: questione definitoria e tappe del dibattito scientifico e giurisprudenziale.

È affermazione ricorrente che la riserva di amministrazione non trovi cittadinanza all'interno del nostro ordinamento. L'insegnamento della dottrina classica¹⁶ e la giurisprudenza, invero granitica, della Corte costituzionale ne offrono chiara riprova¹⁷.

Nondimeno, il tema ha costituito l'oggetto di numerosi studi e continua a suscitare l'interesse della comunità scientifica¹⁸, specie recentemente, a seguito dell'adozione da parte della Corte costituzionale di una serie di pronunce che hanno affrontato la

16 Almeno a partire da S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio di Diritto Pubblico*, 1902, 1, ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, II, Milano, 1990, si ritiene che l'attività amministrativa «in gran parte può compiersi in forma di legge». Cfr. anche F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, III, Milano, 1907, 92, per il rilievo secondo cui le leggi possano concernere «un solo caso particolare, per il raggiungimento diretto dei fini dello Stato e per la tutela dei suoi interessi».

17 Quantomeno a far data dalla celebre pronuncia della Corte cost., n. 13 del 1962, in *Giur. cost.*, 1962, 138 ss. Da ultimo, come si vedrà *infra* al par. 3, la Corte costituzionale, con la sentenza 23 giugno 2020, n. 116, in www.cortecostituzionale.it, ha di recente ribadito, in maniera contraddittoria rispetto alle argomentazioni poste a fondamento della pronuncia medesima, che la valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa si pone «quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della 'riserva di amministrazione' nel nostro ordinamento».

18 Rimangono fondamentali i contributi di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.; G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992; D. VAIANO, *La riserva di procedimento amministrativo*, Milano, 1996; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 673 ss.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2011.

Tra i contributi più recenti si segnalano, *ex multis*, A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: 'le ragioni costituzionali del giusto procedimento di pianificazione'*, in *Le Regioni*, IV, 2018, 744 ss.; F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, IV, 2018, 763 ss.; F. GORGERINO, *Problemi attuali della 'riserva di amministrazione': il caso delle leggi-provvedimento regionali in materia ambientale*, in *Riv. Giur. Ed.*, VI, 2019, 595 ss.; D. DE PRETIS, *Uno spazio costituzionale per l'amministrazione*, in *Costituzione e pubblica amministrazione*, a cura di G. Cerrina Feroni, Bologna, 2020, 49 ss.; A. MITROTTI, *'Riserva di Amministrazione' versus 'Amministrazione per Legge'. Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos*, III, 2020, 5 ss.; F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. cost. n. 116 del 2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3; C. CHIARIELLO, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2021, 6, 2959 ss.; M.P. CHITI, *La burocrazia tra nomorrea e anomia*, in *Giorn. dir. amm.*, III, 2021, 326 ss.; A. CERRI, *Legge e pretesa riserva di amministrazione: spunti critici e ricostruttivi*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 383 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione*, Torino, 2022, 45 ss.; M.P. CHITI, *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza costituzionale del giudice Coraggio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, II-III, 2022, 196 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2022, 123 ss.; G. GARGANO, *La riserva di procedimento amministrativo*, Napoli, 2023; P. MARZARO, *Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica?*, in *Riv. giur. urb.*, IV, 2022, 734 ss.; F.G. SCOCA, *La riserva di amministrazione come problema*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 395 ss.; A. SAU, *L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*, in *Giorn. dir. amm.*, I, 2023, 71 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il Parlamento Amministratore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2023, 121 ss.

questione con accenti inediti, suggerendo così nuove riflessioni su un tema che non pare aver trovato una sistemazione teorica definitiva.

Della questione sono state, invero, offerte ricostruzioni alquanto eterogenee¹⁹.

Storicamente, il tema è stato, dapprima, affrontato con riferimento ai regolamenti del potere esecutivo. In quest'ottica, la riserva di amministrazione è stata intesa come espressione di un principio di 'riserva di regolamento' in favore dell'esecutivo per quanto attiene alla funzione di organizzazione della pubblica amministrazione, venendosi così a risolvere in una riserva di competenza normativa del governo nei riguardi della legge formale²⁰.

Da una diversa prospettiva, il problema è stato inquadrato nei termini di una 'riserva di concreto provvedimento amministrativo'. Tale tesi, già esposta da Vezio Crisafulli²¹ in occasione del dibattito relativo alla legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento di esproprio adottate nell'ambito della riforma agraria e fondiaria degli anni '50²², trae fondamento dal principio costituzionale della necessaria sindacabilità giurisdizionale degli atti amministrativi lesivi delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, secondo quanto previsto dagli artt. 24 e 113 Cost. Facendo leva su tale principio, è stato affermato che al legislatore sarebbe preclusa la possibilità di adottare atti

19 Cfr. D. VALIANO, *La riserva*, cit., 13 ss.

20 È la tesi avanzata da M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; cfr. anche E. CHELLI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1968. Più in generale sul rapporto tra legislativo ed esecutivo nell'esercizio della funzione normativa si v. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.

21 Cfr. V. CRISAFULLI, *Principio*, cit., 130 ss.; ID., voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 238 ss.

22 Il riferimento è alla *querelle* dottrinale e giurisprudenziale, dipanatasi negli anni '50 del secolo scorso, in merito all'ammissibilità delle leggi a contenuto provvedimentale. La vicenda trae origine dal problema della sindacabilità di alcuni decreti legislativi delegati di esproprio, adottati dal governo in attuazione della riforma fondiaria e agraria prevista dall'art. 44 Cost. È bene precisare che tali decreti furono emanati in un momento in cui non era ancora stata istituita la Corte costituzionale: la questione era, dunque, legata all'individuazione del giudice davanti al quale fare valere le posizioni giuridiche soggettive incise dalle leggi-provvedimento. Sul punto prese posizione la migliore dottrina dell'epoca. Si trattava, infatti, di questioni soltanto all'apparenza procedurali, concernenti, in realtà, problemi gravidi di implicazioni quanto alla tenuta del nuovo assetto democratico. Non è un caso, allora, che E. GUICCIARDI, *Ha vinto il diritto!*, in *Giur. it.*, III, 1952, 65 ss., ebbe ad esprimersi in proposito con accenti tanto enfatici: «la questione, pur se non tutti se ne rendevano conto, involgeva un interesse supremo, di valore inestimabile, che non era l'interesse delle parti...ma l'interesse del cittadino, di ciascun cittadino italiano. Questa era infatti la vera portata del giudizio: decidere se la tutela dei suoi diritti ed interessi debba essergli in ogni caso ed effettivamente assicurata, com'è nello spirito dell'art. 113 Cost, o se invece il potere legislativo, incollando sui provvedimenti amministrativi un'etichetta con la scritta 'forza di legge', possa impedire ogni volta che lo voglia quella tutela. Era cioè in discussione il fondamento stesso dello Stato di diritto».

Valga notare, peraltro, come, in un primo momento, il Consiglio di Stato, dichiarò ammissibile il ricorso avverso una legge-provvedimento, in quanto avente contenuto sostanzialmente amministrativo. Sul medesimo ordine di questioni ebbe a pronunciarsi, pochi anni dopo, la neoistituita Corte costituzionale, giungendo, tuttavia, a conclusioni di segno antitetico, facendo applicazione un criterio formalistico di qualificazione degli atti normativi, così ponendo una pietra tombale sulla questione, nel senso dell'ammissibilità delle leggi-provvedimento e della loro sindacabilità da parte del giudice delle leggi.

legislativi a contenuto puntuale e concreto, in quanto potenzialmente lesivi dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei cittadini, ossia di posizioni giuridiche soggettive a tutela delle quali la Carta fondamentale ha predisposto appositi rimedi, ivi compresa la possibilità di invocare la tutela giurisdizionale.

Dal principio di separazione dei poteri si trarrebbe, poi, l'ulteriore corollario per cui soltanto gli organi amministrativi sarebbero legittimati ad adottare atti a contenuto provvedimentale, in quanto nell'ambito delle attività pubbliche sussisterebbe una distinzione tra il previo 'disporre' in astratto e il susseguente 'provvedere' mediante atti puntuali e concreti, competenza, quest'ultima, di esclusivo appannaggio degli apparati amministrativi²³.

Entro tale indirizzo interpretativo si iscrive un'opinione, non del tutto sovrapponibile a quella testé menzionata, in quanto arricchita da un ulteriore profilo, dato dal rilievo conferito ai principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Tale orientamento, ponendo l'accento sull'indefettibile ruolo di garanzia cui assolve il procedimento amministrativo, individua in quest'ultimo il mezzo per invertere il modello di amministrazione democratica approntato dai costituenti, in quanto sede entro cui effettuare la comparazione e ponderazione degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie concreta, nel rispetto delle esigenze partecipative dei privati. In questo senso si parla di 'riserva di procedimento amministrativo'²⁴.

Il quadro ricostruttivo non sarebbe completo, infine, se non si ponesse mente al fatto che, a livello teorico, il problema della riserva di amministrazione si pone anche nei riguardi del potere giurisdizionale²⁵, segnatamente con riferimento all'esistenza di una sfera riservata al merito amministrativo, in quanto tale sottratta al generale sindacato di legittimità del giudice amministrativo²⁶. L'eterogeneità delle questioni accennate suggerisce, tuttavia, una delimitazione della trattazione ai soli profili inerenti alla riserva di amministrazione nei termini in cui è stata affrontata dalle recenti pronunce della Consulta, ovvero *sub specie* di riserva di procedimento amministrativo.

23 In questi termini V. CRISAFULLI, *Principio*, cit., 130 ss.

24 G. GARGANO, *La riserva*, cit., 130 ss.

25 Su tali profili si rimanda ai pregnanti rilievi espressi da F.G. SCOCA, *La riserva*, cit., 396 ss. Sul punto cfr. anche P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2018, 94 ss.; A. MOLTIERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2023, 393 ss.

26 Più in generale sul merito amministrativo cfr. G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 130 ss.; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.

3. Corte costituzionale e riserva di procedimento.

Il tema della riserva di amministrazione è, dunque, tornato recentemente al centro del dibattito scientifico, complice l'affermazione di un nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale, inaugurato nel 2018 e consolidatosi negli anni successivi con diverse pronunce di segno conforme.

Tutte le fattispecie da cui la Corte ha preso le mosse sono caratterizzate da un elevato livello di complessità (impianti energetici, rifiuti, sistema sanitario, impianti fotovoltaici ed eolici di grande dimensione). Si tratta, cioè, di fattispecie ad alto tasso di discrezionalità, in quanto coinvolgenti una pluralità di interessi pubblici, di poteri, di procedimenti e di amministrazioni, «da convogliare e raccordare in processi decisionali complessi unificati dal perseguimento di risultati unitari»²⁷.

La prima pronuncia a venire in rilievo è senz'altro la n. 66 del 2018²⁸, con cui è stata dichiarata costituzionalmente illegittima una legge della Regione Veneto con cui veniva attratta al livello legislativo la disciplina delle attività di cava, ordinariamente affidata a uno strumento pianificatorio amministrativo, il Piano regionale dell'attività di cava (Prac). Ragionando in un'ottica di riparto di competenze, la Corte censura il fatto che «[l]a Regione è intervenuta con legge laddove avrebbe dovuto operare con atti di pianificazione, da adottarsi a seguito di un'adeguata istruttoria e di un giusto procedimento, aperto al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati e preordinato alla valutazione e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (statali, locali, private)», all'esito del quale «l'amministrazione realizza la ponderazione degli interessi emersi nella sequenza procedimentale, in vista del perseguimento del primario interesse pubblico, in coerenza con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, secondo comma, Cost.». Ulteriormente argomentando sul punto, la Corte evidenzia come, diversamente dal provvedimento autorizzatorio, avente «portata specifica, valevole per il singolo intervento localmente situato e di portata necessariamente circoscritta [...] solo l'attività di pianificazione è in condizione di assicurare [...] l'equilibrio generale del territorio»²⁹.

Considerazioni del medesimo tenore sorreggono l'impianto motivato della successiva sentenza, n. 28 del 2019³⁰, con cui la Corte è pervenuta a dichiarare l'illegittimità di una legge della Regione Abruzzo con cui veniva approvato il Piano Regionale di Gestione

27 Cfr. D. D'ORSOGNA, *Spunti sulla riserva di operazione amministrativa*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, II, 2024, 3, il quale afferma che la Corte «Ricorre pertanto a una sineddoche laddove si riferisce alla parte (il procedimento) per indicare il tutto (l'operazione). Nelle fattispecie indicate l'operazione è unitaria, ma i procedimenti necessari per compierla sono eterogenei e rientrano nella competenza di enti e organi diversi. Ad assumere rilievo giuridico è l'insieme di tutte le attività (anche se collocate topograficamente in procedimenti distinti) necessarie a risolvere un problema amministrativo unitario e conseguire un unico risultato e la loro connessione sistemica».

28 Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, in www.cortecostituzionale.it.

29 Punto 7.4 del *Considerato in diritto*.

30 Corte cost., 28 febbraio 2019, n. 28, in www.cortecostituzionale.it.

integrata dei rifiuti. Chiarito in apertura che nelle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, quale la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, il legislatore statale ha titolo per imporre alle Regioni di provvedere nella forma dell'atto amministrativo, anziché in quella della legge, le considerazioni della Corte si appuntano sui pregi dei procedimenti di pianificazione. Attraverso di essi, infatti, «è possibile assicurare le garanzie procedurali per un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco, da soddisfare anche attraverso l'acquisizione di pareri tecnici», sicché, «non sarebbe consentito al legislatore regionale sostituirsi all'amministrazione della Regione nel compimento di un'attività che la legge statale riserverebbe alla sfera amministrativa»³¹.

In termini ancora più chiari, la sentenza n. 69 del 2018³² aveva già enunciato il «principio di necessaria ponderazione delle scelte nell'appropriata sede procedimentale amministrativa»³³, specificando come è «nella sede procedimentale che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibile l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241»³⁴. In tal senso, si legge ancora in motivazione, è mediante il procedimento amministrativo che «viene garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta [...], ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost. In definitiva viene in tal modo garantito il rispetto del principio di legalità – anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost. – in senso non solo formale, come attribuzione normativa del potere, ma anche sostanziale, come esercizio del potere in modo coerente con la fonte normativa di attribuzione»³⁵.

Si tratta di una pronuncia che si inserisce, invero, nel quadro di una giurisprudenza consolidata nel riconoscere la sussistenza di una riserva di procedimento amministrativo in materia di energie rinnovabili, facendo perno sul principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili stabilito dallo Stato nella materia di potestà legislativa concorrente 'produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia' di cui all'art. 117, comma 3, Cost. La Corte ne ricava la regola per cui nell'individuazione dei siti non idonei all'installazione dei suddetti impianti, «[il] margine di intervento riconosciuto al legislatore regionale non permette invece che le Regioni prescrivano limiti generali, specie nella forma di distanze minime», essendo,

31 Punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

32 Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69, in www.cortecostituzionale.it.

33 Punto 9.3 del *Considerato in diritto*.

34 Punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

35 *Ivi*.

per converso, possibile che tale principio trovi eccezione in presenza di esigenze di tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti, purché ciò avvenga nella sede procedimentale, previa apposita «istruttoria e valutazione in concreto dei luoghi», funzionali alla «necessità di procedere a una valutazione caso per caso», a garanzia del corretto bilanciamento degli interessi coinvolti³⁶.

Tali principi, enucleati nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi regionali sopra esaminate, facendo applicazione del parametro di riparto delle competenze fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost., sono stati ribaditi, per la prima volta con riferimento a un caso avente ad oggetto il sindacato di costituzionalità di una legge statale, con la sentenza n. 116 del 2020³⁷. Nella lettura prospettata dalla Corte, la proceduralizzazione dell'azione amministrativa si pone, infatti, «quale limite intrinseco alla scelta legislativa», anche statale, sebbene poi, all'interno della medesima pronuncia, il giudice costituzionale si premuri di sottolineare, in maniera alquanto contraddittoria, come ciò non implichi affatto una messa «in discussione [del] tema della riserva di amministrazione nel nostro ordinamento»³⁸.

Nel merito, con la pronuncia in esame, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una norma statale che aveva approvato i contenuti di un programma di interventi economici straordinari in favore del servizio sanitario della Regione Molise. Prendendo le mosse dal «ruolo svolto dal procedimento amministrativo nell'amministrazione partecipativa disegnata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241» come «luogo elettivo di composizione degli interessi»³⁹, la Consulta afferma che «l'insistente valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale»⁴⁰. Valorizzando il rispetto delle regole procedurali, il giudice delle leggi giunge ad affermare che ove venga in rilievo una «materia *naturaliter* amministrativa»⁴¹, ossia una materia che «per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo» ciò ridonda non soltanto nel successivo sindacato di costituzionalità, che di tale circostanza deve tenere conto «nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa»⁴², ma anche nella eventuale fase successiva del «contenzioso altrettanto specifico, centrato sul rispetto delle regole proprie del procedimento amministrativo e sulle relative mancanze [...] naturale oggetto del vaglio del giudice amministrativo»,

36 Cfr. Corte cost., 13 maggio 2022, n. 121 e Corte cost., 21 ottobre 2022, n. 216, in www.cortecostituzionale.it.

37 Corte cost. 23 giugno 2020, n. 116, in www.cortecostituzionale.it.

38 Punto 7 del *Considerato in diritto*.

39 Punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

40 Punto 7 del *Considerato in diritto*.

41 Punto 9 del *Considerato in diritto*.

42 Punto 7 del *Considerato in diritto*.

sul presupposto che «il controllo in questione sia volto non solo a sanzionare con l'annullamento l'attività amministrativa illegittima, ma anche a conformare l'attività stessa così da renderla pienamente rispettosa dei principi di efficienza, imparzialità e trasparenza costituzionalizzati dall'art. 97 Cost.»⁴³.

In definitiva, il giudice costituzionale pretende che non sia pretermessa la 'procedura amministrativa' ogniqualvolta una legge statale lo richieda, vuoi perché espressione di principi fondamentali nell'ambito delle materie di competenza concorrente, vuoi perché espressione di un principio dettato dal legislatore statale nell'ambito di materie c.d. trasversali, per loro natura in grado di condizionare la potestà legislativa regionale nei più svariati ambiti in cui interferisca con esse. Il principio del giusto procedimento amministrativo sembrerebbe, dunque, rimanere relegato – come è stato sostenuto a partire dalla sentenza n. 13 del 1962⁴⁴ – nell'alveo di quei principi generali dell'ordinamento in grado di vincolare, al più, il legislatore regionale, non anche quello statale. Senonché tale assunto risulta sconfessato, per un verso, dalla pronuncia n. 116/2020, con cui per la prima volta la Consulta ha dichiarato incostituzionale una legge statale, in quanto irragionevole, in base all'art. 3 Cost., poiché lesiva di una riserva procedimentale; per altro verso, dalle argomentazioni di fondo che sorreggono l'impianto motivale delle pronunce con cui la Corte è pervenuta alla caducazione delle leggi-provvedimento regionali nelle fattispecie esaminate. Se è vero, infatti, che la Corte ragiona nell'ottica del riparto di competenze fra Stato e Regioni, giusta il modello approntato dall'art. 117, Cost., nondimeno – come ha di recente evidenziato il Presidente emerito della Corte costituzionale, Giuliano Amato –, «la spiegazione che poi la stessa Corte dà delle ragioni sottostanti al principio, e quindi della necessità del suo rispetto, è esattamente quella con cui potrebbe essere motivata, se così si decidesse, la riserva di amministrazione»⁴⁵.

4. *Giusto procedimento di pianificazione e autonomia comunale in materia urbanistica nella giurisprudenza costituzionale.*

Il costante richiamo alle virtù costituzionali del procedimento amministrativo e, segnatamente, dei procedimenti pianificatori, induce a considerare altri due orientamenti della Corte costituzionale, che, sotto diversi profili, sembrano porsi in continuità con quello da ultimo esaminato, risultando convergenti nell'offrire «i semi del riconoscimento di una rivitalizzazione dell'autonomia comunale in materia di pianificazione»⁴⁶.

In tal senso, vengono in rilievo, anzitutto, alcune pronunce con cui sono state dichiarate costituzionalmente illegittime alcune normative regionali ritenute lesive delle

43 Punto 12 del *Considerato in diritto*.

44 Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.

45 G. AMATO, *Conclusioni*, cit., 209.

46 P. MARZARO, *La funzione*, cit., 247.

prerogative comunali in materia urbanistica, in quanto idonee a privare gli organi comunali di uno spazio effettivo di decisione.

Occorre prendere le mosse dall'ormai storica sentenza n. 179 del 2019⁴⁷, che ha dichiarato incostituzionale una legge della Regione Lombardia in tema di consumo di suolo che poneva un sostanziale divieto di variante ai piani comunali vigenti non solo *in peius*, ma anche *in melius* rispetto alla finalità di contenimento del consumo di suolo perseguita dalla normativa stessa, in attesa che fosse completata la fase transitoria prevista per l'integrazione e l'adeguamento dei piani.

In quella sede, la Consulta ha avuto modo di chiarire che benché il sistema della pianificazione non possa assurgere a «principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale di prevedere interventi in deroga alla pianificazione», nondimeno «il potere dei comuni di autodeterminarsi in ordine all'assetto del proprio territorio non costituisce elargizione che le regioni, attributarie di competenza in materia urbanistica, siano libere di compiere (sent. n. 378 del 2000)» e che la suddetta competenza regionale «non può mai essere esercitata in modo che ne risulti vanificata l'autonomia dei comuni»⁴⁸. Sulla scorta di tali premesse, viene svolto un giudizio di proporzionalità, che conduce a una declaratoria di illegittimità per la rilevata sproporzione in concreto della norma censurata, in quanto «all'interno della complessiva funzione di pianificazione urbanistica comunale, ne ritaglia uno specifico contenuto, quello della *potestas variandi* e la sottrae ai Comuni, ritenendoli inidonei a svolgerla in nome di una esigenza di esercizio unitario rispondente a non ben definiti interessi generali»⁴⁹.

Successivamente la Corte, con la sentenza n. 198 del 2019⁵⁰, ha precisato che limitazioni all'autonomia comunale in materia urbanistica sono ammissibili a «condizione di non annullarli o comprimerli radicalmente, garantendo adeguate forme di partecipazione dei Comuni interessati ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia»⁵¹.

Con la sentenza n. 202 del 2021⁵², avente ad oggetto lo scrutinio di una legge lombarda in materia di rigenerazione urbana, il giudice delle leggi ha, invece, sottolineato che l'autonomia comunale «non implica una riserva intangibile di funzioni», dal momento che è consentito al legislatore «modulare gli spazi dell'autonomia municipale», ma soltanto a fronte di «esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali»⁵³.

Da ultimo, la sentenza n. 51 del 2025⁵⁴, tornando a occuparsi dell'autonomia comunale, sembra ben compendiare i termini della questione, sottesa alle pronunce

47 Corte cost. 23 maggio 2019, n. 179, in www.cortecostituzionale.it.

48 Le citazioni sono tratte rispettivamente dai Punti 12.4 e 12.5 del *Considerato in diritto*.

49 Punto 12.6 del *Considerato in diritto*.

50 Corte cost., 31 luglio 2019, n. 189 in www.cortecostituzionale.it.

51 Punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

52 Corte cost., 3 novembre 2021, n. 202 in www.cortecostituzionale.it.

53 Punto 10.3 del *Considerato in diritto*.

54 Corte cost., 23 aprile 2025, n. 51, in www.cortecostituzionale.it.

esaminate, dello «spazio vitale da riconoscere al potere di pianificazione urbanistica comunale»⁵⁵.

A essere censurata è la legge della Regione Lazio n. 7 del 2017, che, nelle more dell'adozione delle delibere di adeguamento dei piani urbanistici, ha consentito interventi di ristrutturazione con mutamento di destinazione d'uso senza necessità di ricorrere al permesso di costruire in deroga e, quindi, in assenza di una verifica in sede consiliare in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico che giustifichi scelte diverse da quelle previste dal piano.

La Corte, ripercorrendo il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, sottolinea come «fin dalla legge 25 giugno 1865, n. 2359 [...] la funzione di pianificazione urbanistica è stata tradizionalmente rimessa all'autonomia dei comuni», scelta di fondo che risulta confermata «dalla successiva evoluzione dell'ordinamento regionale», in cui anzi «il legislatore statale ha qualificato come funzioni fondamentali dei comuni» la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale con l'art. 14, comma 27, lettera d, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, così «sottraendo allo specifico potere regionale di allocazione ai sensi dell'art. 118, secondo comma, Cost. la funzione di pianificazione comunale»⁵⁶.

Richiamando la propria precedente giurisprudenza, la Corte rammenta, dunque, che la «funzione di pianificazione comunale rientra in quel nucleo di funzioni amministrative intimamente connesse al riconoscimento del principio dell'autonomia dei comuni e non può essere oltre misura compressa dal legislatore regionale, fino al punto da negarla»⁵⁷, pur precisando che l'autonomia comunale «non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale in ragione della protezione di concorrenti interessi generali, collegati a una valutazione più ampia delle esigenze diffuse nel territorio»⁵⁸. A tali limitazioni dell'autonomia comunale può, dunque, farsi luogo solo in ragione della tutela di interessi generali che richiedano di essere curati a un livello territoriale più ampio, ragioni che nel caso di specie non sono riscontrabili. Attuando un giudizio di proporzionalità, infatti, il giudice delle leggi rileva come «le misure di semplificazione derogatoria previste dalla disposizione censurata incidono in modo sproporzionato e pertanto illegittimo sulla funzione fondamentale dei comuni in materia di pianificazione urbanistica»⁵⁹, in quanto incoerenti con le finalità generali proprie della legge medesima «di accelerare il processo di attuazione a livello municipale delle finalità di rigenerazione del tessuto urbano, stimolando le amministrazioni comunali a modificare tempestivamente i loro strumenti urbanistici per adeguarli alle disposizioni

55 P. MARZARO, *La funzione*, cit., 252.

56 Punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

57 *Ivi*.

58 Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

59 Punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

impartite dal legislatore regionale»⁶⁰. Tuttavia, durante il periodo transitorio, «l'evidenziata sottrazione di determinanti interventi di trasformazione edilizia alla valutazione del Consiglio comunale comporta il rischio di un aumento incontrollato del carico urbanistico e degli insediamenti abitativi»⁶¹.

In definitiva, «ancorché in via temporanea, la disposizione in esame priva i Consigli comunali di un effettivo spazio di decisione e di controllo in ordine all'ammissibilità di interventi di trasformazione edilizia in deroga alle previsioni del piano, anche in contrasto con la menzionata finalità generale della legge regionale di pervenire a una rigenerazione urbana attenta a esigenze sociali»⁶².

Meritevole di approfondimento è, poi, quella giurisprudenza, legata alla stagione del c.d. 'piano casa', che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali con cui veniva disposta la proroga di un regime di deroga agli strumenti pianificatori, ha richiamato le Regioni al rispetto del principio di pianificazione, garanzia dell'imprescindibile visione di sintesi necessaria, pena la destrutturazione dell'ordinato assetto del territorio.

Nel tentativo di tracciare le coordinate fondamentali del quadro normativo da cui ha tratto origine il citato orientamento giurisprudenziale, occorre ricordare come l'intesa raggiunta in seno alla Conferenza unificata Stato, Regioni ed Enti locali del 1° Aprile 2009, relativa al c.d. 'piano casa'⁶³, nasca sullo sfondo del clima emergenziale che ha fatto seguito alla crisi economica del 2008, allo scopo di coordinare alcune misure legislative regionali di rilancio dell'economia nel settore dell'edilizia⁶⁴. A tal fine è stata prevista l'attribuzione *ope legis* di misure premiali, consistenti nella possibilità di effettuare interventi sul patrimonio edilizio esistente, con ampliamento di volumetria e in deroga alla pianificazione urbanistica.

Negli anni successivi all'intesa del 2009 si è assistito a una progressiva stabilizzazione della disciplina 'straordinaria' – attesa la sua portata derogatoria rispetto alle prescrizioni urbanistiche –, ma, soprattutto, 'temporanea' originariamente apprestata. L'intesa, infatti, molto opportunamente stabiliva la transitorietà di tale regime derogatorio, prescrivendo che le leggi regionali attuative avrebbero avuto una validità comunque non superiore a diciotto mesi dalla loro entrata in vigore. Tale prescrizione è stata, tuttavia, ampiamente disattesa dai numerosi provvedimenti normativi che hanno prolungato l'efficacia delle misure in esame per quasi un quindicennio, facendo sì che le misure derogatorie apprestate dal piano casa, da strumento straordinario, si siano

60 *Ivi*.

61 *Ivi*.

62 Punto 5.5 del *Considerato in diritto*.

63 Il testo dell'intesa, pubblicato in Gazzetta Ufficiale Serie Generale, n. 98 del 20 aprile 2009, è consultabile in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2009/04/29/98/sg/pdf>.

64 Ma, come si legge nell'allegato all'art. 1 dell'intesa, le misure ivi previste sono funzionali anche alla soddisfazione di ulteriori interessi, quali i bisogni abitativi delle famiglie, la semplificazione procedurale, l'efficientamento energetico.

trasformate in soluzione ordinaria di gestione del territorio in molte regioni italiane⁶⁵, quantomeno fino a quando non è intervenuta la Corte costituzionale.

Invero, in un primo momento, la Consulta ha mostrato una certa ritrosia nell'esercitare il proprio sindacato in questo ambito.

Così, nel giudizio di costituzionalità innescato in via incidentale dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto in relazione all'art. 64 della legge della Regione Veneto 30 dicembre 2016, n. 30, la Corte ha sostenuto che «il sistema della pianificazione, che assegna in modo preminente ai Comuni, quali enti locali più vicini al territorio, la valutazione generale degli interessi coinvolti nell'attività urbanistica ed edilizia, non assurge [...] a principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale – fonte normativa primaria, sovraordinata agli strumenti urbanistici locali – di prevedere interventi in deroga quantitativamente, qualitativamente e temporalmente circoscritti»⁶⁶.

L'anno seguente il giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale di una legge sarda relativa al piano casa, pur dichiarando inammissibile la questione per carenza di motivazione dell'impugnazione governativa, ha, nondimeno, manifestato dubbi significativi in ordine alla correttezza della prassi derogatoria invalsa in molte regioni. Così, con la sentenza n. 170 del 2021⁶⁷, è stato chiarito che «il prolungato succedersi delle proroghe di una disciplina derogatoria, in contrasto con le esigenze di una regolamentazione organica dell'assetto del territorio, presenta un innegabile rilievo»⁶⁸.

Ancora con riferimento al caso sardo, è con una sentenza successiva, la n. 24 del 2022⁶⁹, che la Corte è pervenuta alla declaratoria di incostituzionalità dell'ennesima proroga del piano casa disposta da quella regione. Aderendo alla prospettazione fatta propria dal governo nel ricorso introduttivo, la Corte ha, dunque, chiarito che «l'indefinito succedersi delle proroghe, consentendo reiterati e rilevanti incrementi volumetrici del patrimonio edilizio esistente, del tutto svincolati da una organica disciplina del governo del territorio e da una coerente e stabile cornice normativa di riferimento» è in grado di compromettere «l'interesse all'ordinato sviluppo edilizio, proprio della pianificazione urbanistica, così danneggiando il territorio in tutte le sue connesse componenti e, primariamente, nel suo aspetto paesaggistico e ambientale». La pronuncia diviene, inoltre, l'occasione per stigmatizzare ancora una volta il perpetuarsi del regime derogatorio apprestato dalle leggi sul piano casa: «[l]a legge regionale, consentendo interventi parcellizzati, svincolati da una coerente e stabile cornice normativa di

65 Cfr. sul punto cfr. T. BONETTI, *Il piano casa della Regione Veneto tra governo del territorio e sviluppo economico*, in *Riv. giur. urb.*, II-III, 2011, 199 ss.

66 Così Corte cost. 23 giugno 2020, n. 119, al punto 7.1 del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it.

67 Corte cost. 23 luglio 2021, n. 170, in www.cortecostituzionale.it.

68 Punto 5.2.1 del *Considerato in diritto*

69 Corte cost. 28 gennaio 2022, n. 24, in www.cortecostituzionale.it.

riferimento, trascura l'interesse all'ordinato sviluppo edilizio, proprio della pianificazione urbanistica e così danneggia il territorio in tutte le sue connesse componenti»⁷⁰.

Ammonimenti, questi, che il giudice costituzionale aveva già indirizzato a un'altra regione, la Calabria, a seguito dell'ennesima proroga della disciplina in materia di piano casa originariamente prevista dalla legge regionale n. 21 del 2010. In tal senso, con la sentenza n. 219 del 2021⁷¹, veniva dichiarata illegittima la proroga disposta dall'art. 4, comma 2, lett. b), della legge della Regione Calabria n. 10 del 2020. Di particolare rilievo il passaggio finale della motivazione, ove il giudice delle leggi sottolinea come la stabilizzazione di tale disciplina sia pregiudizievole per il territorio complessivamente considerato, anche con riguardo a valori costituzionalmente tutelati. Nelle parole della Corte: «[n]el consentire i richiamati interventi edilizi in deroga alla pianificazione urbanistica per un tempo indefinito, per effetto delle reiterate proroghe [...], le citate previsioni finiscono per danneggiare il territorio in tutte le sue connesse componenti e, primariamente, nel suo aspetto paesaggistico e ambientale, in violazione dell'art. 9 Cost.»⁷².

Andrà incontro ad analoga sorte la successiva proroga disposta dal legislatore calabrese. Con la sentenza n. 19 del 2023⁷³, la Consulta ha infatti sanzionato nuovamente la Regione Calabria, rimarcando come il potere pianificatorio sia funzionale non solo all'ordinato sviluppo edilizio, ma anche alla realizzazione di interessi costituzionalmente garantiti che rinvergono nel territorio il proprio sostrato materiale. «La reiterata e potenzialmente indefinita successione delle proroghe di una disciplina di carattere derogatorio delle trasformazioni edilizie – afferma la Corte – si pone in conflitto con la necessità di un'organica pianificazione, che è funzionale all'ordinato sviluppo del territorio e alle connesse e fondamentali esigenze di conservazione e promozione del paesaggio e dell'ambiente, presidiate dagli artt. 9 e 117, secondo comma, lettera s), Cost.»⁷⁴.

Già in precedenza, peraltro, i giudici del Palazzo della Consulta avevano avuto modo di richiamare l'attenzione sulla possibile compromissione dei valori insistenti sul territorio che violazioni sistematiche del sistema pianificatorio sono in grado di cagionare. A fronte di un ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri contro la legge della Regione Toscana n. 101 del 2020, la sentenza n. 229 del 2022⁷⁵, pur dichiarando inammissibili le doglianze governative fondate sull'asserita violazione degli artt. 3 e 97 Cost., ha posto l'accento sull'irragionevolezza della stabilizzazione di siffatti interventi derogatori, atteso che «reiterate proroghe di una disciplina eccezionale e transitoria, volta ad apportare deroghe alla pianificazione urbanistica al fine di consentire interventi edilizi di carattere straordinario, possono compromettere l'imprescindibile visione di sintesi, necessaria a ricondurre ad un assetto coerente i

70 Punto 6.5.2. del *Considerato in diritto*.

71 Corte cost. 23 novembre 2021, n. 219, in www.cortecostituzionale.it.

72 Punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

73 Corte cost. 14 febbraio 2023, n. 19, in www.cortecostituzionale.it.

74 Punto 7 del *Considerato in diritto*.

75 Corte cost. 15 novembre 2022, n. 229, in www.cortecostituzionale.it.

molteplici interessi che afferiscono al governo del territorio ed intersecano allo stesso tempo l'ambito della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.)»⁷⁶.

Infine, riassume emblematicamente i termini della questione la sentenza n. 17 del 2023⁷⁷, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Puglia, recante ennesima proroga delle disposizioni derogatorie del piano casa.

Chiarito, anzitutto, il divieto di deroghe «generalizzate e permanenti»⁷⁸ al sistema della pianificazione urbanistica, essendo ammissibili solo per periodi di tempo limitati, «pena la destrutturazione dell'ordinato assetto del territorio»⁷⁹, il giudice delle leggi si sofferma sulla *ratio* della funzione pianificatoria. «La pianificazione urbanistica – si legge nella parte motiva della sentenza – svolge infatti una funzione necessaria e insostituibile di disciplina dell'uso del territorio, come unica sede in cui è possibile operare la sintesi dei molteplici interessi, anche di rilievo costituzionale, afferenti a ciascun ambito territoriale»⁸⁰. Le norme impugnate vengono dunque dichiarate illegittime, in quanto assunte in violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., sul presupposto che «la generalizzata fattibilità di interventi parcellizzati, svincolati da una coerente e stabile cornice normativa di riferimento, mettendo così a repentaglio l'interesse all'ordinato sviluppo edilizio, proprio della pianificazione urbanistica» violino «i limiti di tollerabilità» insiti nell'originaria previsione «a portata straordinaria e temporanea»⁸¹.

Ma è un altro passaggio a dover richiamare l'attenzione. Passando a pronunciarsi sull'ultima censura, relativa alla violazione degli artt. 3 e 97 Cost., la Corte perviene a dichiarare l'illegittimità della disposizione impugnata sulla base di un inedito richiamo al principio di buon andamento dell'amministrazione. «Va ribadito anche in questa sede che tale prolungato e più volte ripetuto succedersi di proroghe» – si legge in motivazione – «espone a rischio il buon andamento dell'azione amministrativa nella corretta gestione del territorio e nella sua tutela, consegnandole a una dimensione perennemente instabile e precaria»⁸².

Si tratta di un parametro, in questa sede evocato quasi di sfuggita, a cui raramente il giudice costituzionale fa ricorso⁸³: la violazione del principio che regge tutto l'esercizio

76 Punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

77 Corte cost., 10 febbraio 2023, n. 17, in www.cortecostituzionale.it.

78 Punto 1.1.5 del *Considerato in diritto*.

79 Punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

80 Punto 1.1.5 del *Considerato in diritto*.

81 *Ivi*.

82 Punto 3.5.2 del *Considerato in diritto*.

83 Cfr. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2020, 64. Sul punto cfr. anche A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, II, 2019, 389, per il rilievo secondo cui «a differenza dell'imparzialità, il principio del buon andamento possiede margini semantici irriducibili ad *unitatem*», esso «nella storia del nostro Paese ha assunto tutti i possibili significati dell'efficienza», ossia

delle funzioni amministrative riporta, così, al centro dell'attenzione «la *ratio* del potere di pianificazione urbanistica e ripristina la sua tipicità»⁸⁴.

5. *Conclusioni: in quale direzione sta andando il legislatore? Alcuni spunti ricostruttivi a partire dal paradigma del giusto procedimento di pianificazione prospettato dalla Corte costituzionale.*

In definitiva, il dato di fondo che sembra emergere con forza da queste pronunce è che non vi può essere una urbanistica per legge. Appare evidente, infatti, come, all'interno dei passaggi argomentativi esaminati, la Corte si muova nella direzione di «un'accurata difesa del piano regolatore comunale»⁸⁵, così dimostrando di essere ben conscia della complessità delle sfide di cui l'urbanistica della contemporaneità risulta investita e della conseguente necessità di recuperare quei margini di discrezionalità, troppo spesso sacrificati sull'altare della semplificazione, che risultano essenziali alla composizione dei plurimi interessi, anche di spessore costituzionale, che gravano sul territorio⁸⁶.

All'indomani dell'affermazione dei descritti orientamenti giurisprudenziali, non resta che interrogarsi su quanto tali principi, che hanno ormai assunto una propria consistenza all'interno dell'ordinamento, abbiano permeato il sistema e, segnatamente, se, e in che misura, abbiano orientato le scelte assunte dal legislatore, sia statale che regionale, nella materia di competenza concorrente del governo del territorio.

Per un verso, infatti, il paradigma del giusto procedimento di pianificazione delineato dalla Corte costituzionale parrebbe offrire un utile parametro per vagliare l'idoneità delle soluzioni apprestate dalle Regioni ad assicurare gli attesi risultati di buona amministrazione che l'art. 97 Cost. impone e che recentemente sono stati, altresì, evocati quali parametri di costituzionalità proprio in un giudizio in cui veniva in rilievo il tema della pianificazione territoriale⁸⁷.

In tal senso, deve registrarsi come la ricostruzione di una riserva di amministrazione c.d. 'flessibile' in materia pianificatoria sconti una latente contraddizione, ove dal piano dei moniti del giudice delle leggi si passi a quello delle concrete scelte di politica urbanistica assunte al livello regionale. La legislazione regionale ha costituito, infatti, il terreno di coltura più fertile per la sperimentazione di innovativi istituti di semplificazione dei procedimenti di pianificazione urbanistica. Il riferimento è, in particolare, a quei moduli procedurali di raccordo interistituzionale (conferenze di copianificazione variamente denominate), espressione del condivisibile intento di

«tanti quanti quelli che le scelte del legislatore di volta in volta portano allo scoperto in relazione ai differenti contesti della realtà sociale».

84 P. MARZARO, *La funzione*, cit., 252.

85 M. DE DONNO, *La pianificazione come principio fondamentale*, in *Le Regioni*, I, 2023, 154.

86 P. MARZARO, *La funzione*, cit., 258.

87 Il riferimento è alla fondamentale pronuncia della Corte costituzionale, 15 febbraio 2023, n. 17, in www.cortecostituzionale.it.

realizzare una effettiva *governance* multilivello, di cui resta, tuttavia, da saggiare la tenuta rispetto al paradigma del giusto procedimento di pianificazione delineato dalla Corte costituzionale, specie laddove a prevalere sia la logica della celerità su quella del coordinamento degli interessi.

Sotto diverso profilo, occorre rilevare come le scelte del legislatore statale in questa materia non risultino sempre coerenti con l'obiettivo dell'ordinato assetto territoriale, né rispettose di quel principio autonomistico che pretenderebbe il rispetto delle prerogative dell'ente comunale in ordine alle scelte fondamentali di governo del territorio. In tal senso, a titolo meramente esemplificativo, si registra come vada dichiaratamente nella direzione di una semplificazione per depianificazione la recente introduzione, all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici⁸⁸, di una previsione che assoggetta la progettazione e realizzazione delle opere pubbliche e di interesse pubblico a una variante automatica allo strumento urbanistico, deliberata da una conferenza di servizi semplificata⁸⁹.

Ebbene, sono proprio queste fughe dal piano, espressione di politiche di semplificazione sempre più spinte, a doverci avvertire, anche alla luce dei moniti del giudice delle leggi, circa la necessità di riservare all'amministrazione, all'interno della sede procedimentale, uno «spazio costituzionale»⁹⁰ ove effettuare quel bilanciamento fra interessi pubblici e privati, in cui si rinviene il senso stesso dell'attività amministrativa. Non è casuale, allora, che la Consulta evochi l'endiadi della «riserva di procedimento e della relativa istruttoria»⁹¹: lo ricordava efficacemente Mario Nigro, «[l']importante del procedimento si rivela non nel suo risultato finale, ma nell'istruttoria che lo sostanzia. Il centro di esso si ritrova nella partecipazione «privata», nei nessi che si vengono a stabilire fra i vari poteri pubblici e fra questi e i privati, nell'emersione dei fatti e degli interessi, nella complessa istruttoria che, verificando i fatti, accertando i dati tecnici, consente l'identificazione, la valutazione, la comparazione degli interessi e la definizione dell'«interesse pubblico»⁹².

Se queste sono le coordinate di riferimento, una riserva di procedimento di pianificazione in materia urbanistica appare ancor più necessaria a fronte della consapevolezza, già manifestata da Alberto Predieri, che l'urbanistica «non sia materia tecnica,

88 Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*.

89 Sul punto cfr. S. AMOROSINO, *La localizzazione delle opere pubbliche e di interesse pubblico nel Codice dei contratti*, in *Urb. App.*, II, 2024, 153 ss.; P.L. PORTALURI, *Note sulla localizzazione e approvazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. CUSANO, *L'impatto delle opere di interesse statale nel governo delle città*, in *Riv. giur. urb.*, I, 2024, 127 ss.

90 D. DE PRETIS, *Uno spazio*, cit., 49 ss.

91 Così Corte cost., 13 maggio 2022, n. 121, in www.cortecostituzionale.it.

92 M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione. A proposito di un recente disegno di legge*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 2050. Lo scritto era già apparso negli *Atti del Convegno 'Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione'*, a cura di F. Trimarchi, Milano, 1990.

ideologicamente neutra»⁹³, ma, come afferma il Consiglio di Stato con riferimento al piano urbanistico comunale, costituisca un «essenziale strumento di realizzazione di valori costituzionali»⁹⁴.

ABSTRACT: Il contributo esamina il principio del 'giusto procedimento' di pianificazione alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale. L'analisi mette in evidenza la progressiva valorizzazione della sede procedimentale amministrativa quale luogo elettivo di composizione e bilanciamento dei molteplici interessi pubblici e privati affidati alle cure dell'Amministrazione. Particolare attenzione è dedicata all'emersione di una 'riserva di procedimento' in materia pianificatoria, ricostruita attraverso le pronunce che hanno censurato interventi legislativi sostitutivi dell'attività amministrativa, nonché al rafforzamento dell'autonomia comunale quale presidio dell'ordinato assetto del territorio. Il lavoro si sofferma, infine, sulla giurisprudenza relativa al c.d. 'piano casa', evidenziando come la Consulta abbia riaffermato la centralità della pianificazione urbanistica comunale quale unica sede idonea a garantire una visione di sintesi degli interessi a incidenza territoriale.

PAROLE CHIAVE: Procedimento amministrativo – Pianificazione – Urbanistica.

93 M.A. BARTOLI - A. PREDIERI, voce *Piano regolatore*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 654.

94 Consiglio di Stato 2710/2012, cit.

Roberta Russo

ANTROPIZZAZIONE DELLE COSTE E CONTROVERSIE GIURIDICHE:
RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA DEFINIZIONE DI *LITUS*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *litus* e la sua problematica definizione: Celso e Cicerone a confronto. – 3. Oltre la definizione: una questione di controversie. – 4. A proposito del fenomeno di antropizzazione delle coste. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Come è noto, sul finire dell'età classica Elio Marciano annoverava il *litus maris* tra le *res communes omnium*, discostandosi radicalmente dalla maggior parte dei giuristi di epoca precedente, che riconoscevano al litorale natura pubblica. Il passo è senza dubbio celebre ma vale la pena riportarlo:

Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.2 pr.: *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. 1. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Marciano menziona varie categorie di *res*, affermando che, per diritto naturale, alcune cose sono comuni di tutti, altre sono della collettività e altre ancora non sono di nessuno; ma le più numerose sono dei singoli, che le acquistano a vario titolo. E tra le *res communes omnium*, spiega il giurista, sono da annoverare l'aria, l'acqua corrente, il mare, nonché, tramite questo (*per hoc*), il litorale.

Gli studi sul tema sono estremamente vasti e la portata del frammento notevole¹. Il giurista severiano parla di *res communes omnium*, introducendo per la prima volta nelle

1 Sul tema si vedano, tra gli altri, M. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno. Contributo alla teoria delle 'res communes omnium'*, in *BIDR*, IV, 1891, 197 ss.; A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, in *Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 4. April 1900*, Berlin, 1900, 125 ss.; E. COSTA, *Il mare e le sue rive nel diritto romano*, in *Rivista di diritto internazionale*, V, 1916, 337 ss. (anche in *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, 91 ss.); F. MAROI, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *RISG*, LXII, 1919, 160 ss. (anche in *Scritti giuridici I*, Milano, 1956, 453 ss.); B. BIONDI, *La condizione giuridica del mare e del 'litus maris'*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925, 269 ss. (anche in *Scritti giuridici vari III*, Milano, 1965, 107 ss.); G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941, 89 ss. (anche in *RDR*, I, 2001, 115 ss.); G. BRANCA, *Le cose 'extra patrimonium humani iuris'. Corso di esegesi delle fonti del diritto romano, anno accademico 1946-47*, Bologna, 1946; A. DELL'ORO, *Le 'res communes omnium' dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *StUrb*, XXXI, 1962-1963, 239 ss. (anche in *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo Dell'Oro*, a cura di I. Fagnoli, C. Luzzatti, R. Dell'Oro, Milano, 2015, 175 ss.); H. ANKUM, *Litora maris et longi temporis praescriptio*, in *Index*, XXVI, 1998, 361 ss.; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili*

fonti una categoria di *res* inedita e autonoma: sconosciuta o quantomeno taciuta, da un punto di vista sistematico, dai giuristi di epoca precedente.

Con ogni probabilità Marciano intende introdurre una categoria di *res* ulteriore, non sovrapponibile a quella del *res publicae*; una categoria che, usando le parole di Grosso, comprenderebbe tutte le cose che «per loro natura non appartengono singolarmente

di tutela processuale e di inquadramento sistematico, Milano, 2003, 427 ss.; ID., 'Fructus' e 'delectatio' nell'uso del mare e nell'occupazione delle coste nell'età imperiale romana, in *Riparia dans l'Empire romain. Pour la définition du concept*, a cura di E. Hermon, BAR. International Series 2066, Oxford, 2010, 263 ss.; ID., L'acqua da bene economico a 'res communis omnium' a bene collettivo, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, I, 2010, 39 ss.; ID., Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni, in *BIDR*, CXI, 2017, 75 ss.; ID., 'Res communes omnium' e commons. Contro un equivoco, in *BIDR*, CXIII, 2019, 153 ss.; G. PURPURA, 'Liberum mare', acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico, in *AUPA*, LIX, 2004, 165-206; ID., 'Varia de iure maris', in *Scritti in onore di Matteo Marrone in occasione del suo novantesimo compleanno*, a cura di G. D'Angelo, M. De Simone, M. Varvaro, Torino, 2019, 219 ss.; F. SINI, Persone e cose: 'res communes omnium'. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica, in *Diritto@Storia*, VII, 2008; L. SOLIDORO MARUOTTI, La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico, Torino, 2009, 103 ss.; A. SCHIAVON, Acqua e diritto romano: 'invenzione' di un modello?, in *L'acqua e il diritto. Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento (2 febbraio 2011)*, a cura di G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese, Trento, 2011, 126 ss.; ID., Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle 'res communes omnium', in *Dogmengeschichte und Historische Individualität der Römischen Juristen = Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani: atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14 e il 17 giugno del 2011)*, Trento, 2012, 593 ss.; ID., I beni comuni tra categorie romanistiche e dibattiti vecchi e nuovi, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, XI, 2023, 5 ss.; M.C. SPANU, Mare, et per hoc litora maris' (I. 2.1.1). Gestione e tutela del litorale marittimo nel diritto, Sassari, 2012, consultabile su https://www.academia.edu/2780343/_Mare_et_per_hoc_litora_maris_I_2_1_1_gestione_e_tutela_del_litorale_marittimo_nel_diritto_romano; P. MADDALENA, I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per il nostro tempo, in *SDHI*, LXXIX.2, 2013, 1064 ss. (anche in Federalismi.it, 14, 2012); L. D'AMATI, Brevi riflessioni in tema di 'res communes omnium' e 'litus maris', in *Scritti per Alessandro Corbino II*, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 333 ss.; E.A., 'Aedificatio in litore', in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana I*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 645 ss.; M. FALCON, 'Res communes omnium'. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana, in *I beni di interesse pubblico*, cit., 107 ss.; ID., 'Res communes omnium' e diritto dell'outer space'. Contributo al dialogo sulla 'Roman space law', in *TSDP*, XII, 2019, 1 ss.; ID., Alcune considerazioni sulle 'res communes omnium' a partire da un saggio recente, in *Legal Roots*, X, 2021, 657 ss.; R. ORTU, Plaut. Rud. 975 'Mare quidem commune certost omnibus', in *I beni di interesse pubblico*, cit., 165 ss. (anche in *Jus-online*, II, 2017, 160 ss.); P. LAMBRINI, Alle origini dei beni comuni, in *I beni di interesse pubblico*, cit., 85 ss. (anche in *Iura*, LXV, 2017, 394 ss.); ID., Per un rinnovato studio della tradizione manoscritta del Digesto: il caso di 'aer' nell'elencazione delle 'res communes omnium', in *KOINΩNIA*, XLIV.1, 2020, 817 ss.; D. DURSÌ, 'Res communes omnium'. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica, Napoli, 2017; ID., Le 'res communes omnium' di Marciano: dell'equilibrato rapporto tra uomo e risorse naturali, in *Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia*, XXX, 2023, 235 ss.; F. ARCARIA, 'Res communes omnium', in *KOINΩNIA*, XLI, 2017, 639 ss.; A. CORBINO, Cose e appartenenza. I 'beni comuni' nel diritto romano, in *Legal Roots*, VIII, 2019, 25 ss.; R. LAMBERTINI, Limiti alla libera fruizione del mare, dei lidi e dei fiumi pubblici?, in *Confini, circolazione, identità ed ecumenismo nel mondo antico. Atti del VII Incontro di Studi tra storici e giuristi dell'Antichità, Vercelli 24-25 maggio 2018*, a cura di P. Garbarino, P. Giunti, G. Vanotti, Firenze, 2020, 65 ss.; R. BASILE, 'Res communes omnium': tra Marciano e Giustiniano, in *KOINΩNIA*, XLIV.1, 2020, 119 ss.; G. SANTUCCI, 'Beni comuni'. Note minime di ordine metodologico, in *KOINΩNIA*, XLIV.2, 2020, 1395 ss.; A. PALMA, Note intorno alla tutela dei beni comuni, in *La tutela dei 'beni culturali' nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. Fasolino, Milano, 2020, 209 ss.; G. BALESTRA, 'Ripae fluminis' e 'litora maris' nella prospettiva gaiana e in quella giustinianea, in *QLSD*, XI, 2021, 338 ss.

a nessuno e sono destinate all'uso di tutti, cittadini e non cittadini»². E questo valeva, oltre che per l'aria, l'acqua corrente e il mare, anche per il lido, il cui regime era conseguente (*per hoc*) a quello del mare.

L'utilizzo della locuzione *per hoc litora maris* appare, in effetti, alquanto significativo.

Il litorale di per sé non sarebbe una *res communis omnium*; rientra in tale categoria solo perché il mare, al pari dell'aria e dell'acqua corrente, è destinato all'uso e al godimento di tutti gli uomini. In particolare, essendo funzionale all'accesso e al conseguente sfruttamento del mare – i quali non potevano essere impediti, in virtù della natura comune della risorsa – il litorale doveva necessariamente seguire il regime giuridico del mare. Il *litus*, dunque, non è posto sullo stesso piano delle altre risorse; è annoverato in tale categoria in ragione del suo peculiare 'rapporto' con il mare, in forza del quale il suo accesso (salvo alcuni limiti) non poteva essere impedito³. Pertanto, in ragione di questo rapporto privilegiato tra *litus* e risorsa marina, il mare e il suo litorale godevano della medesima condizione giuridica⁴.

Ora, come osservato da una parte della dottrina, Marciano avrebbe concettualmente elaborato una categoria, quella delle *res communes omnium*, già implicitamente nota ai giuristi di epoca precedente, portando a compimento un lungo processo di raffinazione della stessa⁵. Costoro, pur attribuendo natura pubblica a tali risorse, dovevano essere ben consapevoli dell'alterità del lido e del mare (e più in generale delle *res communes omnium*) rispetto alla più nota (e già istituzionalizzata) categoria delle *res publicae*; lo dimostrano le numerose fonti a nostra disposizione che descrivono, per tali risorse, un regime giuridico del tutto peculiare, non pedissequamente sovrapponibile a quello delle altre *res publicae*⁶. Marciano avrebbe inteso offrire una più puntuale classificazione dei

2 Così G. GROSSO, *Corso*, cit., 99.

3 Cfr. Marcian. 3 *inst.* D 1.8.4 pr.: *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinenceat, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit*; I. 2.1.1: *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstinenceat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare*.

4 Secondo A. DELL'ORO, *Le 'res'*, cit., 265, infatti, «l *litora maris* partecipano alle condizioni del mare solo attraverso il contatto con questo: dove esso manchi, i *litora maris* non seguono più la condizione giuridica del mare».

5 Così M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico*, cit., 45; ID., *Spunti*, cit., 90, secondo il quale, tuttavia, l'introduzione delle *res communes omnium* non rappresenterebbe altro che un tentativo, grezzo e non compiutamente perfezionato, di proporre una nuova classificazione delle *res*. A dimostrarlo sarebbero, da un lato la mancata distinzione delle *res communes omnium* rispetto alle *res in publico usu*, dall'altro l'assenza di un confine concettuale entro cui includere le *res publicae iuris gentium*. In tal senso si esprimono anche G. GROSSO, *Corso*, cit., 97, secondo cui «l'enunciazione della categoria distinta delle *res communes omnium* e la sua estensione è il risultato di un'opera di elaborazione compiuta dalla giurisprudenza»; D. DURSI, *Le 'res communes omnium' di Marciano*, cit., 237-238, dove afferma «la fondata ipotesi per la quale, non solo la categoria delle *res communes omnium* esistesse ben prima dell'elaborazione dei giuristi dell'apogeo della giurisprudenza romana, ma che essa e le regole cui dava luogo, con buona approssimazione, erano di natura consuetudinaria e fossero, poi, state soltanto affinate dai giuristi che ne avevano approntato uno statuto assai preciso».

6 A favore della natura pubblica del mare: Iav. 11 *ex Cass.* D. 50.16.112; Cic. *Top.* 7.32; I.2.1.5; Pomp. 6 *ex Plant.* D 1.8.10; Cels. 39 *dig.* D. 43.8.3 pr. Tuttavia, Nerazio (Ner. 5 *membr.* D 41.1.14 pr.), contemporaneo

beni, raccogliendo l'opinione dei giuristi precedenti, spesso controversa, e trovando a tutte le *res* non *sussumibiles* né tra le *res in patrimonio populi*, né tra le *res in publico usu* una collocazione *ad hoc*. D'altronde, pur non essendo formalmente categorizzata, la nozione di *res communes omnium* è riscontrabile in fonti ulteriori e precedenti a Marciano: non solo in Cels. 39 *dig.* D. 43.8.3 pr. (*Maris communem usum omnibus hominibus*)⁷ e in Ulpiano (Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.13.7), quando afferma che il *mare commune omnium est et litora, sicut aer*, ma anche, andando a ritroso nel tempo, nel commediografo Plauto (Rud. 975), secondo cui *mare quidem commune certost omnibus*⁸. Ebbene, da qui deriva l'idea secondo cui una primitiva (e atecnica) concezione di uso comune del mare dovesse essere già presente sia nel mondo romano sia, più in generale, in quello mediterraneo⁹.

Tale premessa risulta fondamentale per illustrare le finalità di questo lavoro.

In virtù del peculiare regime che caratterizzava il litorale, le costruzioni ivi innalzate seguivano logiche e regole giuridiche del tutto differenti rispetto agli edifici eretti sulle *res publicae*. Trattandosi di un bene 'non propriamente pubblico', il privato poteva liberamente costruire sul *litus* e acquisire temporaneamente la proprietà dell'area su cui la struttura insisteva¹⁰. Si trattava, pertanto, di un bene che, pur essendo comune, poteva essere oggetto di un uso riservato¹¹.

Tuttavia, se da un lato il privato poteva vantare un esercizio esclusivo – una volta eretta la costruzione – su una porzione del lido, dall'altro tale esercizio non poteva escludere gli altri dall'utilizzo della medesima risorsa. Sebbene non richiedesse alcun tipo di previa autorizzazione, l'*aedificatio in litore* non poteva comportare un eccessivo sacrificio per gli altri consociati i quali, in caso di pregiudizio, avrebbero potuto rivolgersi al pretore¹².

di Giavoleno e di Celso, sente la necessità di precisare che i litorali, pur essendo pubblici, non erano assimilabili alle *res in patrimonio populi*: *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt*. Di fatto, il regime giuridico del *litus maris*, più che alle *res publicae*, era equiparato da Nerazio a quello delle *res nullius*. A ben vedere, però, anche Paolo (Paul. 21 *ad ed.* D. 18.1.51) in età severiana afferma che i litora [...] *quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant*.

7 Cels. 39 *dig.* D. 43.8.3 pr.: *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror: 1. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisque usus eo modo futurus sit*.

8 Sul tema, tra gli altri, A. DELL'ORO, *Le 'res'*, cit., 242 ss.; R. ORTU, *Plaut. Rud. 975*, cit., con fonti e bibliografia ulteriore; D. DURSÌ, *Le 'res communes omnium' di Marciano*, cit.

9 Cfr. altresì Cic. *Pro Rosc. Amer.* 26.72; Ov. *Metamorph.* 6.349-351; Virg. *Aen.* 7.228-230; Sen. *De ben.* 4.28.3. Sul punto, cfr. G. PURPURA, *'Liberum mare'*, cit., 191 s.

10 Cfr. Ner. 5 *membr.* D. 41.1.14 pr.; Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.6 pr.; Scev. 5 *resp.* D. 43.8.4; Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 1.8.10: *Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, ieret privatum, ita quod mari occupatum sit, ieri publicum*. Sul tema dell'*aedificatio in litore*, tra i contributi più recenti, L. D'AMATI, *'Aedificatio in litore'*, cit., 645 ss.; R. LAMBERTINI, *Limiti*, cit., 70-78; A. ATORINO, *'Quod in litore quis aedificaverit, eius erit': spiegazioni di una 'regula'*, in *Index*, I, 2022, 317 ss.

11 A. CORBINO, *Cose e appartenenza*, cit., 35.

12 Si veda, per tutti, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 325 ss.

Eppure, come testimoniano le fonti, il *litus maris*, oggetto di intenso sfruttamento economico e di molteplici controversie giuridiche, costituiva, già in epoca repubblicana, uno spazio di difficile definizione. Fino a che punto si estendeva il mare? Dove iniziava la terraferma? Qual era il regime giuridico applicabile a questo tratto di terra? Sono tutte questioni assai risalenti che hanno spesso interessato i responsi dei giureconsulti romani e di cui abbiamo una ricca attestazione nelle fonti.

Per questa ragione appare opportuno soffermarsi sulla definizione di litorale che viene offerta dalle fonti giuridiche, con l'intento di approfondire due questioni: da un lato individuare la puntuale estensione spaziale del *litus*, presupposto necessario per stabilire l'applicabilità o meno del regime giuridico pertinente al litorale, dall'altro provare a cogliere le ragioni che hanno verosimilmente condotto alla formulazione di tali e plurime definizioni. Sullo sfondo sarà possibile scorgere il notevole gioco di interessi economici derivanti dalle opportunità di sfruttamento dell'ambiente marino, andatesi prepotentemente ad affermare sul finire dell'età repubblicana.

2. *A proposito della definizione di 'litus': Celso e Cicerone a confronto.*

Nelle fonti giuridiche e letterarie, considerate nel loro complesso, la definizione di *litus maris* compare per ben quattro volte¹³ e sembra rivelare, di volta in volta, una certa difficoltà nel tracciare una precisa linea di demarcazione tra mare e lido, sottoposto al costante moto delle onde.

Una prima e significativa spiegazione del termine la ritroviamo, a ben vedere, nel titolo *De verborum significatione* del Digesto, dedicato, per l'appunto, al significato delle parole:

Cels. 25 dig. D. 50.16.96 pr.: *Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum constituisse.*

Secondo quanto riportato da Celso figlio, giurista di epoca antonina, il concetto di *litus* sarebbe stato stabilito (*constituisse*) per la prima volta da Cicerone il quale, in occasione dell'emanazione di un lodo arbitrale, lo avrebbe identificato con la parte di terra che viene coperta dal mare, fino alla massima estensione del flutto.

La definizione è piuttosto precisa ma sembra discostarsi – senza contraddirla – da un'altra testimonianza, tramandata dallo stesso Cicerone:

Cic. Top. 7.32: *Solebat igitur Aquilius, conlega et familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, quaerentibus eis quos ad id pertineat, quid esset litus, ita definire, quia fluctus eluderet. Hoc est, quasi qui adulescentiam florem aetatis, senectutem occasum vitae velit definire.*

13 Sul tema, fra gli altri, M. FIORENTI, *Fiumi e mari*, cit., 436 ss.; C. MASI DORIA, *'Litus maris': definition et controverses*, in *Riparia*, cit., 233 ss.; M. A. LIGIOS, *Antropizzazione delle coste e riflessione giurisprudenziale in Roma antica: a proposito di D. 19.1.52.3 Scaen. 7 dig.*, in *Jus-Online*, V, 2025, 17-21.

Proviamo a confrontare le due testimonianze.

A differenza di quanto emerge dal Digesto, la definizione di *litus* viene qui attribuita ad Aquilio Gallo, legato all'Arpinate da un rapporto di colleganza e familiarità¹⁴. Pare che il giurista, ogniquale volta si discutesse a proposito del *litus* (anche in via giudiziale, come suggerisce il verbo *agere*), fosse solito affermare che questo corrispondeva a *qua fluctus eluderet*.

Interpellato abbastanza spesso (*solebat*) sul tema, forniva a chi lo interrogava una risposta decisamente poetica; ricorrendo a un raffinato gioco di parole e proponendo un'elegante metafora, spiegava come il *litus maris* fosse da considerarsi tale perché il mare *e-ludit*, come se la giovinezza e la vecchiaia venissero figurativamente definite come fiore e tramonto della vita. L'espressione di Aquilio Gallo, ripresa poi da Cicerone anche nell'opera *De natura deorum* (2.39.100: *Ipsum autem mare sic terram adpetens litoribus eludit, ut una ex duabus naturis conflata videatur*), alluderebbe così alla continua interazione tra mare e terra, prodotta dal moto ondoso che raggiunge la riva. Mediante l'accostamento del verbo *eludere* al termine *litus*, il litorale viene metaforicamente descritto come il luogo in cui si realizza il 'gioco' (*e-ludit*) delle onde, che infrangendosi sulla battigia subito si ritraggono¹⁵.

L'Arpinate, tuttavia, aggiunge (con una velata vena polemica, secondo alcuni¹⁶) un'ulteriore e interessante notazione: erano i giuristi, nel loro insieme, a considerare il *litus* pubblico (*quae omnia publica esse vultis*).

Appare fin da subito evidente che le definizioni proposte, per quanto somiglianti, non siano del tutto coincidenti. Se la prima risulta essere una definizione di carattere scientifico, inserita nel titolo *De verborum significatione*, la seconda rappresenta, con le sue metafore, una spiegazione del tutto atecnica – e persino poetica – del *litus*. L'area considerata da Celso risulta essere decisamente più ampia e accurata di quella individuata da Aquilio, il quale, trascurando il massimo flutto delle onde, raggiunto nel tempo, sembra considerare la sola parte di spiaggia che viene coperta dalle onde in un dato momento¹⁷.

Non solo; si osservi con attenzione il secondo frammento. Anche l'attribuzione di una natura pubblica al litorale risulta essere poco chiara (oltre che problematica,

14 Sul rapporto tra Cicerone e Aquilio Gallo, si veda, tra gli altri, A. TRIGGIANO, 'Conlega et familiaris meus': note minime su Cicerone e Aquilio Gallo, in *Index*, XXXVIII, 2010, 373-400.

15 Secondo M. FIORENTINI, 'Fructus' e 'delectatio', cit., 426 nt. 15, Aquilio avrebbe offerto una definizione di *litus* di carattere meramente etimologico: il *litus* è tale perché il mare *e-ludit*. Si noti, peraltro, come Cicerone venga menzionato anche in Cels. 25 dig. D.50.16.96 pr.: *Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum constituisse*.

16 A tale conclusione sarebbero arrivati sia G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose. I. Concetto di cosa. Cose 'extra patrimonium'*, Milano, 1945, 73, che A. DELL'ORO, *Le 'res'*, cit., 264, secondo i quali in Cic. *Pro Rosc. Amer.* 26.72 l'oratore farebbe riferimento alla natura *communis* del lido, manifestando una certa opposizione alla natura pubblica del lido: *Etenim quid tam est commune quam spiritus vivis, terra mortuis, mare luctuantibus, litus eiectis?*

17 Cfr. G. PURPURA, 'Viaria de iure maris', cit., 222.

come emerge dall'intenso dibattito sorto tra giuristi): al di là del fatto che non vi sono elementi, in questo breve inciso, che chiariscano in cosa dovesse effettivamente consistere la pubblicità del litorale, l'attribuzione di tale notizia ai giuristi romani risulta essere invero solo implicita, desumibile dal contesto narrativo del passo. Per giungere a tale conclusione, occorre considerare il destinatario dell'opera ciceroniana, il giurista Gaio Trebazio Testa¹⁸: è plausibile che il verbo *multis* fosse indirettamente rivolto alla classe a cui l'amico apparteneva, secondo cui, stando alla testimonianza dell'Arpinate, il *litus* sarebbe stato da considerare pubblico.

La dottrina si è a lungo interrogata sul passo ciceroniano, riscontrando alcune rilevanti perplessità e incongruenze. Schulz¹⁹, in particolare, ha sollevato rilevanti dubbi circa la possibilità che una siffatta definizione, prettamente «metaforica», potesse essere ascrivibile a un giurista e compatibile, di conseguenza, con il rigore linguistico che caratterizza un conoscitore del diritto. Piuttosto, secondo D'Ippolito²⁰, le parole di Cicerone celerebbero, semplicemente, una critica all'amico Aquilio Gallo, citato quale mero esempio all'interno di un più ampio discorso proposto dall'Arpinate. A dimostrarlo sarebbe il contesto in cui il passo è inserito, che merita di essere qui osservato.

Cicerone è intento a esporre all'amico Trebazio Testa i generi della *partitio* e della *divisio*, chiarendo la distinzione tra *formae* e *partes*, le quali – ammonisce – non devono essere confuse. In seguito, si sofferma sulle differenze stilistiche e metodologiche che caratterizzano poeti e oratori da un lato, e giuristi dall'altro. I primi propongono spesso delle definizioni per traslato, con l'ausilio di similitudini e metafore, ma lo fanno con una ricercata eleganza e raffinatezza, tipica del loro mestiere. I giuristi, invece, non sono soliti ricorrere a tali figure retoriche per descrivere un concetto giuridico, lo fanno solo in casi del tutto eccezionali²¹. E a sostegno di questo discorso Cicerone menziona proprio Aquilio Gallo, sottolineando la sua abitudine a utilizzare, per definire il *litus*, il gioco di parole di cui si diceva in precedenza.

Ebbene, come spiegato poco dopo dall'Arpinate, che pare nuovamente riferirsi al giurista e all'esempio innanzi offerto, il ricorso alla traslazione è invero ammissibile, a patto però che non ci si allontani dal significato proprio dei termini (*translatione enim utens discedebat a verbis propriis rerum ac suis*)²².

Insomma, nelle parole dell'Arpinate pare celarsi una critica, non tanto alla definizione di *litus*, la quale trova riscontro in altre rilevanti testimonianze (*in primis* in quella celsina), quanto piuttosto alla pratica di ricorrere a metafore per scolpire definizioni di

18 Sul rapporto tra Cicerone e Trebazio Testa, si veda, tra gli altri, M. TALAMANCA, *Trebazio Testa tra retorica e diritto*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un seminario, Firenze 27-28 maggio 1983*, a cura di G.G. Archi, Milano, 1985, 29 ss.

19 F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it. Firenze, 1968), 178.

20 F.M. D'IPPOLITO, *Del fare diritto nel mondo romano*, Torino, 2000, 35.

21 Rilevante, in tal senso, la testimonianza offerta da Quint. *inst. orat.* 5.14.34: *cum etiam iuris consulti, quorum summus circa verborum proprietatem labor est, 'litus' esse auferent dicere, qua fluctus eludit*, dove ricorrono, ancora una volta, l'esaltazione del rigore linguistico dei giuristi e l'emblematica definizione di *litus maris*.

22 Cic. *Top.* 7.32.

carattere prettamente giuridico²³: il ricorso a riferimenti - potremmo dire - extragiuridici induce a classificare una tale definizione come 'atecnica', priva di quella precisione che dovrebbe caratterizzare il lessico del giurista.

D'altro canto, un'ulteriore differenza tra i due passi può invero rinvenirsi nell'attribuzione della definizione di *litus* a fonti differenti: da un lato ad Aquilio Gallo, come suggerirebbero i *Topica*, dall'altro a Cicerone, come erge dalla testimonianza di Celso. Il primo, in veste di giureconsulto, il secondo in veste di arbitro.

In seno a questa rilevante contraddizione il Mommsen sarebbe arrivato a ipotizzare una corruzione del testo del Digesto... [*idque Marcum Tullium aiunt*] *idque M. Tullius Gallum Aquilium ait*>²⁴, col risultato di attribuire la paternità della definizione proposta da Celso ad Aquilio Gallo, anziché a Cicerone. Stando alla sua ricostruzione, in particolare, la definizione di *litus*, introdotta per la prima volta da Aquilio Gallo, sarebbe stata appresa da Celso proprio dall'Arpinate²⁵. Si tratterebbe, in sostanza, di una sorta di catena: Celso avrebbe tratto la notizia dai *Topica* di Cicerone che a sua volta avrebbe tramandato la nozione proposta dall'amico Aquilio Gallo.

La questione, del resto, è stata oggetto di grande interesse da parte della moderna dottrina, la quale si è a lungo interrogata sul punto, arrivando a conclusioni eterogenee che attribuiscono la paternità della definizione di *litus maris* ora ad Aquilio, ora a Cicerone²⁶.

Mi sembra tuttavia condivisibile, all'interno dell'intenso dibattito che ha animato gli studiosi, la posizione di chi ha inteso valorizzare l'assenza di sufficienti motivi per dubitare della testimonianza celsina²⁷. È invero probabile che Celso abbia tratto la sua

23 Cfr. F.M. D'IPPOLITO, *Del fare diritto*, cit., 35-38.

24 Cfr. *Editio maior* di Th. Mommsen dei *Digesta* ad *h. l.* in cui si ipotizza tale corruzione del testo.

25 Significativa, a tal proposito, l'osservazione di M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 438, nt. 19, secondo cui Celso non avrebbe mai citato come fonte un autore non giurista.

26 Oltre al Mommsen, attribuiscono la definizione di *litus* in D. 50.16.96 pr. ad Aquilio Gallo M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli 2001, 282 s., anche in *BIDR*, XL, 1997, 42 ss.; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, 68; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico*, Milano, 1976, 56, nt. 32; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione (La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana, Atti del Convegno, Pavia, 26-27 aprile 1985, Padova, 1987)*, in *BIDR*, XXX, 1988, 855; M. C. SPANU, *Mare, et per hoc litora maris*, cit., 13. Più prudente si dimostra invece F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno di Pavia, 26-27 aprile 1985*, a cura di M. Sargenti, G. Luraschi, Padova, 1987, 144, nt. 96. Propende invece per l'attribuzione della definizione a Cicerone D. NÖRR, *Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen*, in *Ciceroniana. Atti del III Colloquium Tullianum (Roma, 3-5 ottobre 1976)*, Roma, 1978, 126 ss. Circa il frammento celsino e la testimonianza ciceroniana, si vedano altresì V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e 'valori' in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo*, XXIII, 1977, 164 s.; H. ANKUM, *Litora maris et longi temporis praescriptio*, cit., 361; M. PENTA, *Note sul 'liber definitionum' (D. 50, 16)*, in *Fraterna munera. Studi in onore di Luigi Amirante*, Salerno, 1998, 382 e ss.; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 438, nt. 19; C. MASI DORIA, *'Litus maris'*, cit., 235 s.; P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni*, cit., 408 s.; B. BISCOTTI, *Sopravvenienze, rischio contrattuale, 'litora' e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico*, in *LAH*, X, 2018, 28 ss.; G. PURPURA, *'Viaria de iure maris'*, cit., 220; A. TRIGGIANO, *Conlega et familiaris meus*, cit., 377 ss.; D. DURSI, *'Res communes omnium'*, cit., 39 e nt. 44.

27 Tra gli altri, cfr. G. PURPURA, *'Viaria de iure maris'*, cit., 221.

notizia da un altro giurista²⁸ (da qui il ricorso al verbo *aiunt*) che avrebbe riportato l'oggetto di un lodo arbitrale pronunciato da Cicerone, contenente, sul piano giudiziario, la nozione di *litus maris*²⁹. Si tratterebbe, in altre parole, della prima definizione giuridica di *litus* che si distingue, proprio per il suo tecnicismo, da quella proposta da Aquilio Gallo³⁰. D'altronde, la definizione di Cicerone è decisamente più precisa nell'affermare che il lido si estende fino al massimo flutto dell'onda.

3. Oltre la definizione: una questione di controversie.

Ora, al di là delle singole definizioni di *litus* e delle fonti da cui esse traggono origine, mi sembra che i passi in esame risultino essere a dir poco fondamentali per le informazioni che tramandano.

Si osservino le questioni di fondo.

Le testimonianze fin qui considerate sembrano sottintendere l'esigenza di attribuire una chiara e precisa definizione al controverso concetto di lido, nell'ottica di individuare un criterio universale per dirimere conflitti aventi ad oggetto la proprietà o la frequentazione del *litus*; conflitti che, stando a entrambe le fonti, dovevano essere del tutto frequenti.

Una di queste controversie, come giustamente sottolineato da Purpura, sarà «stata discussa in sede giudiziaria (... *cum de litoribus ageretur* rell.), coinvolgendo per un responso anche il *conlega et familiaris* di Cicerone, Aquilio»³¹, il quale era solito offrire (*solebat*) un parere conforme (anche se non coincidente) a quanto riportato in Cels. 25 *dig.* D. 50.16.96 pr. È quindi probabile che le pronunce di Aquilio si inserissero all'interno di un più ampio e vivo dibattito sorto tra i giuristi dell'epoca e che venissero oltretutto tramandate nell'ambito della definizione del litorale³².

D'altra parte, anche la testimonianza di Celso, avente ad oggetto una pronunzia arbitrale, sembra essere rappresentativa delle controversie che riguardavano la frequentazione del lido.

Qui il giurista richiama una definizione più puntuale di *litus*; non propone una definizione etimologica, alludendo al momento in cui l'onda si infrange sulla battigia, ma sottolinea come il lido corrisponda al tratto di terra ricoperto dal massimo flutto del

28 Solo così potrebbe essere superata l'obiezione di chi rileva che Celso avrebbe sempre citato autori giuristi. Si rinvia, a tal proposito, alla nt. 24.

29 Così, fra gli altri, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 439, nt. 19.

30 Come osservato da A. TRIGGIANO, '*Conlega et familiaris meus*', cit., 380, «In questo caso, si spiegherebbe agevolmente un comprensibile disappunto rispetto a quanto suggerito, in modo così impreciso, dall'amico Aquilio Gallo».

31 G. PURPURA, '*Viaria de iure maris*', cit., 221.

32 Così, tra gli altri, M. PENTA, *Note*, cit., 383.

mare, così come similamente evidenziato in un altro passo del Digesto da Giavoleno Prisco³³:

Iav. 11 *ex Cass.* D. 50.16.112: *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuatur...*

Il giurista propone una terza definizione di *litus* che, soffermandosi sull'estensione del litorale, ne enfatizza la natura pubblica. È l'unica, tra quelle proposte, a far riferimento alla natura giuridica e non solo fisica del lido.

Il testo, in effetti, è stato oggetto di plurimi studi perché rivelerebbe, secondo alcuni, l'esistenza di due differenti porzioni di lido: uno pubblico e uno privato. Stando a tale interpretazione, secondo cui l'aggettivo *publicum* sarebbe riferito a *litus* non come attribuzione, ma come predicato, Giavoleno avrebbe inteso affermare che il lido è pubblico fino al massimo flutto dell'onda; oltre tale limite sarebbe stato invece privato. Pertanto, la definizione proposta da Giavoleno non sarebbe attribuibile al lido in generale, avente, secondo l'orientamento maggioritario, natura pubblica, bensì al solo lido pubblico³⁴.

Eppure, come giustamente osservato da Fiorentini «il lido o è pubblico o non è lido»³⁵. Di fatto, tutto ciò che non veniva costruito sull'area raggiunta dal massimo flutto poteva essere oggetto di rapporti patrimoniali. E tale massimo flutto, come meglio precisato nelle Istituzioni di Giustiniano³⁶, circa quattro secoli dopo l'opera di Giavoleno, è quello che si verifica nel bel mezzo di una tempesta invernale, quando l'intensità delle maree risulta essere più alta:

I. 2.1.3: *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*

È evidente che quest'ultima testimonianza riguarda il diritto romano post-classico e offre un criterio, quello dell'*hibernus fluctus*, di natura stagionale, decisamente più preciso dei precedenti. Il principio, tuttavia, per quanto riguarda il nostro discorso, rimane

33 Tali concetti, tuttavia, non dovevano essere ignorati da Cassio che avrà in qualche modo influito sull'elaborazione di tale definizione: Iav. 11 *ex Cass.* D. 50.16.112.

34 Così G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 74. Secondo lo studioso il termine *publicus* rappresenterebbe un predicato di *litus*. In sostanza, la definizione proposta da Giavoleno non sarebbe attribuibile al lido in generale, avente, secondo la tradizionale interpretazione, natura pubblica, bensì al solo al lido pubblico. In quest'ottica il lido si sarebbe composto di una parte privata e di una parte pubblica.

35 Così M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 452. In tal senso anche B. BIONDI, *La condizione giuridica*, cit., 277, che osserva come l'esigenza di determinare il limite interno e non quello esterno del lido sarebbe da ricondurre al fatto che mare e lido godevano dello stesso regime giuridico; G. PURPURA, *'Liberum mare'*, cit., 185; L. D'AMATI, *'Aedificatio in litore'*, cit., 650-651.

36 Il passo si inserisce nella rubrica dedicata alla divisione delle cose: tra le *res* che, in virtù del diritto naturale, appartengono a tutti (I.2.1.1: *naturali iure communia sunt omnium*), l'imperatore inserisce anche i *litora maris*, il cui accesso non può essere vietato.

in via generale invariato³⁷. Tutte e quattro le testimonianze, con sfumature, dettagli e stili linguistici differenti, ripropongono una definizione simile di *litus*, basata sul flutto dell'onda. Ciò che preme tuttavia sottolineare è l'importanza, ai fini di questo studio, della testimonianza celsina, su cui è bene tornare a soffermarsi.

È probabile che il brano in esame si riferisca a un'ipotesi di *agere ex interdicto*, come ipotizzato da Matteo Marrone³⁸. Lo lasciano intendere l'intervento di un *arbiter* e la materia – quella del *litus maris* – su cui verteva il giudizio.

Pare che Cicerone, designato arbitro dal pretore, fosse stato incaricato di risolvere una controversia sorta sulle rive del mare. E dato che l'interdetto³⁹ *ne quid in flumine publico ripave eius fiat* poteva essere esperito sia a tutela dei fiumi pubblici e delle loro sponde, sia (successivamente) a tutela delle coste⁴⁰, è verosimile che fosse stato promosso al fine di ottenere un ripristino dello stato dei luoghi.

Le cose dovevano essere andate più o meno così: l'intervento di Cicerone sarà stato necessitato dalla costruzione di una struttura eretta sulla riva, la quale avrà forse limitato, se non impedito, l'accesso al mare o l'approdo, andando di conseguenza a confliggere con gli interessi altrui. Ora, dato che l'interdetto poteva comportare una clausola arbitrale e un giudizio rimesso a un *arbiter*, il pretore avrà ordinato di verificare la violazione di un divieto e di accertare la condizione giuridica del tratto di spiaggia in cui era stata eretta la costruzione⁴¹.

Come è evidente, la definizione di *litus* avrà rappresentato un presupposto essenziale e imprescindibile per la risoluzione della controversia. Al fine di decidere sulla legittimità o meno della costruzione sarà stato necessario, in via preliminare, individuare un criterio di soluzione della controversia, obbligando Cicerone a fornire una precisa interpretazione giuridica del termine *litus*, sulla base della quale si sarebbe poi pronunciato⁴². Doveva trattarsi, secondo Marrone, di una sentenza motivata, dove la

37 Per un approfondimento sugli sviluppi relativi alla condizione giuridica del lido in epoca successiva a Giustiniano, si rinvia, tra gli altri, a M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 375 – 379.

38 M. MARRONE, *Su struttura*, cit., 282.

39 Cfr. Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.19: *Deinde ait praetor: 'Quod in flumine publico ripave eius fiat sive quid in id flumen ripave eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterius sit fiat, restituas'*.

40 Il riferimento qui è a Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.17: nell'illustrare il funzionamento dell'interdetto *de fluminis*, Ulpiano riporta un suggerimento di Labeone: *Si in mari aliquod fiat, Labeo competere tale interdictum: 'ne quid in mari inve litore' 'quo portus, statio iterve navigio deterius fiat'*.

41 Tale è la ricostruzione della fattispecie proposta da D. NÖRR, *Cicero-Zitate*, cit., 127; M. MARRONE, *Su struttura*, cit., 282. In tale senso anche C. MASI DORIA, *'Litus maris'*, cit., 235 ss.; G. PURPURA, *'Viaria de iure maris'*, cit., 223.

42 Come sottolineato da M. MARRONE, *Su struttura*, cit., 282, il passo risulta essere di particolare interesse, tra le altre cose, perché tratteggia l'iter decisionale seguito dal giudice per dirimere la controversia. Si tratterebbe quindi di una «sentenza interpretativa». Si veda altresì G. PUGLIESE, *Intervento di chiusura, in Ciceroniana. Rivista di studi ciceroniani*, III, n.s. [Atti del III Colloquium Tullianum. Roma, 3-5 ottobre 1976], 1978, 198, secondo cui Cicerone rappresenterebbe «l'autore di un precedente giudiziario», nonché R. MARTINI, *Le definizioni*, cit., 100, che attribuisce alla definizione una «funzione topico-interpretativa».

definizione di *litus* risultava essere «la premessa per una pronuncia di condanna o assoluzione d'una delle parti nel procedimento che seguiva l'emanazione dell'interdetto»⁴³.

La definizione di *litus* – offerta tanto da Cicerone, quanto da Aquilio Gallo – oltre ad essere prodromica e necessaria per la risoluzione di conflitti, sembra essere estremamente indicativa di come la frequentazione del litorale e la costruzione di edifici dovessero essere, da un punto di vista pratico, piuttosto problematici. La necessità di rivolgersi ad Aquilio Gallo per avere un parere sulla natura giuridica del litorale, così come la designazione di Cicerone in veste di arbitro, chiamato a stabilire la necessità di un ripristino dello stato dei luoghi in riva al mare, rivela una certa rilevanza del fenomeno; i conflitti dovevano essere alquanto numerosi e le controversie, spesso, di non facile soluzione.

La successiva collocazione del frammento celsino (e del brano di Giavoleno) nel titolo *De verborum significatione* mi sembra poi estremamente significativa. Come osservato da Dell'Oro, «il titolo 50.16 è stato concepito non già come un'elencazione sistematica dei vocaboli adottati né come un indice delle materie trattate, ma piuttosto come una guida non solo allo studioso, ma soprattutto all'operatore giuridico alla ricerca del vero significato delle manifestazioni verbali. [...] possiamo dire che il titolo ha non già solo un connotato culturale, ma soprattutto una funzione pratica»⁴⁴.

In effetti, le definizioni proposte sembrano rappresentare dei veri e propri indicatori, attraverso cui possiamo ricostruire problematiche giuridiche e valori ideologici. È in quest'ottica che ai brani di Celso e Giavoleno deve essere attribuita una particolare rilevanza, in virtù della posizione da questi assunta in merito all'elemento distintivo del *litus*.

Ma vi è di più. Queste definizioni hanno un'ulteriore peculiarità: assumono il valore di *regulae iuris*, traducendosi in vere e proprie affermazioni di principi giuridici⁴⁵. La definizione di *litus* dovrebbe essere letta in tale prospettiva come un vero e proprio sintomo della necessità di orientare e uniformare le soluzioni proposte dai giuristi in occasione delle discussioni aventi ad oggetto il *litus maris*; discussioni che, a ben vedere, non dovevano essere del tutto infrequenti.

43 M. MARRONE, *Su struttura*, cit., 282.

44 A. DELL'ORO, *Il linguaggio dei compilatori del Digesto quale risulta dal titolo 50.16 'de verborum significatione'*, in *Atti del convegno di studi 'Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano' (Sassari 22-23 novembre 1996)*, a cura di F. Sini, R. Ortu, Milano, 2001, 5-13, anche in *La cattedra e la toga*, cit., 437-446. Sui significati del titolo D. 50.16, si vedano altresì M. MARRONE, *Le significationes di D. 50.16 ('de verborum significatione')*, in *SDHI*, LX, 1994, 583 ss.; ID., *Nuove osservazioni su D.50.16 'de verborum significatione'*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII, 1995, 169 ss.; ID., *Osservazioni su D.50.16*, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del convegno internazionale di studi. Lecce, 5-6 dicembre 1994*, a cura di O. Bianco e S. Tafaro, Galatina, 1999, 37 ss. (anche in *AUP4*, XLV, 1998); M. PENTA, *Note sul liber definitionum (D. 50.16)*, cit.

45 Così M. MARRONE, *Le significationes*, cit., 593-594, dove l'autore richiama sia Cels. 25 dig. D.50.16.96 pr. che Iav. 11 ex Cass. D. 50.16.112. Tali passi, secondo l'autore, potrebbero alternativamente figurare sia in D. 50.16 che in D. 50.17.

4. *A proposito del fenomeno di antropizzazione delle coste.*

Dobbiamo poi considerare un dato. L'attività di elaborazione definitoria (il riferimento, è evidente, è alle prime tre testimonianze) si concentra tra la prima metà del I sec. a.C. e l'età neroniana; un periodo particolarmente florido per l'economia marittima romana.

Lo sfruttamento delle risorse marine risulta essere sempre più intenso e i conflitti tra utenti, di conseguenza, sempre più frequenti. Il mare, oltre a consentire il trasporto di prodotti, era divenuto una fondamentale risorsa per la pesca, praticata in alto mare e sulla riva⁴⁶. Questo doveva creare forti tensioni tra i diversi fruitori del mare; pescatori e naviganti – è evidente – non potevano vedere di buon occhio la propensione a costruire peschiere, moli, rampe e infrastrutture. La tendenza a posizionare blocchi di pietra che si elevavano al di sopra del livello del mare doveva essere di evidente ostacolo alle loro attività. Inoltre, come giustamente osservato da Ligios, tali strutture, realizzate mediante il getto di *moles*, potevano sorgere interamente in acqua, andando a formare degli isolotti artificiali destinati a proteggere porti, spiagge e infrastrutture varie, ma potevano anche protendersi verso il mare a partire dalla terra ferma⁴⁷, arrivando a occupare vaste aree.

Del resto, a partire dalla tarda età repubblicana, soprattutto nell'Italia centrale tirrenica, si assiste a un'intensa attività di antropizzazione delle coste romane⁴⁸. Se osserviamo la scansione temporale proposta da Xavier Lafon circa il fenomeno di diffusione delle ville marittime, notiamo come l'élite romana abbia iniziato a manifestare un certo interesse per i siti costieri nella seconda metà del II secolo a.C. A partire dall'80 a.C., si assiste invece alla costruzione di edifici lungo la riva del mare, sulle coste rocciose o sulle scogliere, dopodiché, intorno al 40 a.C., si registra, in maniera sempre più sistematica, la diffusione di insediamenti allocati almeno in parte nell'acqua, in una posizione sempre meno arretrata⁴⁹.

46 Sul sistema di sfruttamento della risorsa marina in epoca romana, vedasi, fra gli altri, A. MARZANO, *Un mare da coltivare. Lo sfruttamento delle risorse nel Mediterraneo romano*, Roma, 2021.

47 M. A. LIGIOS, *Antropizzazione*, cit., 8 ss., con fonti e bibliografia ulteriore.

48 Sul fenomeno di antropizzazione delle coste romane, si veda, altresì M. FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero*, in *Index*, XXIV, 1996, 143 ss.; ID., *I Romani e i paesaggi: un rapporto conflittuale*, in *Iura*, LXXIX, 2021, 52 ss.; ID., *Paesaggi marittimi in età romana (I a. C. – III d. C.). Prassi sociale e riflessione giuridica*, in *Enjeux environnementaux et souci de la nature, de la Rome ancienne à la Renaissance. Questioni ambientali e senso della natura da Roma antica al Rinascimento*, éd. I. G. Mastroianni - É. Gavoille, Bordeaux, 2023, 137-152.

49 Cfr. X. LAFON, *À propos des villas maritimes: cadre réel et cadre rêvé d'après les représentations figurées*, in *Ktema*, XVI, 1991, 131-145. Sulla datazione delle prime ville marittime, si veda altresì H. MIELSCH, *La villa romana* (trad. it. Firenze 1990), 22. Più in generale, sulle ville marittime romane, si veda, tra gli altri, X. LAFON, *À propos des villas de la zone de Sperlonga. Les origines et le développement de la 'villa maritima' sur le littoral tyrrhénien à l'époque républicaine*, in *Mélanges de l'École Française de Rome. Antiquité*, XCIII, 1981, 297-353; ID., *'Villa maritima'. Recherches sur les villas littorales de l'Italie romaine. III siècle av. J.C. – III siècle ap. J.C.*, Rome, 2001; M. FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica*, cit., 143 ss.; A. MARZANO, *Roman Villas in Central Italy. A Social and*

Da qui deriva un'importante considerazione: gli autori delle definizioni sinora esaminate non potevano ignorare i notevoli interessi economici sottesi al crescente sfruttamento delle risorse marine, né il fenomeno di diffusione delle ville marittime. Si trattava di un fenomeno di portata decisamente considerevole, attestato dall'elevato numero di insediamenti sorti in quel periodo storico. Il dato, seppur non dirimente, appare comunque estremamente interessante: proprio in concomitanza con l'affermazione di nuove opportunità di sfruttamento dell'ambiente marino e col conseguente fenomeno di diffusione delle ville marittime, si sente la necessità di dare una chiara e precisa definizione di *litus*, nell'ottica di dirimere controversie aventi ad oggetto la sua frequentazione.

È quindi possibile immaginare che le plurime controversie – di cui i brani di Celso e Cicerone sembrano dare prova – non riguardassero solo le costruzioni temporanee, come si è spesso sostenuto, ma avessero una portata più ampia, fino a via via coinvolgere insediamenti, moli e peschiere, stabilmente costruiti. Dovevano attenere a tutti quegli impianti che potevano sottrarre alla collettività ingenti spazi e risorse, che si collocavano in quella parte di spiaggia coperta dalle grosse ondate del mare. E il problema – come sottolineato da Gianfranco Purpura – doveva riguardare, in modo particolare, i pescatori (soprattutto di tonno, la cui pesca non si svolgeva in mare aperto ma sulla riva⁵⁰), la cui attività era spesso ostacolata dalle plurime e fitte costruzioni allocate sulle coste⁵¹. Di fatto, alla base di queste controversie, vi era l'interesse di poter godere e disporre liberamente delle risorse naturali del lido e del mare.

Dopotutto, l'introduzione della categoria delle *res communes omnium* sembra essere strettamente legata alla necessità di attribuire a una certa tipologia di beni, o meglio, di risorse, un distinto regime giuridico, giustificato, non tanto dall'esigenza di tutelare interessi di natura meramente solidaristica, quanto piuttosto di carattere strettamente economico. Il fine doveva essere preservare e tutelare i contesti entro cui le attività legate allo sfruttamento delle *res communes omnium* – come la pesca – venivano esercitate, limitando ogni loro possibile restrizione⁵².

Economic History, Leiden – Boston, 2007; 'Villae maritimae' del Mediterraneo occidentale. Nascita, diffusione e trasformazione di un modello architettonico, a cura di G. Ciucci, B. Davide Petriaggi, C. Rousse, Roma, 2024.

50 G. PURPURA, *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia. V – Sull'origine bizantina della tonnara*, in *Rassegna Internazionale di Archeologia Subacquea, Acitrezza*, 30 sett.-3 ott. 2004, inserito in 'Liberum mare', *acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico, Colloq. Intern. 'Ressources et activités maritimes des peuples de l'Antiquité', Université du Littoral Côte d'Opale*, Boulogne, 12-14 maggio, 2005, anche in *AUPA*, XLIX, 2004 (pubbl. 2005), 165-206. Sulle modalità di pesca del tonno, si veda altresì A. PALMA, *Limitazioni negoziali all'esercizio della pesca*, in *Studi per G. Nicosia*, VI, Milano, 2007, 39 ss.

51 G. PURPURA, 'Viaria de iure maris', cit., 221.

52 Così M. FALCON, 'Res communes omnium', cit., 12. Sul rapporto tra la natura delle *res communes omnium* e la tutela di necessità di tipo economico, si veda D. DURSÌ, *Le 'res communes omnium' di Marciano*, cit.

5. Conclusioni.

Oggetto di vivido interesse da parte della moderna dottrina, la condizione giuridica del lido (e delle costruzioni ivi erette) doveva rappresentare già in epoca romana una questione alquanto complessa e dibattuta. Le fonti a nostra disposizione testimoniano una certa controversialità fra le opinioni dei giuristi romani: c'è chi gli attribuisce natura pubblica, chi lo annovera tra le *res nullius* e chi, come Marciano, in virtù del peculiare rapporto con il mare, arriva a definirlo *res communis omnium*.

La questione, oltre a essere pregiudiziale alla comprensione del regime dell'*aedificatio in litore*, impone primariamente di interrogarsi sull'effettiva estensione spaziale del *litus*, in merito al quale gli stessi antichi hanno dimostrato un particolare interesse.

Ebbene, nelle fonti giuridiche e letterarie la definizione di *litus maris* compare per ben quattro volte, rivelando una certa difficoltà nel tracciare una precisa linea di demarcazione tra il mare e il suo litorale, sottoposto al costante e ripetuto moto ondoso e influenzato da numerosi fattori ambientali. Sia pure con sfumature differenti, tutte le definizioni fanno espresso riferimento al flutto dell'onda, andando a individuare il *litus maris* – sempre delimitato dal mare verso la terraferma – nella striscia di costa contro la quale si infrange il flutto, condizionato da fattori quali l'inclinazione della costa, la forza del moto ondoso, le stagioni, ma anche dal livello delle maree.

Ora, come si è cercato di dimostrare, tali testimonianze risultano rilevanti per un duplice ordine di motivi: oltre a tramandare la definizione giuridica di *litus*, caratterizzato da un regime giuridico del tutto peculiare, sembrano offrire una rappresentazione delle controversie che dovevano essere frequentemente sottoposte all'attenzione dei giureconsulti romani. Sullo sfondo sembra emergere l'esigenza di attribuire una chiara e precisa definizione al controverso concetto di lido, con l'intento di individuare un criterio per risolvere le controversie aventi ad oggetto la proprietà o l'uso del *litus*. È dunque probabile che tali pronunce si inserissero all'interno di un intenso e ampio dibattito che doveva coinvolgere i giuristi dell'epoca, chiamati spesso a interrogarsi su questioni di tale natura.

Giova poi sottolineare che l'attività di elaborazione definitoria si concentra tra la prima metà del I sec. a.C. e l'età neroniana. Il dato assume una certa rilevanza in virtù di quel fenomeno di antropizzazione che, a partire dal II secolo a.C., interessò le coste romane e andò progressivamente a diffondersi in tutte le aree del Mediterraneo.

Accanto a installazioni di carattere temporaneo, adibite a ricovero dei pescatori, sulle coste romane andarono progressivamente a diffondersi insediamenti complessi e articolati, frutto di importanti e sofisticati progetti architettonici, di cui ancora oggi custodiamo preziose testimonianze. L'élite romana inizia a manifestare un certo interesse per i siti costieri e la loro *amoenitas* nella seconda metà del II secolo a.C., ma è solo a partire dall'80 a.C. che si assiste in maniera sempre più frequente alla diffusione di edifici costruiti lungo la riva del mare, sulle coste rocciose o sulle scogliere. I *domini*, persuasi dalla produttività di tali insediamenti, ricercano sempre di più un

collegamento diretto con la risorsa marina, fino a quando, intorno al 40 a.C., iniziano a costruire insediamenti allocati almeno in parte nell'acqua, in una posizione sempre meno arretrata.

È difficile immaginare che gli autori dei brani esaminati potessero ignorare la portata di tale fenomeno. Il dato, pur non essendo decisivo, risulta comunque estremamente significativo: proprio nel momento in cui vengono ad affermarsi nuove e preziose opportunità di sfruttamento dell'ambiente marino e si diffondono in modo sempre più capillare gli insediamenti marittimi, si avverte l'esigenza di fornire una definizione del *litus* chiara e precisa, utile a dirimere le controversie legate alla sua fruizione. Forse, a creare maggiori questioni, dovevano essere proprio queste strutture, d'ostacolo a tutti gli altri consociati.

ABSTRACT: Il contributo intende esaminare le definizioni di *litus maris* contenute nelle fonti romane. Il fine è approfondire due precipue questioni: da un lato individuare la puntuale estensione spaziale del *litus*, presupposto necessario per stabilire l'applicabilità o meno del regime giuridico pertinente al litorale, dall'altro provare a cogliere le ragioni che hanno verosimilmente condotto alla formulazione di una tale definizione.

PAROLE CHIAVE: *Litus* – Definizione – Natura giuridica – Coste.

Heng Xu

SPECIFICATIO IN ROMAN LAW

SOMMARIO: 1. *Specificatio* in the eyes of Roman jurists. – 2. The school controversy on *specificatio*. – 2.1. Philosophical explanation. – 2.2. The ‘conservatism versus progressivism’ explanation. – 2.3. Methodological explanation. – 2.4 Rhetorical explanation. – 2.5. Brief summary. – 3. ‘*Nova species*’ and the identity. – 4. *Media sententia* and the reversibility criterion. – 5. The legal status of the processor in bad faith. – 6. Conclusion.

1. ‘*Specificatio*’ in the eyes of Roman jurists.

In modern Roman law literature, *specificatio* is typically regarded as a mode of acquiring ownership, parallel to *accessio*¹. Some literature also lists *confusio* as an independent mode of acquisition of ownership², and even further distinguishes between *confusio* and *commixtio*³. Nevertheless, although these issues were widely discussed in Roman law, Roman jurists were not familiar with the nominal terms used to summarize modes of acquiring ownership. Taking *specificatio* as an example, it represents the nominalized form of the Latin expression *speciem facere* and first appeared in a twelfth-century anonymous legal treatise⁴; although the term *accessio* does exist in the Roman law texts, it merely conveys the general idea of one thing being accessory to another and is

1 Cfr. J.A.C. THOMAS, *Textbook of Roman law*, Amsterdam - New York - Oxford, 1976, 169 ss. It is worth noting that Roman law sources distinguish only between ‘acquisition according to *ius civile*’ and ‘acquisition according to *ius naturale* or *ius gentium*’; the so-called ‘original acquisition’ and ‘derivative acquisition’ are concepts from modern law. Cfr. A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, 16; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 413 s.

2 Cfr. F. GUIZZI, voce *Confusione nella proprietà (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1957, 87 ss.

3 Generally, *confusio* refers to the inseparable fusion of liquids or solids, such as the mixing of wines or the fusion of metals; *commixtio*, on the other hand, refers to the mixing of solids that remain individually separable (though often difficult to distinguish) and preserve their individual characteristics, such as the mixing of grains or the mingling of livestock. In both cases, it is hard to say that one thing is absorbed by another, and thus the principle of *accessio* does not apply. In cases of *confusio*, a co-ownership arises among the owners of the different items, with shares determined based on their respective contributions (I. 2.1.27); in cases of *commixtio*, a co-ownership arises only if the mixing occurred by agreement, otherwise each party retains ownership of their original property (I. 2.1.28). In either case, whether as co-owners or as continuing owners of their original property, they can only seek remedies through the *vindicatio pro parte* (Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.3.2). Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁶, Torino, 1993, 326 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano, 1996, 278; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 309. In this regard, the distinction between *confusio* and *commixtio* seems to be of little significance.

4 Cfr. E. BOCKING, *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*, Berolini, 1829, 36; C. VAN DER MERWE, ‘*Nova Species*’, in *Roman Legal Tradition*, II, 2004, 98. For a more detailed bibliography, cfr. A. PLISECKA, ‘*Tabula picta*’. *Aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Milano, 2011, 71, nt. 31.

unrelated to the modes of acquiring ownership⁵. For Roman jurists, it was not important to classify a specific case as *accessio*, *confusio* or *specificatio*, since they preferred to resolve disputes through case-based reasoning rather than abstract concepts and rules⁶. Should the case of honey belonging to A mixed with wine belonging to B to form mead be categorized under which abstract notion? In reality, Roman jurists could never have posed such a question, as their concern was what solution should be adopted in this particular case, or how to determine the attribution of ownership in such situation⁷.

If a person uses other's materials to create a new thing, to whom should ownership of the new thing belong? This is the core issue that the rule of *specificatio* aims to address. From the perspective of Roman jurists, it is precisely because the material loses its identity and becomes a new thing that the ownership of this resulting object needed to be determined. But when does a transformation in an object make it a new thing? How to determine whether the identity of the material has been altered? Roman jurists, however, did not provide clear answers to these questions, instead tending to address them through a series of concrete cases⁸. Nevertheless, although the cases on *specificatio* in the sources are fairly specific, they do little to clarify the criterion of identity, leaving it difficult to determine whether a new thing has been created. The only certainty is that, for a new thing to be created, the material must undergo a significant transformation sufficient to alter its identity.

Even when the creation of a new thing is beyond dispute, determining to whom it belongs remains a highly challenging problem. Three key texts in the sources provide direct and detailed accounts of the issue of *specificatio*: Gai 2.79⁹, Gai. 2 *rer. cott. D.*

5 Cfr. P. VOGLI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 253; P. MADDALENA, 'Accedere' e 'cedere' nelle fonti classiche, in *Labeo*, XVII, 1971, 171 ss. For a detailed discussion on the meaning of *accessio*, cfr. C. SANFILIPPO, voce *Accessione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, I.1, Torino, 1957, 129 s.; G. BRANCA, voce *Accessione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 261 s.

6 Cfr. A. PLISECKA, 'Tabula picta', cit., 71; P. PASQUINO, *Rimedi pretori in alcuni casi di accessione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, IV, 2011, 15 ss.

7 Strictly speaking, the two are not entirely equivalent, because even if ownership is determined according to certain criteria, it does not necessarily mean the dispute is fully resolved. Precisely once ownership is determined, a series of new issues may arise, such as compensation for materials or labor provided by one party to the other, or the protection of third-party interests. However, in the context of Roman law, determining ownership always remained the most important and central aspect in *specificatio* or *accessio* cases, even though from a modern perspective it cannot be neatly separated from the other issues mentioned.

8 Cfr. Ulp. 16 *ad ed. D.* 6.1.5.1; Ulp. 24 *ad ed. D.* 10.4.9.3; Paul. 26 *ad ed. D.* 10.4.12.3; Paul. 29 *ad ed. D.* 13.7.18.3; Ulp. 22 *ad Sab. D.* 30.44.2; Ulp. 22 *ad Sab. D.* 32.49.5; Paul. 5 *ad L. Iul. et Pap. D.* 32.88 pr.-3; Gai. 2 *rer. cott. D.* 41.1.7.7; Paul. 14 *ad Sab. D.* 41.1.24; Gai 2.79; I. 2.1.25.

9 Gai 2.79: *In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex unis <aut olivis aut spicis> meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum an tuum. Item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris, item si ex lana mea vestimentum feceris vel si ex vino et melle meo mulsum feceris sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, <quaeritur, utrum tuum sit id quod ex meo effeceris,> an meum. Quidam materiam et substantiam spectandam*

41.1.7.7¹⁰, and I. 2.1.25¹¹. Based on these fragments, three possible solutions can be identified regarding the ownership of the new thing: (1) it belongs to the material owner; (2) it belongs to the processor; or (3) if the new thing can be restored to its original form, it belongs to the material owner; otherwise, it belongs to the processor. The first two solutions were supported by jurists of the Sabinian and Proculian schools respectively, while the third one, known as the *media sententia*, was ultimately adopted by Justinian¹². Additionally, Justinian supplemented this with a provision for a new scenario: if someone uses partly his own and partly other's material to create a new thing, the ownership of the new thing vests in the maker. He justified this by noting '*non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit*', meaning that the processor had contributed both his labor and a portion of the material. In fact, this is the only text that explicitly takes labor into account in determining the attribution of ownership. According to the prevailing view, Roman law did not attach significant importance to the labor contributed by the processor¹³. This text in Justinian's *Institutes*,

esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, videatur esse; idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero eius rem esse putant, qui fecerit; idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; || sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit habere actionem; nec minus adversus eundem conditionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

10 Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.7.7: *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. Ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. Videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est delegit.*

11 I. 2.1.25: *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit? utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit? ut ecce si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia. Partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.*

12 Cfr. J.A.C. THOMAS, *The Institutes of Justinian. Text, Translation and Commentary*, Oxford, 1975, 65 ss.

13 Cfr. F. PULITANÒ, *Joseph Benys. Materia in movimento e diritto in pietra*, Pisa, 2024, 112.

however, seems to remind us that both the material and the value of labor must be considered when determining the ownership of a new thing¹⁴.

Notably, according to the sources, whether following the Sabinian solution, the Proculian solution, or the *media sententia*, the scenarios they address are all cases of ‘pure *specificatio*’, in which one person entirely uses materials belonging to another to create a new thing. Beyond this, there is also the phenomenon referred to as ‘mixed *specificatio*’, where materials belonging to different owners are combined to form a new thing. In the context of Roman law, the key distinction between pure *specificatio* and mixed *specificatio* does not rest on whether the materials are provided entirely by one party or by multiple parties, but rather on whether the processor is someone other than the material provider(s). Specifically, when one party makes a new thing entirely out of other’s material, this case clearly falls under pure *specificatio*¹⁵. Also, the case in which A mixes the materials belonging to B and C to create a new thing should be regarded as a case of pure *specificatio*, since in this case the dispute over ownership still concerns the processor and the owners of the materials. However, if the processor contributes a portion of the materials, the situation changes: the disputing parties over the ownership of the new thing are then the processor and the material owner(s), with the former simultaneously holding the status of a material owner¹⁶. In this regard, although Justinian ultimately made a decisive but somewhat hasty ruling, the classical jurists held divergent views. For instance, in the case where one party provides honey

14 Compared with appealing to the abstract criterion of identity to determine what counts as a new thing, considering both the materials and the value of labor in deciding to whom the new thing belongs is undoubtedly more practical. However, it must be noted that although the questions of ‘what is a new thing’ and ‘to whom does the new thing belong’ can be logically distinguished, with the latter presupposing the former, the two are often intertwined in practice. The issue of *specificatio* arises precisely because someone uses other’s materials to create a new thing, and the core purpose of the rule is to determine its ownership. Theoretically, if the identity of the materials remains unchanged and no new thing has been created, there is no issue of *specificatio*, and ownership always belongs to the owner of the materials. Yet, as mentioned above, whether the identity has changed or whether a new thing has been formed is not a straightforward factual judgment, and there is no clear standard for such a determination. When a dispute arises and requires resolution, there is no substantive difference between the two paths: either concluding that the identity of the materials remains unchanged and no new thing has been created, or concluding that the identity has changed and a new thing has been created but ownership of this new thing nonetheless belongs to the material owner (the Sabinian solution). For example, in the case of harvesting wheat from ears of corn (Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7), Gaius argues that the wheat belongs to the owner of the ears, because ‘*enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est delegit*’. However, even if the wheat is considered a new thing compared to ears of corn, under the Sabinian view, ownership of the wheat would still belong to the owner of the ears. In either scenario, the labor involved in processing the ears into wheat is ignored, and the sources never suggest that the owner of the materials must compensate the maker for the value of his labor in order to obtain ownership of the new thing. Only under the Proculian solution is the value of the maker’s labor taken into account, although this is rarely explicitly mentioned.

15 The cases recorded in Gai 2.79, Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 and I. 2.1.25 all belong to this category.

16 Cfr. A. PLISECKA, ‘Accessio’ and ‘Specificatio’ Reconsidered, in *Legal History Review*, LXXIV, 2006, 59.

and another provides wine, and the two are mixed to form mead, Gaius believed that if such mixing was done with the consent of the material owners, ownership of the mead should be shared between them (Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.8). In the subsequent fragment he states: *Sed et si sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae vel eiusdem generis vel diversae, idem iuris est.* This implies that, even in the absence of agreement between the parties, the new thing resulting from the mixing ought to be co-owned by the material owners¹⁷. Pomponius and Ulpianus, by contrast, maintained that the mead should belong to the processor, *‘quoniam suam speciem pristinam non continet’* (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.5.1). This demonstrates that these two jurists followed the Proculian solution even in case of mixed *specificatio*¹⁸.

From the sources we can also identify several other important details. Firstly, in determining the ownership of a new thing, the three fragments addressing the issue of *specificatio* all refer to the so-called *‘naturalis ratio’*¹⁹. In Gai 2.79 and I. 2.1.25, *naturalis ratio* is placed at the beginning of the texts, suggesting that it guides the entire rule of *specificatio*; while in Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7, *naturalis ratio* is only presented as an argument supporting the Sabinian view. Nevertheless, this difference in wording should not be considered significant, since substantial evidence indicates that the Proculians likewise relied on the same reasoning. Specifically, the Sabinians argued that *‘sine materia nulla species effici possit’*, and therefore the new thing should be attributed to the material owner, in accordance with *naturalis ratio*. By contrast, the Proculians argued that ownership should vest in the maker, on the grounds that *‘quod factum est, antea nullius fuerat’*, implying the new thing was a *res nullius*. As for why such a *res nullius* should belong to the maker, although the Proculian jurists did not explicitly state their reasoning, it is reasonable to infer that ownership of the new thing was acquired by the maker through *occupatio*²⁰. This is because, in Roman law acquiring ownership of a *res nullius* through *occupatio* is one of the typical manifestations of *naturalis ratio*²¹. In

17 The expressions in I. 2.1.27 and Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.8-9 are almost identical. This leads to the problem that the content of the latter part of I. 2.1.25 and I. 2.1.27 are contradictory: in the former, Justinian attributes ownership of the mead to the processor, whereas in the latter, the mead is co-owned by both parties.

18 Some literature suggests that in Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.8-9, as well as Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.5.1, it is only certain that the materials were provided by two parties; it remains unclear whether the processing was done by one party alone, jointly by both, or involved a third party other than the material owners (Cfr. F. PULITANO, *Joseph Benjy*, cit., 95). However, a close reading of wording in these fragments reveals that no third party was involved (Cfr. A. PLISECKA, *‘Accessio’*, cit., 59).

19 Cfr. Gai 2.79: *In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur*; Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7: *Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset*; I. 2.1.25: *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit?*

20 Cfr. T.G. LEESEN, *Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies*, Leiden - Boston, 2010, 73 ss.

21 Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.3 pr.: *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.* However, such an explanation is not free from flaws: firstly, if the maker had no intention to acquire ownership, then the

this way, *naturalis ratio* emerges as a justification that could support both the Sabinian and the Proculian positions²². Nevertheless, by the time of Gaius, *naturalis ratio* had already been reduced to a tool of reasoning grounded in human rationality and common sense, serving primarily to underscore the self-evident character of a given argument; in the later classical period, its function became almost entirely rhetorical²³. Thus, beyond demonstrating that both schools' positions rested on a shared appeal to self-evident and commonsense rationality, *naturalis ratio* contributed little of substance to the clarification of the issue of *specificatio*.

Secondly, Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 opens by explicitly stating the premise that the processor creates the new thing in his own name (*suo nomine*), a point that is not merely incidental to the argument. In fact, for Roman jurists, the name under which the *specificatio* was performed consistently played a crucial role in determining the ownership of the new thing²⁴. For example, in Pomp. 14 *ad Sab.* D. 24.1.31.1²⁵, Call. 2 *inst.* D. 41.1.25²⁶ and Pomp. 30 *ad Sab.* D. 41.1.27.1²⁷, ownership of the new thing is invariably attributed to the person in whose name the *specificatio* was done. Acting in one's own name implies that the processor is working for himself rather than on behalf of another, indicating the processor's intention to acquire ownership of the new thing. This again recalls the notion of *occupatio*, since the intention to acquire ownership is fundamentally required for acquisition by *occupatio*. Paradoxically, although modern civil law generally acknowledges that *occupatio* necessitates the occupant's intention to acquire ownership, the corresponding requirement is commonly disregarded in modern regulations on *specificatio*. This prompts reflection on why this requirement is absent in modern *specificatio* rules and on the intrinsic connection between *specificatio* and *occupatio*.

doctrine of *occupatio* would hardly be applicable in this context; secondly, the process of transformation (turning material into a new thing) usually takes a certain period of time, during which ownership cannot be clearly determined, and once the *specificatio* is completed, the first person to possess the new thing may not be the maker; lastly and most crucially, Roman law texts only indicate that '*mutata forma prope interemit substantiam rei*' (Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.9.3), which means that even though the form of the material has been altered, its substance has not been entirely destroyed. Therefore, regarding a new thing made from other's material as a *res nullius* that can be acquired through *occupatio* seems inappropriate. Cfr. C. VAN DER MERWE, '*Nova Species*', cit., 101.

22 Cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 75.

23 Cfr. P. STEIN, *The Development of the Notion of 'Naturalis Ratio'*, in *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh - London, 1974, 313 ss.

24 Cfr. F. PULTANÒ, *Joseph Beys*, cit., 2024, 86 s.

25 Pomp. 14 *ad Sab.* D. 24.1.31.1: *Si uxor lana sua, operis ancillarum viri, vestimenta sui nomine confecit mulieria, et vestimenta mulieris esse et pro operis ancillarum viro prestare nihil debere: sed viri nomine vestimenta confecta virilia viri esse, ut si lanae uxori praestet pretium: sed si non virilia vestimenta suo nomine mulier confecit, sed ea viro donavit, non valere donationem, cum illa valeat, cum viri nomine confecit: nec umquam operas viri ancillarum aestimari convenit.*

26 Call. 2 *inst.* D. 41.1.25: *Nisi voluntate domini alterius nomine id factum sit: propter consensum enim domini tota res eius fit, cuius nomine facta est.*

27 Pomp. 30 *ad Sab.* D. 41.1.27.1: *Ubi simul plura contribuuntur, ex quibus unum medicamentum fit, aut coctis odoribus unguenta facimus, nihil hic suum vere dicere potest prior dominus: quare potissimum existimari, cuius nomine factum sit, eius esse.*

2. *The school controversy on 'specificatio'.*

During the early Roman Principate, two opposing schools emerged: the Sabinians and the Proculians. At that time, almost all prominent jurists belonged to one of these two schools, and their representatives held divergent views on many issues within private law²⁸. Although many of these controversies have lost practical relevance over time, the issue of *specificatio* remains remarkably enduring. Even in modern civil law, divergent solutions to the issue of *specificatio* still persist. To some extent, this can be seen as the continuation of the Sabinian-Proculian debate on *specificatio*.

As previously mentioned, the three texts addressing *specificatio* explicitly refer to the divergent solutions proposed by the two schools: the Sabinians held that the material owner should be the owner of the new thing, while the Proculians believed that the new thing should belong to the processor. As for the reasoning behind their respective positions, only Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 makes only a brief reference: the Sabinians argued that '*sine materia nulla species effici possit*', whereas the Proculians contended that '*quod factum est, antea nullius fuerat*'. Obviously, such brief remarks are far from sufficient to reconstruct the original context of the *specificatio* controversy between the two schools. Regarding the causes of the school controversies, many contemporary scholars have offered explanations grounded in philosophy, the dichotomy between conservatism and progressivism, methodology, and rhetoric²⁹.

2.1. *Philosophical explanation.*

One of the most important scholar to propose a philosophical interpretation was Sokolowski³⁰. He argued that the Sabinians maintained that ownership of the new thing should belong to the *dominus materiae* due to the influence of Stoicism, while the Proculians held that ownership of the new thing should be acquired by the maker, under the influence of the Aristotelian philosophy. The former philosophical view held that substance or entity is concrete and tangible, and changes in external form do not affect the existence of things, thus what truly matters is the material rather than the form. By contrast, the latter philosophical school maintained that every object consists of both matter and form, with form regarded as the more essential and

²⁸ For a detailed discussion of the controversies between the two schools on specific issues, cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 46 ss.

²⁹ Extensive literature has broadly explained the causes of the controversies between the two schools. Cfr. G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Roma, 1970, 7 ss.; P. STEIN, *The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate*, in *The Cambridge Law Journal*, XXXI, 1972, 8 ss.; G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, 3 ss.; T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 5 ss. This article focuses only on the controversy on *specificatio*.

³⁰ Cfr. P. SOKOLOWSKI, *Die Lehre von der Specification*, in *ZSS*, XVII, 1896, 252 ss. In the same vein, F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius. Part II: Commentary*, Oxford, 1963, 78 ss.

superior element. When a new thing is created, the form plays a dominant role, and the material is absorbed into the new thing and ceases to exist. Although this explanation is quite plausible, it has been questioned by many scholars³¹. Firstly, it remains unclear how, and to what extent, Greek philosophy actually influenced Roman law³². Secondly, this philosophical explanation works only on the issue of *specificatio*, and cannot be extended to the many other controversies between the two schools. Finally, it is implausible that Roman jurists would have resolved legal disputes solely based on philosophical doctrines³³.

2.2. The 'conservatism versus progressivism' explanation.

Many scholars explained the controversy between the two schools on *specificatio* through the lens of 'conservatism versus progressivism'. Some argued that the Sabinians were traditional and conservative, while the Proculians were innovative and progressive³⁴. They argued that the Sabinians aimed to preserve existing ownership and therefore maintained that the new thing should belong to the owner of the materials, whereas the Proculians, placing greater value on production and creative activity, supported attributing ownership of the new thing to the maker³⁵. Other scholars, however, took the opposite stance, arguing that the Sabinian position was more progressive, whereas the Proculian view was comparatively more conservative³⁶. Firstly, Karlowa argued that the Romans were characterized by vitality and creativity,

31 Cfr. H.F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*³, Cambridge, 1972, 379; P. STEIN, *The Two Schools*, cit., 8 s.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹¹, Roma - Bari, 2006, 265 s.

32 For example, some scholars argue that although many Roman jurists were familiar with Stoic philosophy, this did not lead them to revise legal doctrines on the basis of philosophical reasoning. Overall, the influence of philosophy on Roman jurists may have been overstated. Cfr. P.A. VANDER WAERDT, *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? The Case of Stoicism and Natural Law*, in *ANRW*, 1990, XXXVI, 4851 ss. The same view is expressed in J.A.C. THOMAS, *Textbook*, cit., 175. Another scholar pointed out that the connection between Stoicism and Roman jurisprudence was merely superficial. Cfr. M.L. COLISH, *The Stoic Tradition from Antiquity to the Early Middle Ages, I: Stoicism in Classical Latin Literature*, Leiden, 1985, 341 ss.

33 Cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 79.

34 Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova, 1942, 405 s.; M. BALZARINI, *Specificazione*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, 1970, 1086; F. LUCREZI, *La 'tabula picta' tra creatore e fruitore*, Napoli, 1984, 55 s.; M.G. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, V, Milano, 1984, 384.

35 E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 406: «I Sabiniani ritengono degno di prevalere l'interesse del proprietario della materia, non tanto per la ragione formale che *sine materia nulla species effici potest*, quanto per un criterio politico-legislativo conservatore... I Proculiani, per contro, danno la preferenza all'interesse dello specificatore, probabilmente, non tanto per la ragione formale della novità della species (*quia quod factum est, antea nullius fuerat*), quanto per un criterio politico di progresso sociale». However, Leesen considered this explanation untenable as it neglected or even denied the reasons explicitly given in the Roman law text (Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.7.7). Cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 79 s.

36 O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 427 ss.; A. MOZZILLO, *Note in tema di specificazione*, in *Scritti giuridici: raccolti per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli, 1954, 721 ss.; G. THIELMANN,

traditionally prioritizing creation over material. Roman buildings, roads, and laws were often named after their founders, and the Proculian support for the maker reflected this tradition³⁷. Secondly, Mozzillo noted that the material owner was typically the processor, and cases of *specificatio* carried out without the material owner's consent were exceedingly rare. Even in such 'exceptional cases' the Proculians adhered to the solution applied in normal circumstances, which Mozzillo interpreted as evidence of their conservative approach³⁸. By contrast, in cases of 'processing with other's material', the Sabinians denied the processor's acquisition of ownership, which Mozzillo described as a manifestation of 'a greater legal progressivism'³⁹. Thirdly, Thielmann proposed a distinction between the 'principle of production' and the 'principle of material'. He suggested that agricultural activity held a special social status in early ancient Rome, and the Proculian solution – emphasizing the 'principle of production' – was closer to traditional ideas, while the Sabinian solution – supporting the 'principle of material' – was a later development⁴⁰. Finally, according to Falchi, the Proculians regarded the new thing as a *res nullius*, acquired by the processor through a 'unilateral act' by virtue of his special connection with it. The Sabinians, however, maintained that the material was not extinguished, and emphasized the importance of *voluntas*; thus, in the absence of the owner's consent, the processor could not acquire ownership, which remained with the material owner. Falchi concluded that the Proculian reasoning derived from the *veteres*, while the Sabinian view was the more innovative one⁴¹.

Zum Eigentumserwerb durch Verarbeitung im römischen Recht, in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, 226 ss.; G.L. FALCHI, *Le controversie*, cit., 131 s.

37 Leesen rejected this view, considering that attempts to explain legal issues through vague national character unconvincing. Cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 80.

38 A. MOZZILLO, *Note*, cit., 723: «La considerazione dei casi di specificazione come manifestazioni patologiche dei rapporti economici, chiarisce e giustifica l'esame concreto e caso per caso, operato dalla più antica giurisprudenza».

39 From another perspective, however, in the so-called 'normal circumstance' – where the maker and the material owner are the same person – it could also be said that ownership of the new thing belongs to the material owner. Thus, when faced with the 'exceptional case' of processing with other's material without the owner's consent, the Proculian view – that the new thing belongs to the maker rather than the material owner – might appear progressive; whereas the Sabinian view – that it remains with the material owner – would be seen as conservative. This is clearly absurd. The same view is expressed in T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 81.

40 Leesen noted that neither the 'principle of production' nor the 'principle of material' finds support in the sources and therefore rejected this interpretation. Cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 81.

41 Leesen again rejected this explanation for being detached from the sources. Cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 82.

2.3. Methodological explanation.

Some scholars have also attempted to explain the controversy between the two schools from a methodological perspective⁴², with Peter Stein being a prominent representative of this approach⁴³. He argued that the Proculians tended to adopt a strict and objective approach to interpreting legal texts, whereas the Sabinians favored a less rigid interpretation. Specifically, the Proculians argued that ownership of the new thing created through *specificatio* should vest in the processor, based on their strict and literal interpretation of the *rei vindicatio* formula. When the material owner sought to reclaim an object through *rei vindicatio*, he was required to describe it with precision. As Paulus stated in Paul. 6 *ad ed.* D. 6.1.6, the *res* in a *rei vindicatio* is not a *res fungibilis* but a *res individualis*, and thus its dimensions, quantity, shape, color, and other characteristics must be specified in detail. In cases of *specificatio*, however, this proved impossible, since the material owner could either describe something he once owned but which no longer existed, or else claim something he had never owned at all⁴⁴. With the material owner's inevitable failure in the lawsuit, ownership of the new thing naturally passes to the processor. The Sabinians, by contrast, insisted that ownership of the new thing remained with the material owner because they did not adhere rigidly to the literal meaning of the law, but instead appealed to *naturalis ratio* in order to resist an excessive legalistic argument⁴⁵. Leesen noted that although Stein's explanation is plausible, the Proculian view did not originate from a strict and literal interpretation; rather, it reflected a pragmatic approach: they aimed to provide favorable litigation strategies for the party seeking advice⁴⁶.

42 Cfr. M.G. SCACCHETTI, *Note*, cit., 369 ss.; M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1984, 116 ss. For the opposite view, denying the existence of methodological differences between the two schools, cfr. V.S. USSANI, *L'ars dei giuristi: considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, 61 ss.

43 Cfr. P. STEIN, *The Two Schools*, cit., 8 ss.; P. STEIN, *Sabino contra Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in *BIDR*, XIX, 1977, 55 ss.; P. STEIN, *Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law*, in *Chicago-Kent Law Review*, LXX, 1995, 1539 ss.; P. STEIN, *Le scuole*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini*, Torino, 1996, 1 ss.; P. STEIN, *I giuristi e le scuole*, in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Napoli, 2003, 299 ss.

44 Cfr. J.A.C. THOMAS, *Form and Substance in Roman Law*, in *Current Legal Problems*, XIX, 1966, 155.

45 Cfr. P. STEIN, *The Development*, cit., 306 s.

46 Cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 83. Furthermore, Leesen noted that Stein, to some extent, also failed to pay sufficient attention to the source and even questioned its authenticity. On this point, cfr. P. STEIN, *The Development*, cit. 306: «The reason given for the Proculian view, that what has been made belonged to no one before, suggests that the basis of A's acquisition of ownership is *occupatio* of a *res nullius*... It is rather far-fetched and has been suspected as an interpolation on that ground».

2.4. Rhetorical explanation.

This explanation was proposed by Tessa G. Leesen. After criticizing and rejecting the aforementioned explanations, Leesen approached the controversy between the two schools concerning the issue of *specificatio* from the perspective of legal practice and rhetoric (particularly *topica*). She argued that the issue of *specificatio* most likely arose from actual cases, and that the reason why the two schools reached divergent views lies in their adoption of different argumentative paths based on their respective positions, especially in their selection of *locus*. For example, suppose that A, without B's consent, turned B's grapes into wine. The grape owner B consulted the Sabinian jurists, while the winemaker A turned to the Proculians; both parties sought to obtain ownership of the wine. At this point, the Sabinians advised B to bring a *rei vindicatio* against A, while the Proculians attempted to deny B's claim of ownership. The two schools then set about searching for arguments to support their respective positions. On the one hand, the Proculians argued that the wine should belong to the winemaker A, '*quia quod factum est, antea nullius fuerat*'. In Leesen's view, this argument of the Proculians is derived from the *locus ex adiunctis*. In this regard, Quintilian provided a highly fitting example: *quod quis non habuit, non perdidit*⁴⁷. Although this expression differs somewhat from the argument of the Proculians in Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7, Leesen believed that both can be placed within the same argumentative process: (1) the newly created thing previously belonged to no one; (2) since it was never owned, it could not have been lost; (3) the plaintiff B is the owner of the material (the grapes); (4) therefore, B cannot claim ownership of the new object (the wine). Once B's ownership claim was denied, the maker A immediately asserted that he has acquired ownership of the new object through *occupatio*. On the other hand, the Sabinians argued that the grape owner should obtain ownership of the wine, '*quia sine materia nulla species effici possit*'. Leesen traced this argument to the *locus ex causis*, since it closely resembles a statement by Cicero in his *Topica*: *quod naturam efficiendi non habet sed sine quo effici non possit, ut si quis aes statuæ causam velit dicere, quod sine eo non possit effici*⁴⁸. Accordingly, the Sabinians' line of reasoning in the *rei vindicatio* can be reconstructed as follows: (1) without the material the new thing cannot be created; (2) therefore the new thing should vest in the material owner; (3) the plaintiff B is the owner of the material (the grapes); (4) therefore, B should be the owner of the new thing (the wine)⁴⁹.

47 Cfr. Quint., *Inst. or.* 5.10.74.

48 Cfr. Cic. *Top.* 14.58.

49 For a detailed discussion of the rhetorical explanation, Cfr. T.G. LEESSEN, *Gaius*, cit., 83 ss.

2.5. *Brief summary.*

In fact, each of the above explanations has its own merits. However, the evidence provided by the sources concerning the controversy on *specificatio* between the two schools and its underlying causes is extremely limited. Therefore, it is difficult to determine which explanation holds an absolute advantage over the others. The formative factors of history have always been diverse, and the opposition between the two schools on the issue of *specificatio* seems to be no exception⁵⁰. As Leesen herself acknowledged, the philosophical explanation for the controversy on *specificatio* is indeed reasonable. Yet she rejected it on the grounds that it cannot be applied to other controversies between the two schools. However, one could conversely argue that, even though the philosophical explanation may not apply to other controversies, it is fully fitting for the issue of *specificatio*. Furthermore, one might ask why must we seek a single, unified explanation applicable to all controversies between the two schools⁵¹? Perhaps this is neither possible nor necessary, because even if the jurists from the two schools employed different rhetorical techniques and chose different *loci* in addressing the cases of *specificatio*, it would not preclude underlying philosophical differences. It would be more precise to state that the Sabinians and the Proculians, guided by different philosophical ideas, adopted distinct methods of legal reasoning and argumentative techniques. As for the notion of conservatism versus progressivism, it somewhat reflects a tinge of whiggish historiography, judging the past by modern values⁵².

50 Some scholars believed that there was no fundamental opposition between the Sabinians and the Proculians, and that no clear criteria can reliably delineate the positions of individual jurists. Cfr. G. BAVIERA, *Le due scuole*, cit., 7 ss.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹⁰, Napoli, 1994, 458 ss. Leesen regarded this view as skepticism. Cfr. T.G. LEESEN, *Gains*, cit., 15 s.

51 In fact, Leesen also admitted that it is impossible to find a unified explanatory standard for all controversies and pointed out that the opposition between the two schools is not fundamental: different jurists within the same school often held different positions on certain issues (Cfr. T.G. LEESEN, *Gains*, cit., 313 ss.). However, the rhetorical explanation she proposed does not seem to escape the trap of ‘seeking a unified standard’: although she argued that in different controversies the two schools selected different *loci* based on their respective practical stances, her approach is essentially framed within a single rhetorical explanation applied to all controversies. Yet, despite the strong practical orientation of Roman jurists, not all cases recorded in the sources were real disputes a significant portion consisted of hypothetical cases used by jurists for doctrinal purposes. In this regard, the foundation of Leesen’s argument is undermined. Indeed, Leesen herself was aware of the ‘exaggerated’ nature of her approach – she quoted Isaiah Berlin as an epigraph to her book: «Few new truths have ever won their way against the resistance of established ideas save by being overstated».

52 Cfr. H. BUTTERFIELD, *The Whig Interpretation of History*, New York, 1965, at Preface.

3. 'Nova species' and the identity.

Undoubtedly, 'nova species' is the key concept in the issue of *specificatio*. Yet, despite its widespread use in the modern legal literature, this term appears only once in the Roman law sources⁵³. The only term truly favored by the Roman jurists is 'species', which is markedly polysemous. Etymologically derived from the Latin verb *specere*, *species* originally referred to what can be observed – namely, appearance or *forma* – and only later acquired the meaning of the type or class of a thing. A study has analyzed the use of *species* in Justinian's Digest, finding that the term appears 298 times, used by different jurists in a variety of contexts and with diverse meanings. In general, *species* is employed in three distinct senses: it may refer to the case as the object of legal construction; it may denote a *species* in the classificatory sense; or it may signify individual objects in a specific legal situation, functioning as the equivalent of *res* or *corpus*⁵⁴. In many Roman law texts concerning *specificatio*, *species* is best understood in this third sense⁵⁵. The defining characteristic of such an individual object lies in its individuality and uniqueness. From this perspective, referring to this *species* as a new thing is not inappropriate for once it acquires individual uniqueness, the material loses its identity: the old thing disappears, and a new thing comes into being.

'Identity' constitutes a fundamental concept in philosophy. From an etymological standpoint, it denotes the state of *idem esse*, a relation established between two or more objects. Leibniz proposed the so-called 'identity of indiscernibles' to describe 'absolute identity': if X and Y are completely identical, then every true proposition about X also holds for Y. In contrast, Aristotle distinguished between 'qualitative identity' and 'numerical identity': the former refers to two independent individuals sharing the same qualities and characteristics, while the latter emphasizes the continuity of reference to the same entity, meaning that even if its qualities or states change, it remains the same thing⁵⁶. Clearly, 'numerical identity' may be considered a form of 'diachronic identity', referring to the state in which an object, through the passage of time and changes in its properties, remains recognizable and identifiable as the same thing⁵⁷. Roman jurists were not strangers to the notion of identity, though their concern on this issue was

53 Cfr. Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7.

54 The scholar pointed out that the varying meanings of *species* in different contexts stem from the casuistic method of Roman jurists. Cfr. E. MUSSAWIR, *The Term 'Species' in Justinian's Digest: Against the Object of a 'General' Jurisprudence*, in *Humana.Mente. Journal of Philosophical Studies*, XLI, 2022, 47 ss.

55 This usage of *species* – referring to empirical, individualized objects – appears almost exclusively in the works of jurists. This indicates that, despite their good philosophical awareness, they strove to avoid introducing the subtle nuances of philosophical terminology into their legal writings and were able to develop their own vocabulary system distinct from everyday usage. Cfr. D. MANTOVANI, *La letteratura invisibile. I giuristi scrittori di Roma antica*, Bari - Roma, 2024, 101.

56 Cfr. D. MANTOVANI, *La letteratura*, cit., 68 ss.

57 The term 'identity' discussed in this article is to be understood in this sense. For a detailed discussion of the concept of identity, cfr. E. CRAIG, *The shorter routledge encyclopedia of philosophy*, Routledge, 2005, 435 ss.

primarily driven by the need to handle concrete cases. The discussion in Alf. 6 *dig.* D. 5.1.76⁵⁸ remains the most noteworthy example.

The text begins by raising a specific legal question: when certain judges are replaced, do the case (*res*) or the *indictum* remains the same⁵⁹? The *responsum* of Alfenus was that whether one or two judges, or even all judges are replaced, the *indictum* continues to remain unchanged. He then provided several examples illustrating ‘partial change while the whole remains unchanged’, including the replacement of soldiers in a legion, the renewal of individuals in a nation, and the substitution of planks in a ship. However, Alfenus offered no explanation for why the identity of a legion, a nation, or a ship should be considered preserved; he presented it as self-evident, despite the long-standing philosophical debates on the matter⁶⁰. It is not until the concluding part of the text that the jurist leads us to the core of his argument: if the identity of a whole were to change upon replacement of its parts, it would follow that we are no longer the same persons we were a year ago, as philosophers maintain that the particles making up our bodies are constantly replaced by external ones. Here, Alfenus utilized *reductio ad absurdum*, demonstrating the falsity of a proposition by showing that its acceptance would lead to an absurd or unacceptable conclusion: while philosophers may not have a definitive answer to whether we remain the same as we were a year ago, for jurists, the idea that ‘a person ceases to be the same as the material constituting them changes’ plainly unacceptable, since it would make legal subjects indeterminable and the entire legal system unworkable⁶¹. Thus, Alfenus’s argument comes to its conclusion. Drawing

58 Alf. 6 *dig.* D. 5.1.76: *Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nibilo minus eandem navem esse existimari. quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.*

59 In ancient Rome, most private disputes were adjudicated by a single judge (*iudex*), with only a small number of important cases being heard by collegial panels. Three types of such panels existed: *centumviri*, *recuperatores*, and *decemviri stlitibus iudicandis*. The situation discussed in Alf. 6 *dig.* D. 5.1.76 concerns the replacement of individual judges within a collegial panel. Although the text does not specify which of the three types of panels is involved, this does not affect the essence of the issue, as Alfenus believed his solution applicable to all panels. Moreover, it is almost certain that this is not a purely theoretical question, as the answer to whether replacing judges alters the identity of the *indictum* would inevitably determine whether the praetor needed to issue a new *iussum iudicandi* for the case. Cfr. D. MANTOVANI, *La letteratura*, cit., 73 ss.

60 For instance, the ship of Theseus is a classic philosophical dilemma regarding identity: if all the planks of a ship are gradually replaced, can it be still considered the same ship? Although many philosophers have discussed this question, no definitive conclusion has been reached to this day.

61 Cfr. D. MANTOVANI, *La letteratura*, cit., 93 ss.

on considerations of legal practice, he resolved a dilemma that remained unresolved by philosophers, and concluded the passage with a concise statement: *quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari*.

This concluding statement, though brief, is far from self-explanatory. Formally, it resembles an abstract *regula*, linking *species* with identity⁶². Yet here the meaning of *species* is rather elusive, since it does not correspond to any of the three senses mentioned above: it is neither used in the sense of a case, nor does it denote a *species* in the classificatory sense, nor a concrete individual object. Its meaning may be closer to *forma*, but considering the specific context in which the term is used – addressing the identity of a court, legion, nation, ship, and person – an interpretation in terms of physical form appears inadequate⁶³. If a precise semantic position must be sought for *species* here, locating it between the abstract classificatory sense of *species* and the concrete individual object may be a reasonable attempt⁶⁴.

According to the sources, Alfenus was the first jurist to employ the term *species* in this sense, and this usage was subsequently adopted by second-century jurists, in whose writings it developed various subtle nuances⁶⁵. Thus, *species* and identity become deeply intertwined: it is precisely *species* that guarantees that a thing, despite undergoing various changes, continues to maintain its identity. Nevertheless, both *species* and identity have shed their philosophical garments and have been endowed with a specific legal significance.

Among the various legal phenomena involving *species* and identity, the issue of *specificatio* is arguably the most representative. When dealing with cases of *specificatio*, Roman jurists were inevitably confronted with the question of whether an object, after undergoing a certain transformation, should still be regarded as the same thing or instead as another. However, it is evident that the criteria adopted by jurists and philosophers were not, and did not need to be, the same. Although jurisprudence inevitably absorbed certain philosophical concepts and ideas during its development, once they entered the legal context, they were redefined. It was precisely through this process that jurisprudence freed itself from dependence on philosophy and developed into an independent system of legal thinking. Thus, for Roman jurists, this was not a purely metaphysical question, and they never explicitly formulated any criterion of identity in connection with *specificatio*; rather, it was a generalization that later jurists

62 Schulz considered this fragment to show clear signs of interpolation. Cfr. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, 84 s.

63 Cfr. D. MANTOVANI, *La letteratura*, cit., 103.

64 Cfr. D. MANTOVANI, *La letteratura*, cit., 102, 271.

65 Cfr. D. MANTOVANI, *La letteratura*, cit., 105 s. Relevant examples may be found in Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7: '*cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem*'; Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.5: '*in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines singulae oves*'.

drew from the Roman legal sources⁶⁶. Although this generalization offers some insight, it is merely descriptively convenient. Moreover, such an approach can easily divert attention from the casuistic nature of Roman law, which favored resolving legal issues in specific cases over abstracting constituent elements and formulating general rules. A close examination of the sources reveals that the relevant cases of *specificatio* are listed one by one, to the extent that they may almost be regarded as forming a 'closed list'⁶⁷. Furthermore, most of these cases were actual disputes highly likely to occur in society at the time, rather than abstract hypothetical scenarios devised for academic speculation⁶⁸. Therefore, rather than resorting to an abstract criterion of identity to determine whether a *nova species* has been formed, it is more fruitful to examine in detail the various specific cases discussed by Roman jurists, in order to better understand the meaning and function of the concept of *nova species*.

In the sources of Roman law, the most typical cases of *specificatio* include making wine from grapes⁶⁹, mixing honey with wine to make mead⁷⁰, producing oil from olives⁷¹, crafting garments from wool⁷², creating vessels or statues from metal⁷³, building ships or furniture from planks⁷⁴, and preparing ointments or eye washes from medicinal ingredients⁷⁵. These cases concern various industries such as food processing, textile production, metalwork, carpentry, and pharmaceuticals, reflecting certain social realities of ancient Rome. In order to determine the degree of change the materials must undergo to become a *nova species*, the verbs used in relevant Roman law texts have been examined⁷⁶. Based on this study, in most instances Roman jurists used the neutral verb *facere*⁷⁷; in a few instances, stronger verbs such as *transferre*, *transfigurare* and *mutare*

66 According to some modern scholars, the criterion of identity applies not only to *specificatio* but also to other cases of accession: in cases of *accessio*, where an object loses its identity and becomes a component part of another, it is said that *accessio cedit principali*; in cases of *confusio* or *commixtio*, where identity remains unchanged, the parties typically acquire co-ownership in proportion to their respective shares. Cfr. B. NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, 1962, 133 s.; A. PLISECKA, '*Accessio*', cit., 47 ss.

67 Cfr. J.A.C. THOMAS, *Textbook*, cit., 175.

68 Cfr. J.A.C. THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne, 1963, 351. Watson argued that although *specificatio* and *accessio* raised complex issues of ownership, such disputes were rarely brought to court; what these texts primarily reflect is the Roman jurists' enthusiasm for formulating legal problems and constructing legal principles. Cfr. A. WATSON, *Roman Law and Comparative Law*, Athens - London, 1991, 47 s.

69 Cfr. Paul. 26 *ad ed.* D. 10.4.12.3.

70 Cfr. Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.5.1.

71 Cfr. Paul. 26 *ad ed.* D. 10.4.12.3; Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7; Gai. 2.79.

72 Cfr. Ulp. 22 *ad Sab.* D. 30.44.2; Paul. 5 *ad L. Inl. et Pap.* D. 32.88 pr.; Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7.

73 Cfr. Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.9.3; Ulp. 22 *ad Sab.* D. 30.44.2; Ulp. 22 *ad Sab.* D. 32.49.5; Paul. 5 *ad L. Inl. et Pap.* D. 32.88.3; Call. 2 *inst.* D. 41.1.12.1; Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.24.

74 Cfr. Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.18.3; Paul. 5 *ad L. Inl. et Pap.* D. 32.88.1; Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7.

75 Cfr. Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7; Gai. 2.79; I. 2.1.25.

76 Cfr. C. VAN DER MERWE, '*Nova Species*', cit., 100.

77 Such as '*facerit vestimenta*' (Paul. 26 *ad ed.* D. 10.4.12.3), '*factum sit mulsum*' (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.5.1). Other instances, cfr. Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.4.10.5; Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.18.3; Ulp. 22 *ad Sab.* D. 30.44.2.

were employed⁷⁸. However, such linguistic examination sheds little light on the nature of the *nova species*, since the verbs employed are largely context-dependent and bear no necessary relation to the degree of transformation undergone by the materials. Even when stronger verbs are used, this does not necessarily indicate that a *nova species* has been created; conversely, in some typical *specificatio* cases, Roman jurists employed the neutral verb *facere*. However, focusing on nouns rather than verbs reveals a clearer and more reliable insight: when a material, after undergoing a certain kind of transformation, is given a new name, it signifies the emergence of a *nova species*.

A name functions as a symbol conferred upon an object by the community of social interaction. It is typically linked to specific attributes of the object and acquires its significance through the collective understanding and conventions of the community. The assignment of a new name signifies that the object's attributes have been fundamentally transformed, and that its former name no longer adequately expresses the qualities it now possesses. Philosophical support for this view can be traced to Aristotle, who argued that whenever a substance is generated or destroyed, the new object should not retain the name of its original material; for example, an object fashioned from gold should not still be referred to as 'gold'⁷⁹. Tertullian also emphasized that the accuracy of names preserves the attributes of things; once the attributes of a thing change, its name must change accordingly. For instance, when clay is fired and becomes pottery, its nature is fundamentally altered, and it can no longer be called 'clay'. Similarly, electrum, an alloy of gold and silver, possesses properties distinct from both metals and thus must be named 'electrum'⁸⁰. For Roman jurists, the inquiry into whether the name of an object had changed was closely aligned with, and effectively equivalent to, assessing whether a *nova species* had come into existence. The clearest evidence supporting this view is that, in every typical instance of *specificatio*, the material acquired a new name: 'grapes' were transformed into 'wine', 'olives' into 'olive oil', 'metal' into a 'statue', and 'planks' into a 'ship'; 'garments' compared to 'wool' is unquestionably a *nova species*⁸¹, whereas dyed wool was still just 'wool', '*quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset*'⁸². Furthermore, in the aforementioned text of Alfenus, the names of the court, legion, people, and ship – all regarded as retaining their identity – evidently remain the same.

78 Such as '*in aliud corpus res sit translata*' (Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.9.3), '*ornamentum dissolutum aut transfiguratum*' (Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.4.10.6), '*si materia manente species dumtaxat forte mutata sit*' (Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.24).

79 Cfr. Arist. *De Gen. et Corr.* 329a18-22.

80 Cfr. Tert. *De Carn. Chr.* 13.

81 Cfr. Pomp. 14 *ad Sab.* D. 24.1.29.1; Paul. 5 *ad L. Iul. et Pap.* D. 32.88 pr.; Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7; Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26 pr.; D. 41.2.30.4; Gai 2.79; I. 2.1.25.

82 Cfr. Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26.2.

What remains to be further questioned is why the name of an object holds such significance in determining whether a *nova species* has come into existence⁸³. This may be explained by the fact that a name can largely convey an object's attributes, such as its form or intended use, while the material from which it is made typically does not fulfill this role. Furthermore, a commonly recognized name usually embodies the conventions of general social practice, endowing it with a kind of 'conventional authority'. In this way, it can help shield the determination of a *nova species* from purely subjective judgment⁸⁴. A more crucial reason may lie in the practical orientation of Roman jurists: if the name of the object in a *formula* changes, it must legally be regarded as a distinct thing⁸⁵. In other words, a name functions as an 'ownership marker'; when an object undergoes a substantial transformation, losing its original marker and acquiring a new one, it should be considered that a *nova species* has come into being⁸⁶.

4. *Media sententia*' and the reversibility criterion.

Within studies of *specificatio*, the *media sententia* has long attracted significant scholarly interest, especially given that the classical authenticity and authorship of *Res cottidianae* continue to be disputed⁸⁷. In the debate over the origin of the *media sententia*, opinions diverge sharply. Some scholars argue for a classical origin⁸⁸; others maintain that it arose in the post-classical period⁸⁹; a third group, while acknowledging the classical origin of the doctrine itself, contends that the discussion of the *media sententia* in Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 is not attributable to Gaius, but was formulated by Paulus⁹⁰. Wieacker even argued that Paulus ought to be considered the authoritative representative of the *media*

83 Within Jewish legal tradition, the principle of 'shinuy ha-shem' (*mutatio appellationis*) holds that a change of name entails a corresponding change in ownership. Cfr. B. COHEN, 'Specificatio' in *Jewish and Roman Law*, in *Jewish and Roman Law: A Comparative Study*, New York, 1966, 499 s.

84 Cfr. O. BEHREND, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in *ZSS*, CXII, 1995, 209 s., 220.

85 Cfr. F. WIEACKER, *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, II, Tübingen, 1954, 289 ss.

86 Cfr. F. DE ZULUETA, *The Institutes*, cit., 79.

87 The authorship and date of this work have long been disputed: some scholars maintain that it is a post-classical pseudopigraphon (M.J. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien - Köln - Weimar, 1992, 198 ss.); others affirm its classical authenticity and attribute it to Gaius (H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981, 294 ss.). For a detailed discussion and further literature, cfr. T.G. LEESEN, *Gaius*, cit., 75 ss.

88 Cfr. L. GIANNANTONI, *Un rapido sguardo alla teoria della specificazione nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, Perugia, 1894, 160 ss.; O. BEHREND, *Die Spezifikationslehre*, cit., 234 ss.; A. PLISECKA, 'Accessio', cit., 56.

89 Cfr. A. MOZZILLO, *Note*, cit., 715 ss.; M. BALZARINI, *Specificazione*, cit., 1087; G.L. FALCHI, *Le controversie*, cit., 122.

90 Cfr. M. BRETONI, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*³, Roma, 1999, 89 s.

sententia, which emerged in the late classical period⁹¹. This is due to the fact that many fragments from Paulus's works are, directly or indirectly, concerned with the *media sententia* and the so-called 'reversibility criterion'. Thus, understanding Paulus's position on *specificatio* is crucial for tracing the origin of the *media sententia* and interpreting its significance. Before turning to Paulus's texts, it may be helpful to offer some preliminary observations regarding the three key passages on *specificatio* discussed above, both in terms of the content and systematic arrangement, so as to delineate the immediate contours of the *media sententia* as it appears in the sources.

The *media sententia* first appeared in the controversial work *Res cottidianae* and was eventually preserved through Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7. In this passage, the *media sententia* is presented immediately after the opinions of the Proculians and the Sabinians, seemingly intending to reconcile the opposing solutions of the two schools. The term '*recte*' reflects the author's acknowledgment of the reasonableness of the *media sententia*. A more concise formulation of the *media sententia* is found in Justinian's *Institutiones*: in fragment I. 2.1.25, it is articulated as '*si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit*'; the phrase '*post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium*' confirms that, after numerous inconclusive disputes between the Sabinians and the Proculians, the *media sententia* was ultimately established as the definitive solution to the cases of *specificatio*.

Although Justinian's *Institutiones* is widely regarded as having been modeled to some extent on the *Institutiones* of Gaius, it is striking that the only source passages explicitly referring to the *media sententia* are Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 and I. 2.1.25, which are closely parallel in their wording, while Gai. 2.79 contains no reference to it. If *Res cottidianae* was truly written by the classical jurist Gaius, an inevitable question arises: why is the *media sententia* entirely absent from his *Institutiones*, yet occupies a prominent place in Justinian's? One possible explanation is that *Res cottidianae* is not genuinely the work of Gaius and that the *media sententia* does not originate in the classical period. However, an alternative and equally plausible explanation is that Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 was later interpolated, since, whatever the authorship of *Res cottidianae*, both the *Digesta* and the *Institutiones* are undoubtedly products of Justinian's compilation. In any case, both the authenticity of the work and the possible interpolation of Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 fall beyond the scope of the present discussion. What this article seeks to highlight is simply that, compared to Gai. 2.79, fragments I. 2.1.25 and Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 exhibit far greater similarity in both content and systematic position.

Firstly, apart from the previously noted difference regarding the presence or absence of the *media sententia*, both Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 and I. 2.1.25 begin with an abstract generalization of the scenario of *specificatio* – '*cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit*' or '*cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo*' – before setting out

91 Cfr. F. WIEACKER, *Spezifikation*, cit., 263 ss.

the opposing views of the two schools and illustrating them through concrete cases. In contrast, Gai 2.79 directly presents a series of specific cases without providing any general definition of *specificatio*. Scholars who consider *Res cottidianae* a post-classical work have seized upon this textual discrepancy. According to them, classical jurists did not regard *specificatio* as a unified mode of acquiring ownership; even the relatively systematic *Institutiones* of Gaius reflects a predominantly casuistic approach, and the attempt to formulate an abstract definition of *specificatio* could only have arisen in the post-classical or codification period⁹².

Secondly, Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 and I. 2.1.25 display a high degree of consistency in their systematic position, in stark contrast to Gai 2.79⁹³. In his *Institutiones*, Gaius, guided by *naturalis ratio*, presents under the overarching theme of *accessio* a sequence of scenarios – *alluvio*, *avulsio*, *insula in flumine nata*, *inaedificatio*, *implantatio*, *accessio litterarum*, and *tabula picta* – culminating in *specificatio*. In *Res cottidianae* and Justinian's *Institutiones*, however, the discussion of *specificatio* follows a long exposition on river-related situations, namely *alveus derelictus* and *agri inundatio*. Specifically, Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.5 and I. 2.1.23 address cases in which a river shifts its course. In such instances, the former riverbed belongs to the owners of the lands adjoining the bank, in proportion to the extent of their frontage, whereas the new riverbed becomes a *res publica*. If the river later returns to its old course, the former new riverbed is owned by the riparian landowners⁹⁴. Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.6 and I. 2.1.24 address the issue of land inundated by flood: if someone's land is completely submerged, once the floodwaters recede, the land reverts to the original owner, on the ground that the flood does not alter its *species*. In stark contrast, Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.5 in *Res cottidianae* envisages the following scenario: if a landowner's entire plot is occupied by the new river course and becomes part of the riverbed, then even if the river later returns to its former course, the landowner no longer retains rights over the affected land, as it has ceased to exist in its original form.

As can be readily observed, in cases where a river changes its course and abandons its bed, the determination of ownership of the riverbed follows the principle of *accessio*, premised on the notion that the river's shift fundamentally alters the nature of the newly formed riverbed. In contrast, the submersion of land by floodwaters does not change the *species* of the land, and consequently, ownership remains unaffected. The rationale for this distinction is left unexplained, as Roman jurists apparently accepted it without further comment. A plausible explanation is that river diversions are rare

92 Cfr. S. PEROZZI, *Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D. 41.1.7.7 sia di Gaio*, in *Rendiconti Istituto Lombardo (Storia del diritto)*, XXIII, 1890, 500 ss.; A. MOZZILLO, *Note*, cit., 1954, 722. Even though an abstract formulation of *specificatio* appears in Justinian's law, it had not yet become an independent mode of acquiring ownership.

93 Cfr. F. PULITANO, *Joseph Benys*, cit., 2024, 95 ss.

94 For further discussion, cfr. L. MAGANZANI, *I fenomeni fluviali e la situazione giuridica del suolo riversasco: tracce di un dibattito giurisprudenziale*, in *Jus*, XLIV, 1997, 201 ss.

events, and once they occur, the newly formed riverbed immediately becomes a *res publica*, losing its previous identity. Conversely, flooding and the subsequent receding of waters are common natural occurrence, leaving the nature of the land unchanged⁹⁵. Here, a connection emerges between *agri inundatio* and the *media sententia*: it is a force of nature, namely the power of things to easily revert to their original state in accordance with their inherent properties. Just as metal can be forged into various forms and then restored to its original state, so too can land be submerged by floods and subsequently reemerge as the waters recede. Although not entirely equivalent, there is undoubtedly an analogous notion of reversibility between the two. Regardless of whether the *media sententia* originated in the classical period, the reversibility criterion on which it relies is firmly grounded in classical jurisprudence, as demonstrated particularly in the works of Paulus.

Paulus's numerous discussions hold significant importance for understanding the *media sententia* and the criterion of reversibility. However, determining his precise stance on the issue of *specificatio* is far from straightforward. In the sources, some texts⁹⁶ are considered evidence that Paulus supported the Sabinian position, while others⁹⁷ seem to suggest he is a proponent of the *media sententia*, and a certain passage⁹⁸ has even been employed to support arguments on both sides⁹⁹. In fact, the fragments used to demonstrate Paulus's support for the Sabinian view all involve scenarios of bad-faith *specificatio* or stolen materials. In these contexts, Paulus indeed appears inclined to hold that the *nova species* should belong to the owner of the material. As for the passages cited to prove Paulus's adherence to the *media sententia*, a considerable portion of them concern issues arising in the context of legacies; even those that directly address the issue of *specificatio* are not sufficiently clear to yield any indisputable conclusion.

Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.24¹⁰⁰ and Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26 pr.¹⁰¹ most directly illustrate Paulus's stance on the issue of *specificatio*. These two passages originally belonged to the same textual context and were adjacent to each other, but the compilers inserted a short excerpt from Callistratus between them¹⁰². Scholars generally agree that Paul.

95 Regarding the nature of the land, cfr. A. MANTELLO, *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, 201 ss.

96 Cfr. Paul. 26 *ad ed.* D. 10.4.12.3; Paul. 39 *ad ed.* D. 13.1.13; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.3.4.20.

97 Cfr. Paul. 5 *ad L. Iul. et Pap.* D. 32.88 pr.-3; Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.24; Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26 pr.

98 Cfr. Paul. 2 *ad Vitell.* D. 32.78.4.

99 For further discussion on the debate, cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, in *BIDR*, LXXII, 1969, Milano, 124, ntt. 87, 88.

100 Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.24: *In omnibus, quae ad eandem speciem reverti non possunt, dicendum est, si materia manente species dumtaxat forte mutata sit, veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere,*

101 Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26 pr.: *Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. proculus indicat hoc iure nos uti, quod servio et labeoni placuisset: in quibus propria qualitas expectaretur, si quid additum erit toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant.*

102 Cfr. O. LENEI, *Paltingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig, 1889, 1288.

14 *ad Sab.* D. 41.1.24 underwent later interpolation¹⁰³. The reason is that the opening sentence – ‘*in omnibus, quae ad eandem speciem reverti non possunt*’ – clearly contradicts the subsequent examples: a bronze statue or a silver cup can, in fact, be reduced back to their material state. However, there is no consensus regarding the precise manner in which this fragment was interpolated¹⁰⁴. Specifically, Albanese argued that the word ‘*non*’ in the opening phrase of Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.24 is most likely a scribal error – it appears only in the *Florentina* manuscript and is absent in the *Vulgata*; once this mistake is removed, the passage can be treated as authentic¹⁰⁵. Santalucia, however, after a close analysis of the text, contended that the entire opening phrase of Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.24 was inserted by the compilers. In his view, even if the contradiction were removed by deleting ‘*non*’, the criterion of ‘whether something can be restored to the original material state’ cannot be equated with the criterion of ‘whether the material remains unchanged’. In other words, these two criteria are not consistent but rather display an inherent tension¹⁰⁶.

Generally speaking, in cases where a *nova species* created through *specificatio* can be restored to its original state, it can usually be considered that the material remains the same while only the form has changed, with metalworking being a typical case¹⁰⁷. The case of making wine from grapes, conversely, confirms the alignment of the reversibility criterion with the so-called ‘criterion of material persistence’, since wine cannot be restored to grapes, and one cannot consider the grapes as continuing to exist in the wine. According to Paulus, however, in certain products which can be restored to their raw state, the material does not persist. Illustrations include a ship made from planks and a garment made from wool. Clearly, a wooden ship can always be disassembled back into planks¹⁰⁸, just as a garment can be reduced to wool or yarn¹⁰⁹. Yet Paulus holds that no planks exist in the ship, and no wool exists in the garment, for the planks

103 Cfr. F. DE MARTINO, *Appunti in tema di ‘specificatio’*, in *Scritti giuridici: raccolti per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli, 1954, 297 ss.; P. VOCI, *Modi*, cit., 249; A. MOZZILLO, *Note*, cit., 731.

104 For further discussion, cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 118, nt. 69.

105 Cfr. B. ALBANESE, *Esegesi minime in tema di specificazione*, in *Labeo*, 1955, 172, nt. 12.

106 Cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 119 ss.

107 Some scholars argue that metalworking does not create a new thing, as metal perpetually exists in one of the countless forms it is essentially capable of assuming; that is, the material itself, not the form, determines the nature of metal, and thus, regardless of the shape into which metal is fashioned, ownership remains with the owner of the material. Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Roma, 1928, 688; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 38 ss.

108 Cfr. Paul. 5 *ad L. Iul. et Pap.* D. 32.88.2.

109 Mozzillo provides a detailed analysis of the thorny question of whether a garment can be reverted to wool. In essence, he contends that the answer depends on how one understands the term ‘wool’: if it refers to the intermediate materials, such as yarn or worsted cloth, the answer is affirmative; however, if it denotes the original fleece in the absolute sense, he tends towards a negative answer. Cfr. A. MOZZILLO, *Note*, cit., 725, nt. 22.

and the wool have perished in the *nova species* produced from them¹¹⁰. In fact, rather than focusing on reversibility to the original state, Paulus is primarily concerned with whether the material persists (*materia manet*) after *specificatio*. In other words, this jurist consistently prioritizes the nature of the material itself over the formal criterion of reversibility. This position is stated with particular clarity in Paul. 2 *ad Vitell.* D. 32.78.4.

Paul. 2 *ad Vitell.* D. 32.78.4¹¹¹ concerns a question raised in the context of legacies: why does the term ‘silver’ include all objects made of silver, whereas ‘marble’ appears to refer only to the unworked material? Paulus explains this by stating that things which by their nature can frequently be restored to their original state, even if subdued by the potential of the material, never escape its dominion¹¹². This text, touching upon both reversibility and the power of the material, has been invoked as evidence by scholars arguing both for Paulus’s adherence to the *media sententia* and for his alignment with the Sabinian position. However, rather than indicating a definitive stance on *specificatio*, the fragment more accurately reflects Paulus’s concern on the material itself and its inherent properties. The phrase ‘*quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia*’ likely refers specifically to objects sharing the same physical characteristics as silverware, not to any item that can be restored to its raw state. In other words, only those items which, by their very nature, can readily and repeatedly return to their original state qualify as ‘remaining under the dominion of the material’, regardless of changes in form. Here, the material is considered to hold absolute precedence over the forms it temporarily assumes. Clearly, neither marble, nor a ship, nor a garment possesses this quality¹¹³. Consequently, one cannot simply label Paulus a proponent of the *media sententia* nor strictly attribute to him the Sabinian position¹¹⁴. It can be argued that Paulus consistently employs the criterion of material persistence: if the material persists in the *nova species* created through *specificatio*, the *nova species* belongs to the material owner; if not, it belongs to the processor.

Although the *media sententia* has been largely abandoned in modern law, it nevertheless occupies a central position in Justinianic regulation of *specificatio*. The extent to

110 In the latter part of Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26 pr., Paulus notes that Servius, Labeo, and Proculus considered that in such cases the principle of *accessio* should apply.

111 Paul. 2 *ad Vitell.* D. 32.78.4: *Illud fortasse quaesiturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, cum, si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. cuius haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires eius effugiant.*

112 Albanese notes that the term ‘*traditur*’ merely indicates that the rationale was not originally formulated by Paulus but derived either from juristic tradition, or from the philosophical views on *materia* and *species*. He firmly rejects the idea that this would undermine the authenticity of the text. In his view, Paul. 2 *ad Vitell.* D. 32.78.4 fully reflects Paulus’s characteristic rigor of reasoning and rests on solid classical foundations. Cfr. B. ALBANESE, *Esegesi*, cit., 169 ss.

113 Cfr. Paul. 5 *ad L. Iul. et Pap.* 32.88. pr.-3: *Lana legata vestem, quae ex ea facta sit, deberi non placet. Sed et materia legata navis armariumve ex ea factum non vindicetur. Nave autem legata dissoluta neque materia neque navis debetur. Massa autem legata scyphi ex ea facti exigi possunt.*

114 Cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 124 ss.

which Justinian's compilers drew upon the views of Paulus and other classical jurists on this issue remains uncertain. However, it is almost certain that the reversibility criterion and the criterion of material persistence are fundamentally distinct. As Santalucia observed, Paulus's criterion of material persistence involved «una soggettiva valutazione dei fattori determinanti l'individualità della *re*». This granted interpreters considerable discretionary leeway, potentially leading to significant divergence in solutions for specific cases. Precisely to eliminate this interpretive variance, the compilers chose to replace the criterion of material persistence with the clear-cut, though somewhat mechanical, the reversibility criterion. In this way, the determination of ownership of the *nova species* was transformed into a more objective matter, namely whether the product could, in physical terms, be restored to its original material state¹¹⁵. Yet, even the reversibility criterion itself is not immune from interpretive ambiguity. In both Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 and I. 2.1.25, the case of so-called 'reversible *specificatio*' is confined exclusively to metalwork¹¹⁶. If 'reversibility' is interpreted narrowly as the property by which a thing can, by its very nature, be easily restored to its material state, then Justinian's solution does not fundamentally conflict with Paulus's view on *specificatio*.

5. *The legal status of the processor in bad faith.*

The question of whether a bad-faith processor can acquire ownership of the *nova species* has not only given rise to markedly divergent rules in modern civil law systems, but also lacks a definitive resolution in Roman law¹¹⁷. According to many scholars, even in cases where the processor knowingly used materials belonging to another, classical Roman jurists beyond the Sabinian school still upheld the processor's right to acquire ownership of the *nova species*¹¹⁸. This argument is primarily grounded in the observation that the key texts on *specificatio* in Justinian's *Corpus Iuris Civilis* make no reference to good faith. In a similar vein, Gaius, in Gai 2.79, notes that the Proculian jurists restricted the material owner to remedies such as the *actio furti* and the *condictio furtiva* against a thief, without granting a *vindicatio*. However, other texts from Paulus appear to reflect a contrary view¹¹⁹, according to which the processor acting in bad

115 Cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 121.

116 Perozzi argues that, apart from metalwork, there are no true cases of reversible *specificatio* (Cfr. S. PEROZZI, *Se la relazione*, cit., 500 ss.). Numerous texts also appear to support this view (Ulp. 22 *ad Sab.* D. 32.49.5; Paul. 2 *ad Vitell.* D. 32.78.4; Paul. 5 *ad L. Inl. et Pap.* D. 32.88.3; Call. 2 *inst.* D. 41.1.12.1; Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.24). In the case of wool made into garment, neither Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7 nor I. 2.1.25 states whether it constitutes a reversible or irreversible *specificatio*.

117 Cfr. E.G. LORENZEN, *Specificatio in the Civil Law*, in *The Yale Law Journal*, XXXV, 1925, 31 ss.

118 Cfr. C. RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, Torino, 1936, 55, nt. 1; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose. La proprietà e i suoi modi d'acquisto*, Milano, 1946, 133; A. MOZZILLO, *Note*, cit., 730; W.W. BUCKLAND, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*³, Cambridge, 1975, 216 ss.

119 Cfr. Paul. 26 *ad ed.* D. 10.4.12.3; Paul. 39 *ad ed.* D. 13.1.13; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.3.4.20.

faith cannot acquire ownership of a *nova species* created through *specificatio*; the same principle applies when the materials used were stolen¹²⁰. Before engaging in a detailed examination of these texts, it is essential to outline the respective positions of the two schools regarding the legal status of the bad-faith processor.

At the end of Gai 2.79, Gaius presents the Proculian view on the processing of stolen materials: if the material is stolen and subsequently transformed into a new thing, the material owner cannot assert a *vindicatio* for the now-extinguished object, but may bring an *actio furti* against the thief and a *condictio ex causa furtiva* for the material against the thief and certain other possessors. Although Gaius's account is relatively clear, it does not explicitly state whether the processor is the thief himself or a third party. If the thief is the processor, this case naturally constitutes bad-faith *specificatio*. However, if the transformation is conducted by a third party unaware of the theft, it is difficult to regard the third party as acting in bad faith. Based on the text, the Proculian view seems to be that, in either case, the materials are extinguished and ownership of the new thing vests in the processor¹²¹. As regards the '*quibusdam aliis possessores*' mentioned by Gaius, Santalucia argues the phrase does not refer to any possessor of the new thing other than the thief, but is limited exclusively to those who, though not involved in the theft, knowingly processed stolen materials, namely the processor in bad faith¹²². In essence, for the Proculian jurists, neither the theft of the material nor the bad faith of the processor prevents the acquisition of ownership of the new thing. In contrast, the Sabinians maintained that ownership of the new thing belonged to the material owner. Consequently, for the Sabinians, regardless of good or bad faith, the processor could not acquire ownership. In cases involving stolen materials, the Sabinians likewise took a position markedly different from that of the Proculians, allowing the material owner to bring a *vindicatio* for the new thing itself¹²³. In addition, the owner may bring a *condictio* against the thief either for the materials or for the new

120 While some scholars acknowledge that classical Roman law did not require the processor to act in good faith in order to acquire ownership of the *nova species*, they nevertheless invoke these very fragments to argue that Justinian's law excluded the possibility of a bad-faith processor acquiring ownership. Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, II. La proprietà, Parte II*, Milano, 1968, 162; A. BURDESE, *Manuale*, cit., 1993, 328 s.

121 Even though the material owner cannot assert a *vindicatio* due to the extinction of the material, he may still bring an *actio ad exhibendum* for the material, since the thief was already at fault upon taking possession of the items. Even if the material is subsequently transformed into a new thing, the thief's legal status is analogous to that of a possessor in bad faith. If the thief is unable to fulfill the duty of deliver, he is liable to compensate the owner of the material. However, an *actio ad exhibendum* and a *vindicatio* may not be brought simultaneously, as double recovery for the same damage is prohibited. For a further discussion of the *actio ad exhibendum*, cfr. M. MARRONE, '*Actio ad exhibendum*', in *AUPA*, XXVI, 1958, 388 ss.

122 Cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 100 ss.

123 Even though, for the Sabinians, the materials cease to exist as such once transformed, ownership of the resulting new thing remains with the material owner. Consequently, the material owner may bring an *actio ad exhibendum* against the thief either for the stolen materials or for the new thing. Cfr. Ulp. 24 *ad ed. D.* 10.4.9.3.

thing, the latter being contingent upon the thief having performed the transformation himself¹²⁴. Clearly, these remedies are mutually exclusive, as their purpose is to ensure full compensation for the material owner, rather than to confer unjust enrichment. The *actio furti* against the thief, however, is always allowed, as it is punitive and may coexist with compensatory claims¹²⁵.

Distinct from the views of the Sabinians and the Proculians, Paulus adopted a unique stance on the issue of bad-faith *specificatio*. In Paul. 26 *ad ed.* D. 10.4.12.3¹²⁶ Paulus unequivocally expresses his view: if someone, knowing that materials belong to another, transforms them into a new thing, he is liable to the *actio ad exhibendum* for both the materials and the new product, since ‘*quod ex re nostra fit nostrum esse verius est*’. At first sight, the reason he gives may seem reminiscent of the Sabinian view. In fact, Paulus’s approach is distinctly different from both schools: for the Proculians, the processor’s bad faith does not prevent his acquisition of the new thing, and the material owner may only bring the *actio ad exhibendum* for the materials; for the Sabinians, ownership of the new thing invariably vested in the material owner, irrespective of the processor’s good or bad faith. Although Paulus undeniably attaches great importance to the materials, in his view the decisive factor that precludes the processor from acquiring ownership of the *nova species* is not the origin of the materials, but the processor’s bad faith.

Paul. 54 *ad ed.* D. 41.3.4.20¹²⁷ provides further support for Paulus’s position on *specificatio* in bad faith. In this passage, Paulus states that if stolen wool is made into a garment, the garment itself must likewise be regarded as stolen property. It is clear that, in cases not involving theft of the materials or bad-faith *specificatio*, Paulus firmly holds that the processor could acquire ownership of a garment made from other’s wool. However, when the wool was stolen by the processor, Paulus departs from his usual stance and holds that the garment should also be considered stolen¹²⁸. Although the jurist briefly references his rationale – that in such a case ‘*substantiam spectemus*’

124 This view is prominently illustrated in the text of Iulianus. In Iul. 22 *dig.* D. 13.1.14.2-3, the jurist states that if a thief steals an ox and slaughters it, the owner of the ox may bring a *condictio* not only for the ox itself but also for its hide and meat (scholars are divided on whether the slaughter of an animal should be regarded as a *specificatio* case. For the affirmative view, cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 105, nt. 49; for the negative one, cfr. A. CALONGE, *Breve exégèse en materia de especificación*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, II, Torino 1968, 201, nt. 17.); the same principle applies to stolen grapes, namely the owner may likewise bring a *condictio* for the juice and the pomace. Ulpianus expresses a consistent view in Ulp. 37 *ad ed.* D. 47.2.52.14: *Si quis massam meam argenteam subripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae furti agere vel conductione. idem est et in uvis et in musto et in vinaceis: nam et uvarum et musti et vinaceorum nomine furti agere potest, sed et condicti*.

125 Cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 109.

126 Paul. 26 *ad ed.* D. 10.4.12.3: *Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est*.

127 Paul. 54 *ad ed.* D. 41.3.4.20: *Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit*.

128 Paulus defines ‘*furtum*’ as the fraudulent handling of other’s property with a profit motive, which includes not only the act of theft but also fraudulent acts of possession or use (Paul. 39 *ad ed.* D. 47.2.1.3).

– this inevitably raises a further question: why does Paulus, by emphasizing the material factor, deny the maker's acquisition of ownership only when the material has been stolen? The likely answer is that the material theft and the processor's bad faith prompts Paulus to alter his earlier view. In other words, Paulus believes that even though the material is transformed into a new thing, due to its status as stolen object and the bad faith of the processor, the new thing itself must be considered stolen, and a thief cannot acquire ownership of stolen property¹²⁹. Consequently, the owner of the material can bring a *vindicatio* and an *actio ad exhibendum* for the new thing, as well as a *condictio ex causa furtiva* against the thief who acted as a bad-faith processor.

In Paul. 39 *ad ed.* D. 13.1.13¹³⁰, Paulus elucidates his position concerning the *condictio* against a thief by referencing the argument of Fulcinius. According to Fulcinius, if someone makes a cup from a stolen silver ingot, a *condictio* may be brought for the cup itself. The latter part of the fragment further states that in this *condictio*, the valuation of the cup should include the value of any ornamentation added at the thief's expense – just as, if an infant is stolen, the valuation should be that of a youth, even though the child grew up under the thief's care and at his cost. Santalucia argues that this part is not the repetition of Fulcinius's view but rather reflects Paulus's own opinion, not only because the fragment shows a significant structural shift, but also because a similar position was first advanced by Celsus *filius*, active in the early second century¹³¹. Perhaps under the influence of Celsus's view, Paulus adopted an approach entirely different from that of the Sabinians: while the Sabinians held that the owner of stolen materials could bring *condictio* against the thief for either the material or the *nova species*, Paulus allowed only a *condictio* for the *nova species*, with its valuation based on the highest value the object reached after the theft. By contrast, Paulus maintained

Consequently, in Paulus's view, bad-faith *specificatio* inherently constitutes theft. Cfr. B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' nell'elaborazione dei giuristi romani*, in *Jus*, IX, 1958, 316 ss.

129 Santalucia argues that, in cases involving stolen materials and bad-faith *specificatio*, Paulus still adheres to his criterion of material persistence. He suggests that the very act of theft means the material must be deemed to persist even after its transformation into a new thing. Therefore, *specificatio* involving material theft or processing in bad faith would never allow the maker to acquire ownership of the new thing (Cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 128 ss.). However, although this interpretation offers a coherent explanation for Paulus's stance on the *specificatio* regarding stolen material and bad-faith acts, it significantly deviates from the original meaning of the material persistence criterion – namely, that material persists in the new thing where, by its very nature, it can readily be restored to its original form after processing. Extending this naturally grounded notion of persistence to all stolen materials seems somewhat strained.

130 Paul. 39 *ad ed.* D. 13. 1. 13: *Ex argento subrepto pocula facta condici posse Fulcinius ait: ergo in conditione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est, quemadmodum si infans subreptus adoleverit, aestimatio fit adulescentis, quamvis cura et sumptibus furis creverit.*

131 Cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 131; Cel. 12 *dig.* D. 47.2.68.2: *Infans apud furem adolevit: tam adulescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tamen furtum est: ideoque dupli tenetur, quanti umquam apud eum plurimi fuit. nam quod semel dumtaxat furti agi cum eo potest, quid refert propositae quaestioni? quippe, si subreptus furi foret ac rursus a fure altero eum recuperasset, etiam si duo furta fecisset, non amplius quam semel cum eo furti agi posset. nec dubitaverim, quin adulescentis potius quam infantis aestimationem fieri oporteret. et quid tam ridiculum est quam meliorem furis conditionem esse propter continuationem furti existimare?*

that the material owner could bring an *actio ad exhibendum* either for the material or for the *nova species*. This distinction may arise from the differing methods of valuation: in the *condictio ex causa furtiva*, the owner of the material may recover the highest value the property reached between the theft and the judgment, whereas in an *actio ad exhibendum*, compensation is based on the value of the object at the time of judgment. Thus, only by allowing the material owner to choose whether to bring the *actio ad exhibendum* for the materials or for the *nova species* can full compensation be ensured. After all, *specificatio* does not always increase the value of the material.

6. Conclusion.

In modern civil law theory, *specificatio* has been firmly established as an original mode of acquiring ownership, and nearly all civil codes contain specific provisions on *specificatio*. Nevertheless, scholarly debate persists over whether the *nova species* should belong to the material owner or to the processor, and there remains no settled view on whether a bad-faith processor could acquire ownership of the *nova species*. Even the concept of *nova species* itself continues to be questioned¹³². Undoubtedly, these issues have their roots in Roman law. Turning to the Roman jurists, we find that neither *specificatio* nor *accessio* was regarded as an independent mode of acquiring ownership. For the pragmatic jurists, what truly mattered is to identify the optimal solution for such cases. The sources indicate three approaches to *specificatio*: the Sabinian view, which attributes the *nova species* to the material owner; the Proculian view, which granted it to the processor; and the *media sententia*, which was ultimately adopted by Justinian. Although several explanations have been proposed for the opposition between the two schools, each with varying degrees of plausibility, the limited evidence in the sources make it difficult for any single explanation to prevail definitively. As for the *media sententia* endorsed by Justinian, it has been largely abandoned in modern law because of its rigid reliance on the reversibility criterion. However, on the basis of Paulus's criterion of material persistence, 'reversibility' may be understood as the natural property enabling an object to be readily restored to its original material state. Regarding bad-faith *specificatio*, the Proculians maintained that bad faith did not preclude the processor from acquiring ownership of the new thing, whereas the Sabinians held that the processor could never acquire ownership, regardless of good or bad faith. Paulus, by contrast, took a distinctive position, holding that the processor could not acquire ownership only if the material had been stolen and subsequently processed in bad faith.

132 Cfr. J. RUDNICKI, *Specification: Roman Law, Modern Codification and Economical Rationality*, in *Forum Prawnicze*, XXXIII, 2016, 49 ss.

ABSTRACT: Roman jurists did not regard *specificatio* as an independent mode of acquiring ownership, but rather preferred a casuistic approach to disputes on *specificatio*. The sources present three solutions regarding the ownership of the *nova species*: the Sabinian view, the Proculian view, and the *media sententia*. Scholars have proposed various explanations for the controversy between the two schools and its underlying causes, but the limited evidence in the sources makes it difficult to assert the superiority of any single theory. The concepts of ‘*nova species*’ and ‘identity’ are inherently related, yet both have shed their philosophical overtones and acquired specific legal meanings; the name of the *nova species* serving as an ownership marker plays a crucial role in determining whether a *nova species* has been created. The criterion of material persistence upheld by Paulus differs fundamentally from the mechanical reversibility criterion, though the meaning of ‘reversibility’ is not absolute. On the issue of bad-faith *specificatio*, Paulus adopted a stance distinct from both schools, holding the processor is precluded from acquiring ownership of the *nova species* on account of the material theft and the bad faith.

KEYWORDS: *Specificatio* – *Nova species* – Identity – *Media sententia* – Reversibility – Bad faith.

a cura di Giorgia Zanon

ANCORA SUL CASO DI MILONE.

UNA PROPOSTA DI LETTURA TRA DIRITTO, RETORICA E ...IMMAGINAZIONE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contesto storico-politico. 3 – Il caso. – 4. I personaggi del processo. – 5. Il discorso accusatorio. – 6. L'arringa difensiva. – 7. La sentenza.

1. *Premessa.*

Il nostro lavoro prende le mosse dalla celebre orazione pronunciata (o quanto meno elaborata) da Cicerone in occasione del processo contro Tito Annio Milone, imputato nel 52 a.C. dell'omicidio del rivale politico Publio Clodio Pulcro.

L'elaborato si articola in tre momenti. Il primo, volto a contestualizzare la vicenda processuale, consiste in un inquadramento storico-politico della tarda Repubblica e del clima di conflitto tra *optimates* e *populares*, con particolare attenzione alla progressiva degenerazione dell'iniziale contrapposizione politica in violenza organizzata. Ci si concentra, poi, sul caso di Milone e sui protagonisti del giudizio (parti, avvocati, testimoni, giudici). Segue la proposta ricostruttiva delle arringhe, difensiva e accusatoria, pronunciate dagli oratori e, infine, quella del verdetto, secondo quanto abbiamo potuto apprendere dalle fonti e dal quadro normativo vigente (con particolare riferimento alla *lex Pompeia de vi*).

Dal punto di vista metodologico, il testo dell'arringa ciceroniana ha rappresentato il punto di partenza per la ricostruzione degli altri atti processuali (accusa e sentenza) attraverso un esercizio critico in cui si sono intrecciati dati testuali e ipotesi interpretative. Se dunque la *quaestio iuris*, l'impianto logico-argomentativo e gli snodi retorici sono stati tratti dall'orazione ciceroniana – che è stata oggetto dei soli adattamenti ritenuti opportuni per garantirne la comprensione da parte di un pubblico contemporaneo – le parti a noi non tramandate, vale a dire l'arringa dell'accusa e il verdetto, sono state

* Anche quest'anno, questi Quaderni ospitano l'elaborato prodotto dagli studenti del corso di *Simulazione processuale in area romanistica*. Gli autori si sono cimentati nella ricostruzione di una delle più celebri orazioni ciceroniane – la *pro Milone* – cercando di far emergere le questioni di diritto e argomentative più significative, anche per l'oratore contemporaneo. Alla ricerca storico-giuridica, condotta con serietà e passione, si è aggiunto un pizzico di fantasia che, senza aver snaturato i fatti processuali, ha consentito di mettere in campo le competenze acquisite durante il percorso di studi. Hanno partecipato: Alessandro Stellini (I. Il contesto storico-politico); Nicola Vitale (II. Il caso); Greta Scarpini (III. I personaggi del processo); Anita Elena Schiavon, Giulia Broggio (IV. Il discorso accusatorio); Lorenzo Landi, Matteo Martinucci (L'arringa difensiva); Serena Tiozzo Bastianello (VI. La sentenza e Premessa).

Tutti i membri del gruppo hanno partecipato congiuntamente alla revisione complessiva del testo e alla discussione dei contenuti, contribuendo in modo collaborativo alla stesura finale del lavoro.

invece oggetto di una proposta di lettura fondata sul confronto con i dati (espliciti e impliciti) rinvenibili nella tesi difensiva, ma anche sulle nostre impressioni personali.

Per quanto attiene, in particolare, al verdetto, convinti che la legge rappresenti solo uno dei 'formanti' della decisione, abbiamo allargato il nostro campo di indagine alla storia personale, alla cultura, all'appartenenza politica dei giudici, cercando di comprendere quali furono, al di là delle categorie giuridiche, le reali motivazioni che condussero la giuria a pronunciare la condanna dell'accusato.

2. *Il contesto storico-politico.*

Nella millenaria storia di Roma uno dei momenti più tragici e complessi è indubbiamente la crisi in cui sprofondò la Repubblica nel corso del I secolo a.C.

Tra i molti eventi che possono essere considerati manifestazioni, ormai chiare, dell'irreversibile tracollo delle istituzioni, spicca senza dubbio la battaglia di Porta Collina dell'82 a.C.; in quello scontro le truppe degli *optimates*, fedeli a Lucio Cornelio Silla, riportarono una vittoria decisiva sulle legioni dei *populares*, legate alla figura di Gaio Mario. Tale successo segnò la definitiva ascesa al potere di Silla e aprì una fase politica dominata dalla violenza e dalle epurazioni. Da allora, sino all'uccisione di Publio Clodio Pulcro, nel 52, Roma conobbe un periodo dominato dall'incertezza e, spesso, dal terrore, nel corso del quale la legittimità costituzionale venne ripetutamente violata e lo stesso codice valoriale progressivamente superato. In particolare, l'assunzione di poteri straordinari (come appunto nel caso della dittatura di Silla), in aperta violazione con i tradizionali principi della collegialità, della temporaneità, della elettività e della responsabilità delle cariche magistratuali, determinò il graduale declino dei fondamenti stessi della *res publica*, aprendo la strada all'instaurazione di nuovi assetti di potere.

Per queste ragioni, non stupisce che, alla morte del dittatore nel 78 a.C., Roma sprofondò in una sorta di vuoto politico che favorì l'emergere di figure sempre più ambiziose e individualiste, la cui autorità non era più legata necessariamente all'*ordo senatorius* e alle magistrature, bensì al prestigio militare e alle disponibilità economiche personali.

Fu Marco Emilio Lepido, console insieme a Quinto Lutazio Catulo, a imporsi nella scena politica con un programma nettamente schierato a favore dei *populares*. Nel tentativo di restituire i beni confiscati ai proscritti (da Silla) e di dar luogo a una nuova riforma agraria, Lepido incontrò la netta opposizione del collega Catulo e di un generale che negli anni a venire avrebbe assunto un ruolo chiave nella vita politica e militare di Roma, Gneo Pompeo Magno.

Sconfitto Lepido e soppresso il tentativo del generale mariano Quinto Sertorio di fondare una repubblica autonoma nella penisola iberica nel 72 a.C., la strada degli onori e del successo si aprirono così, inevitabilmente, al giovane Pompeo.

Allo stesso tempo, si stava facendo strada la figura di Marco Licinio Crasso, generale sillano che si era arricchito enormemente mediante la rivendita dei beni confiscati

ai proscritti e che aveva consolidato il proprio prestigio politico-militare grazie alla repressione della rivolta servile capeggiata da Spartaco tra il 73 a.C. e il 71 a.C.

Il consolato del 70 a.C. sancì la definitiva ascesa dei due generali e si caratterizzò per lo smantellamento delle riforme sillane, con la restituzione dei poteri ai tribuni della plebe e il sostanziale riequilibrio della composizione delle giurie popolari.

Negli anni successivi fu in particolar modo Pompeo a consolidare ulteriormente la propria posizione grazie alla vittoriosa conduzione di diverse campagne militari, le quali gli valsero l'attribuzione, mediante legge, di poteri straordinari sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo. Nella ormai evidente incapacità del senato di fronteggiare situazioni sempre più complesse, Pompeo si affermava dunque come protagonista assoluto della politica estera (grazie soprattutto alla vittoriosa campagna in Oriente), mentre, sul versante interno, si scatenava una delle crisi politiche più celebri dell'era tardo-repubblicana: la congiura di Catilina.

Appartenente alla nobile *gens Sergia*, ma compromesso da debiti ingenti e da ambizioni politiche insoddisfatte, Lucio Sergio Catilina aveva più volte cercato di accedere al consolato, senza però mai ottenere successo. E fu proprio l'ennesimo fallimento elettorale, nel 63 a.C., a indurre Catilina a scegliere la strada dell'illegalità e della violenza attraverso un progetto segreto di sovvertimento delle istituzioni repubblicane. La trama così ordita venne però smascherata dal console Marco Tullio Cicerone il quale, con la pronuncia di quattro celebri orazioni deliberative, denunciò pubblicamente il congiurato costringendolo a fuggire in Etruria, ove si era nel frattempo riunito un esercito di suoi sostenitori.

Sebbene la morte dello stesso Catilina, nel 62 a.C., pose fine alla vicenda, questa produsse comunque un inaspettato impatto politico, mettendo irrevocabilmente in luce le oramai insanabili fratture sociali che da decenni avvelenavano la Repubblica.

Ma è forse il 60 a.C. a segnare il punto di non ritorno verso l'inesorabile collasso della *res publica*. Mossi da interessi personali differenti, ma inevitabilmente collegati, Gneo Pompeo Magno, Marco Licinio Crasso e Gaio Giulio Cesare strinsero un'alleanza politica privata di carattere extralegale passata alla storia come primo triumvirato, attraverso la quale le istituzioni repubblicane furono sostanzialmente sottoposte al volere dei tre generali. Eletto console nel 59 a.C. e ottenuto l'anno successivo il proconsolato delle provincie della Gallia Cisalpina, dell'Ilirico e della Gallia Narbonese, Cesare decise di avviare la celebre campagna militare da lui stesso narrata nel *de bello Gallico*. Nel contempo, anche Pompeo e Crasso conseguirono quanto stabilito dall'accordo: il primo vide ratificati i provvedimenti emanati durante la campagna in Oriente che il Senato aveva precedentemente bloccato, mentre il secondo rafforzò la propria posizione politica mediante la difesa degli interessi economici dell'ordine equestre.

A complicare e degradare ulteriormente la vita della *res publica* si aggiunse una figura chiave della Roma tardo-repubblicana, nonché protagonista (avversario) dell'orazione ciceroniana *pro Milone*: Publio Clodio Pulcro. Nominato tribuno della plebe nel 58 a.C., Clodio si erse celermente a guida indiscussa dei *populares* dando luogo a un programma

segnatamente demagogico. Il ricorso oramai quotidiano a bande armate permise allo stesso di assumere il controllo della città e di avviare una stagione di continui scontri con la fazione degli *optimates*: la violenza e il sangue divennero il mezzo ordinario di lotta politica, sancendo la definitiva crisi del modello repubblicano basato sulla dialettica istituzionale.

Due furono infine gli eventi che privarono la Repubblica di un'ultima *chance* di sopravvivenza. In primo luogo, desideroso di eguagliare le conquiste degli altri triumviri, Crasso ottenne il comando della guerra contro i Parti. La spedizione, organizzata malamente sin dal proprio inizio, si concluse con la disastrosa sconfitta dell'esercito romano nella battaglia di Carre del 53 a.C., in occasione della quale lo stesso Crasso trovò la morte. Spezzatosi l'equilibrio garantito dal Triumvirato e rimasti soli nella scena politica, Cesare e Pompeo iniziarono a prepararsi a uno scontro diretto oramai inevitabile.

In secondo luogo, ma di questo si avrà modo di leggere nei paragrafi successivi, l'uccisione di Clodio nel 52 a.C. gettò Roma in una spirale di violenza e di terrore interno sino a quel momento mai raggiunti.

3. *Il caso.*

L'evento di cui si discute nella *pro Milone* vede Tito Annio Milone, politico appartenente alla fazione degli *optimates* e candidato al consolato, accusato dell'uccisione di Publio Clodio Pulcro, esponente dei *populares*, in corsa per la carica di pretore. Il fatto risale al 18 gennaio del 52 a.C., intorno all'*hora nona*, cioè indicativamente tra le quattordici e le quindici, presso la città di *Bovillae*, oggi identificata con la frazione di Frattocchie del comune di Marino, distante circa 20 chilometri da Roma.

Prima di affrontare la narrazione dell'accaduto, giova ricordare in che rapporti fossero i due personaggi coinvolti in questo caso di cronaca giudiziaria.

Come già accennato, i due erano rivali politici, vicini a interessi e istanze opposti: Clodio, nonostante le origini patrizie, era schierato a rappresentanza delle masse popolari; Milone invece sosteneva l'aristocrazia senatoria. Essere rivali politici in un periodo come gli anni 50 avanti Cristo non era cosa da poco, per una serie di ragioni: le istituzioni repubblicane erano in forte crisi, con il potere concentrato nelle mani di pochi uomini forti, che perseguivano interessi personali con la forza; le elezioni erano spesso truccate, dominate da corruzione e intimidazioni; i politici erano dotati di bande armate private composte da schiavi e clienti (i cosiddetti *clientes armati*), utilizzate per difendersi, ma, più spesso, attaccare gli avversari. Da questo punto di vista Milone e Clodio furono solo due tra i tanti protagonisti, meno noti, di questo clima di caos e sopraffazione.

L'astio che intercorreva tra loro discendeva, peraltro, anche dal rapporto tumultuoso che legava Clodio e Cicerone, del quale ultimo Milone era divenuto attivo sostenitore. Qualche anno prima della sua morte, Clodio si era infatti reso protagonista di uno degli

episodi più scandalosi e sacrileghi della tarda Repubblica romana; travestitosi da donna, egli si era introdotto nella *domus* di un alto magistrato in occasione dello svolgimento della cerimonia, prettamente femminile, in onore della *Bona Dea*. L'intrusione venne però scoperta e Clodio denunciato: il processo che seguì fu di estrema importanza politica e l'accusa (di *incestum*, sacrilegio), gravissima. In questo frangente, Cicerone testimoniò contro Clodio, smentendo il suo alibi, anche se l'imputato riuscì poi a essere assolto grazie alla corruzione dei giudici.

Fu in tale occasione che Clodio, per evidenti ragioni di opportunità politica, decise di attuare la sua *transitio ad plebem* facendosi adottare da una famiglia plebea. Eletto successivamente tribuno, egli si schierò apertamente contro il senato e contro Cicerone, facendo tra l'altro approvare le *leges Clodiae*, leggi apertamente populiste: una di queste colpiva chiunque avesse fatto giustiziare cittadini romani senza processo, chiaro attacco nei confronti di Cicerone, che nel 63, aveva fatto condannare a morte i congiurati di Catilina senza un formale giudizio.

Cicerone fu quindi costretto all'esilio, durato un anno: una volta tornato a Roma egli divenne uno dei più feroci oppositori di Clodio, mentre Milone si schierò a sostegno dell'oratore, attirandosi in tal modo l'odio dei *populares*.

L'acceso contrasto tra i tre uomini politici è, dunque, al cuore del processo del 52 a.C., nel quale, come già si è detto, la morte violenta di Clodio venne imputata al rivale Milone, difeso dall'amico Cicerone.

Del medesimo accadimento, come in ogni processo penale che si rispetti, sono giunte tre diverse versioni, una appartenente all'accusa, una proposta dal difensore, e un'ultima che si desume dalla storiografia imperiale e dagli atti pubblici.

Secondo l'interpretazione dell'accusa, Milone abbandonò improvvisamente una seduta del senato, senza attenderne la conclusione, per appostarsi sulla via Appia con oltre trecento schiavi armati, in attesa del passaggio di Clodio. Questi, a sua volta, accompagnato da soli ventisei schiavi, era di ritorno da Ariccia, ove si era recato per impegni istituzionali con i decurioni locali, in ottemperanza dei suoi doveri di *patronus* del municipio. Lo scontro avvenne indicativamente all'*hora quarta*: era infatti pieno giorno quando venne sferrato l'attacco contro Clodio, che perse la vita.

La versione proposta dalla difesa è, come è facile pensare, radicalmente diversa: Cicerone sostenne che fu Clodio a circondarsi di un gruppo armato e ad attendere Milone sulla via Appia, per assalirlo all'imbrunire (all'*hora undecima*, non all'*hora nona*, come emerge dagli *acta* processuali), nel momento in cui il rivale, conclusa la seduta del senato e atteso che la moglie si agghindasse, si recava verso Lanuvio per presiedere all'elezione di un sacerdote, circondato non da *gladiatores*, ma da *delicati*. La scena che dipinge Cicerone è suggestiva: Clodio si trovava su un'altura dalla quale scagliò la sua banda armata contro il rivale politico, attaccandolo alle spalle; Milone si difese alacramente e i suoi schiavi dimostrarono cieca fedeltà e grande coraggio, continuando a combattere pur nella convinzione, poi dimostratasi erronea, della morte del padrone. L'uccisione di Clodio, secondo la difesa, avvenne nel vivo del conflitto, non su ordine

di Milone, il quale, dovendosi difendere dai gladiatori avversari, non aveva possibilità di accorgersi dell'accaduto. Semplicemente i combattenti al servizio di Milone fecero «quanto ciascuno avrebbe desiderato che i propri uomini facessero in una simile circostanza».

Esiste, infine, una ricostruzione dei fatti forse più imparziale e in qualche modo assimilabile a quella che oggi chiameremmo 'ufficiale': si tratta dell'analisi condotta da Asconio Pediano nel *Commentarius in Milonem*. Questa versione tende a non riconoscere la premeditazione dello scontro all'uno o all'altro degli avversari: secondo la stessa i due gruppi si sarebbero incrociati fortuitamente, mentre la responsabilità della rissa, che coinvolse poi i rispettivi padroni, andrebbe attribuita ai gladiatori posti a retroguardia di ciascun corteo.

Per quanto riguarda le testimonianze processuali, esse sembrano effettivamente attestare: 1) che Milone viaggiava con la moglie in carrozza, mentre Clodio era a cavallo; 2) che Clodio, nello scontro, rimase gravemente ferito a una spalla, tanto da doversi riparare in una vicina *taberna*; 3) che da lì fu trascinato all'esterno e ucciso da uno schiavo di Milone (e probabilmente su suo ordine); 4) che il corpo esanime di Clodio venne abbandonato sulla via Appia.

Fu il senatore Sesto Teidio a raccogliere il cadavere e a farlo trasportare a Roma. Alla vista del corpo del loro rappresentante, le masse popolari scatenarono tumulti talmente infuocati da indurre Pompeo a decretare lo stato di emergenza e a dichiarare che l'uccisione di Clodio era avvenuta *contra rem publicam*. Dal punto di vista giuridico, ciò si traduceva nell'istituzione di una *quaestio de vi* straordinaria, in sostanza un tribunale speciale incaricato di giudicare l'accaduto *ex post*. Tale procedura comportò una rigorosa circoscrizione del *thema decidendum*: il giudizio doveva concentrarsi esclusivamente sul fatto contestato. In altre parole, non era possibile, né per i sostenitori di Clodio, né per Cicerone, chiamare in causa gli attriti e gli atti di violenza antecedenti tra Clodio e Milone per dimostrare che il rispettivo avversario covasse da tempo intenzioni omicide.

La strategia processuale di Cicerone si basò su una diversa qualificazione del fatto contestato al suo assistito: non era in discussione l'accaduto, cioè l'uccisione di Clodio, bensì la legittimità dell'agire di Milone.

Purtroppo, o per fortuna, la versione della *pro Milone* che ci è giunta non è l'arringa effettivamente pronunciata da Cicerone, ma una revisione da lui stesso operata qualche tempo dopo. Il processo si svolse in un clima sensibilmente intimidatorio: Pompeo aveva infatti ordinato ai suoi soldati, armati di tutto punto, di presidiare il foro onde evitare ulteriori disordini, mentre anche la folla, ostile nei confronti di Milone, circondava il luogo. Cicerone, in questo contesto, nonostante la sua abilità retorica, non riuscì a recitare in modo convincente la sua arringa.

Milone fu dunque condannato e si ritirò in esilio a Marsiglia.

4. I personaggi del processo.

Marco Tullio Cicerone nacque ad Arpino nel 106 a.C., in una famiglia dell'ordine equestre, benestante, colta, ma priva di titoli nobiliari. Proprio per questo, Roma lo considerò sempre un *homo novus*, il primo della sua stirpe a intraprendere la carriera politica. Dotato di straordinaria intelligenza e di un'insaziabile curiosità per la conoscenza, si trasferì presto a Roma per studiare diritto e oratoria. Ebbe maestri illustri come il giurista Quinto Mucio Scevola e gli oratori Lucio Licinio Crasso e Marco Antonio. Accanto alle discipline giuridiche, coltivò la filosofia - affascinato tanto dall'epicureismo quanto dallo stoicismo - e la letteratura, nella quale si cimentò anche come poeta. Il suo primo grande successo arrivò nell'80 a.C., durante la dittatura di Silla, quando difese in tribunale un liberto, ottenendo una vittoria che lo fece conoscere al grande pubblico. Da quel momento la sua ascesa fu costante, fino al 63 a.C., anno in cui raggiunse l'apice della carriera con l'elezione al consolato. In quell'occasione si schierò con gli *optimates*, la fazione conservatrice del Senato, opponendosi ai *populares* di Giulio Cesare. Tuttavia, la sua fortuna politica cominciò a declinare negli anni successivi. Nel 60 a.C. nacque il primo triumvirato tra Cesare, Pompeo e Crasso, alleanza alla quale Cicerone si rifiutò di aderire. Poco dopo, nel 58 a.C., venne accusato da Publio Clodio Pulcro di aver violato il diritto di *provocatio ad populum*, per aver fatto giustiziare senza processo alcuni complici di Catilina. Condannato all'esilio, fu costretto a lasciare Roma, ma nel 57 a.C. poté rientrarvi grazie all'intervento di Pompeo e dei suoi sostenitori. Negli anni seguenti si tenne ai margini della vita politica, pur continuando l'attività forense, spesso in difesa di uomini vicini a Cesare e a Pompeo. Nel celebre processo a Tito Annio Milone, Cicerone partecipò come uno dei difensori, incaricato di dimostrare l'innocenza dell'imputato. Tuttavia, la tensione dell'aula e la presenza minacciosa della folla e dei soldati lo intimidirono, e la sua orazione risultò esitante. Soltanto in seguito rielaborò e riscrisse quel discorso, trasformandolo in una delle sue opere più brillanti dal punto di vista retorico.

Publio Clodio Pulcro proveniva da una delle famiglie più antiche e influenti di Roma, la *gens Claudia*, di origini patrizie. Nonostante la nascita aristocratica, Clodio scelse fin da giovane di schierarsi con i *populares*, la fazione politica che sosteneva le istanze del popolo contro il potere del Senato. Fu un uomo impulsivo e carismatico, capace di conquistare la plebe urbana con una politica spregiudicata e populista, ma anche di guadagnarsi l'odio dell'aristocrazia. Nel 63 a.C. collaborò inizialmente con Cicerone durante la congiura di Catilina, ma pochi anni dopo i due divennero acerrimi nemici. Nel 61 a.C. fu coinvolto nello scandalo della *Bona Dea* e, nonostante l'evidenza delle accuse, venne assolto grazie all'intervento corruttivo di Crasso. Da allora, giurò vendetta contro Cicerone. Per poter diventare tribuno della plebe, Clodio rinunciò formalmente alla sua condizione patrizia facendosi adottare da una famiglia plebea: una mossa politica audace, che gli consentì di ottenere la carica nel 58 a.C. Durante il

suo tribunato promosse una serie di leggi che rafforzarono il potere delle assemblee popolari e indebolirono quello del Senato, segnando uno dei momenti più turbolenti della vita repubblicana.

Dopo il tribunato, Clodio continuò a esercitare grande influenza, circondandosi di sostenitori armati e fomentando disordini nelle strade di Roma. La sua rivalità con Tito Annio Milone, esponente degli *optimates*, divenne emblematica dello scontro tra le due anime della Repubblica. Il conflitto raggiunse il culmine nel gennaio del 52 a.C., quando Clodio fu ucciso in uno scontro sulla Via Appia con il seguito armato di Milone. La sua morte provocò tumulti in città e l'incendio del Senato, gettando Roma nel caos.

Tito Annio Milone apparteneva alla fazione degli *optimates*, la parte più conservatrice e aristocratica della politica romana. Uomo ambizioso, legò la propria carriera a Pompeo, sperando di guadagnarne l'appoggio per il proprio *cursus honorum*. Eletto tribuno della plebe nel 57 a.C., Milone si distinse per aver favorito il ritorno dall'esilio di Cicerone, insieme al collega Publio Sestio. Ma il suo antagonismo con Clodio, già allora potente figura dei *populares*, si fece sempre più acceso, degenerando in scontri continui tra le bande armate che ciascuno dei due manteneva a Roma.

Nel 56 a.C. Milone sposò Fausta, figlia del dittatore Silla, un'unione che rafforzò la sua posizione politica. Nel 53 a.C. si candidò al consolato per l'anno seguente, proprio mentre Clodio puntava alla pretura. L'atmosfera elettorale era incandescente, ma l'esito della stessa fu segnato dalla brutale morte di Clodio e dal successivo processo contro Milone. Condannato all'esilio e alla confisca dei beni, egli vide così infrangersi definitivamente ogni ambizione politica.

Accanto ai grandi protagonisti del processo, risaltano alcune figure solo apparentemente minori, ma in realtà decisive nello svolgimento dei fatti.

Fausa, moglie di Milone e figlia del dittatore Silla, portava con sé un peso politico importante, rafforzando la rete di alleanze nobiliari di Milone. Non prese parte allo scontro e non ebbe un ruolo diretto nella vicenda, ma la sua figura assunse una valenza politica e simbolica estremamente significativa.

Fulvia, moglie di Clodio, proveniva da due importanti famiglie della nobiltà plebea. Dopo la morte del marito, assunse un ruolo centrale nella mobilitazione contro Milone: partecipò alle udienze e fu la prima a mostrare pubblicamente il corpo di Clodio nella *curia Hostilia*.

L'oste di *Bovillae*, proprietario della locanda situata presso il luogo del conflitto, ospitò Clodio dopo che questi fu ferito nello scontro iniziale. Egli non prese parte allo scontro, ma fu assunto come testimone chiave nella ricostruzione della morte di Clodio.

Anche gli schiavi di Milone svolsero una funzione importante sia durante lo scontro che in occasione dell'istruttoria, nella quale furono chiamati a deporre.

5. *Il discorso accusatorio.*

Illustri giudici,

ci troviamo oggi riuniti in questo tribunale per rendere giustizia a un uomo assassinato con premeditazione, un uomo che, al di là delle divergenze politiche, era un cittadino romano come tutti voi: Publio Clodio Pulcro. Non un semplice uomo, ma un uomo del popolo, il difensore dei cittadini, il baluardo contro l'arroganza dei potenti. Non lasciatevi ammaliare dalle menzogne e dalle distorsioni della verità! La sua morte non è stata un tragico caso del destino né il frutto di un semplice scontro casuale. No! Clodio è stato vittima di un complotto meschino e sanguinario, architettato dal qui accusato Tito Annio Milone, il cui solo scopo era eliminare il suo più grande ostacolo politico e aprirsi un varco verso il potere.

Ma chi era davvero Publio Clodio Pulcro? Non certo un volgare politicante alla ricerca di un tornaconto personale. No! Egli fu la voce di chi non ne aveva, colui che osò sfidare l'oligarchia senatoria per garantire giustizia e uguaglianza a tutti i cittadini di Roma. Proveniente da una delle famiglie più nobili della città, scelse di rinunciare ai privilegi della sua casta per dedicarsi interamente alla causa del popolo. La sua elezione a tribuno della plebe segnò l'inizio di un'intensa battaglia contro gli abusi dei potenti: promosse la distribuzione gratuita del grano per i cittadini più poveri, ridusse l'influenza dei ceti aristocratici nei processi giudiziari e si oppose fermamente ai magistrati corrotti. Fu per questo che i patrizi lo temevano. Non sopportavano la sua determinazione, la sua capacità di aggregare le masse, il suo coraggio nel contrastare la corruzione.

Milone, al contrario è, e sottolineo il tempo presente, verbo che invece non potrà più essere accostato a Clodio, un uomo privo di scrupoli, un violento assetato di potere che ha sempre utilizzato la forza per imporsi nella scena politica. Con il pretesto della difesa della Repubblica, ha seminato il terrore per le strade di Roma, circondandosi di bande armate per eliminare chiunque gli si opponesse. Non è un caso che il suo nome sia associato alla violenza e al disordine: egli non ha mai seguito la legge, ma l'ha sempre piegata ai suoi scopi.

Ora, illustri giudici, chiediamoci chi ha tratto vantaggio dalla morte di Clodio. Non certo Roma, che ha perso uno dei suoi più ferventi difensori. Nemmeno il popolo, privato della sua voce più autorevole. L'unico a beneficiarne è stato Tito Annio Milone, che con la morte del suo avversario sperava di conquistare il consolato e consolidare così il proprio dominio, coadiuvato dai suoi alleati aristocratici.

Gli stessi patrizi che da sempre osteggiavano Clodio hanno gioito della sua scomparsa, perché con lui muore anche la minaccia di riforme contrarie ai loro privilegi. La scomparsa del nostro amato tribuno non è solo un omicidio: è un attacco alla libertà, un colpo inferto al cuore della Repubblica!

L'incontro sulla via Appia non fu casuale. Milone aveva pianificato tutto nei minimi dettagli. Sapeva quando e dove colpire. E quando lo scontro ebbe inizio, Clodio, ferito,

cercò rifugio in una locanda, ma Milone, mosso da fredda premeditazione, ordinò ai suoi uomini di stanarlo. Lo trascinarono fuori e lo uccisero brutalmente, senza dargli alcuna possibilità di difesa. Onorevoli giudici, vi sembra questo uno scontro alla pari o piuttosto il segno di un atto vile? Non è forse questo il marchio di un omicidio premeditato? Non è forse la dimostrazione di una sete di potere che non conosce né limiti né morale?

Gli spregevoli crimini commessi da Milone non si sono fermati qui! Temendo che la verità venisse alla luce, ha manipolato le testimonianze dei suoi stessi schiavi: sappiamo bene che gli schiavi sono obbligati a deporre sotto tortura nei processi in cui il loro padrone è sospettato di omicidio. Eppure, Milone non ha permesso che ciò accadesse. Con astuzia e tempismo impeccabili si è premurato di manomettere il proprio schiavo, così da renderlo libero e sottrarlo dall'obbligo di deposizione. Milone ha corrotto, intimidito, e persino eliminato coloro che avrebbero potuto svelare i retroscena della sua colpa.

Un uomo innocente non avrebbe di certo avuto bisogno di ricorrere a tali espedienti. Ripercorriamo da vicino quel fatidico giorno infausto.

Nel momento in cui avvenne lo scontro, Clodio si stava dirigendo verso Roma. Gli era stata infatti improvvisamente annunciata la morte di un caro amico. Dal momento che il defunto lo aveva nominato erede, Clodio fu costretto a precipitarsi a Roma! Un viaggio improvviso, dettato dall'urgenza che lo ha obbligato a spostarsi con pochi uomini e senza moglie. È difficile pensare che la notizia della morte di un amico così caro a Clodio non fosse nota negli alti circoli, e soprattutto che non fosse nota a Milone, il quale si trovava proprio a Roma e poteva quindi essere a conoscenza di questo evento così in anticipo da poter cogliere l'occasione, tanto agognata, di eliminare una volta per tutte una personalità a lui così scomoda.

Era questa la giusta occasione: aver l'opportunità di incrociare l'uomo che vorresti morto, praticamente privo di difesa, in un momento di debolezza. Che momento perfetto! Poteva essere un'opportunità irripetibile per il tempismo, un'opportunità unica.

Lo scontro avvenne lungo la Via Appia, in una zona particolarmente adatta a sferrare un attacco decisivo, proprio come quello che è stato attuato; una strada non abbastanza larga per permettere manovre strategiche in caso di conflitto. Una strada ricca di alberi e boschi che impediscono una piena visione di eventuali nemici. La scelta del luogo è emblematica nel dimostrare come l'accusato non si sia trovato in una situazione di emergenza, ma al contrario, abbia accuratamente pianificato l'omicidio. Ha infatti sferrato un attacco tanto rapido e preciso, da avere tutto il tempo e la forza di recarsi poi a Lanuvio.

Capiremo ora come sia stato non Clodio, ma Milone a cercare lo scontro. Scontro non solo tremendamente feroce, ma anche premeditato. Clodio si era messo in viaggio con un corteo composto da pochi uomini: la sua non era certo l'attitudine di un uomo alla ricerca di violenza e la scelta, lo ricordiamo, dettata dalla improvvisa dipartita di un amico caro, un'incombenza infelice e inaspettata che lo ha travolto in quei giorni. Al contrario, quello di Milone era un corteo ben nutrito di uomini armati, uomini

notoriamente addestrati alla violenza, e la feroce morte che hanno inflitto a Clodio non può che esserne la dimostrazione.

Ricordiamoci che l'abbondante composizione del corteo di Milone è stata confermata dallo schiavo dello stesso. E la scelta del numero di uomini armati non può che essere stata accuratamente ponderata dall'accusato, al fine di godere della assoluta certezza di non rischiare la propria vita, ma di porre invece fine a quella di Clodio. Come poteva Milone essere attaccato con una tale superiorità numerica? E se anche volessimo crederci, saremmo subito smentiti. Perché con un tale numero di seguaci avrebbe potuto disarmare facilmente Clodio e i suoi pochi uomini ed evitare così lo scontro. Di fronte alla scelta tra onore e potere è chiaro cosa abbia scelto il qui presente Tito Annio Milone.

E come potrebbe non essere così? Non dimentichiamo che il liberto di Milone ha dichiarato che quest'ultimo viaggiava spesso lungo la Via Appia per le sue funzioni politiche: tutti lo sapevano. E allora vi chiedo. Non sarebbe stato troppo sciocco da parte di Clodio uccidere Milone proprio quel giorno? Se davvero avesse voluto uccidere Milone, avrebbe sfruttato un'altra occasione, magari a lui più favorevole. Se avesse voluto uccidere Milone, avrebbe certamente portato con sé più uomini. Se davvero fosse l'uomo spietato che Milone e i suoi dicono, ne sarebbe uscito vivo. Chiunque avesse agito in condizioni tali per porre fine alla vita di Milone, sarebbe risultato un folle, un suicida. Ma la storia, lo sappiamo, pende dalla parte opposta della bilancia.

Illustrissimi giudici, lasciatevi ora guidare nel sentiero che illuminerà i vostri passi per la decisione finale.

Clodio è ferito, stremato e confuso. Si rifugia nella locanda, ormai disarmato e vulnerabile. Quale errore gli fu più fatale... in quella locanda non troverà lo sperato riparo, bensì la morte. Inseguito, braccato come un animale e colpito ripetutamente con veemenza e brutalità, un colpo alla testa che lo tramortisce, poi uno al torace e dopo ancora un colpo alla testa. Vi dico che questa è un'esecuzione in piena regola.

Sono certo ormai che voi giudici abbiate preso consapevolezza della tremenda astuzia insita nel comportamento omicida di Milone. Tuttavia, in considerazione della vostra celebre e indubbia moralità, credo che sia necessario avvertirvi di come la difesa abbia cercato di ingannarvi, proprio come Milone ha mortalmente ingannato Clodio. Avrete infatti sicuramente notato quanti dubbi, incongruenze, errori, bugie si insidiano nelle testimonianze che la difesa ha avuto la sfrontatezza di sottoporvi.

Il mercante dice che si trovava dopo *Bovillae* verso le ore 14 quando lo scontro doveva ancora avvenire. Ma se l'indicazione di questo orario fosse veritiera, come avrebbe potuto Milone arrivare a Lanuvio in tempo per adempiere ai suoi doveri?

Non solo: il mercante dice che Clodio si trovava sulla Via Appia. Mentre l'avvocato della difesa afferma che Clodio si trovava in una via secondaria.

Le incongruenze in queste testimonianze abbondano. Milone dice che il carro frena, lo schiavo dice che si inclina. Milone dichiara di aver fatto allontanare la moglie e le ancelle. L'ancella afferma che la moglie si trovò coinvolta nel conflitto e che Milone

non ebbe nemmeno il tempo di realizzare cosa stesse succedendo. Come possono le versioni coincidere? Se fosse vero quanto dichiarato dall'ancella, non avrebbe potuto ella disarmata difendersi e sopravvivere. È ovvio che Milone abbia fatto allontanare moglie e ancelle perché già sapeva che vi sarebbe stato un violento scontro, da lui orchestrato e codardamente lasciato concludere da altri.

Tutte queste evidenze e riflessioni sono il frutto di una sommatoria di testimonianze volte al disperato tentativo di manipolare la realtà. Un omicidio, giudici, non un omicidio qualsiasi, un omicidio politico. Voluto, cercato e premeditato. Ma anche figlio di un animo crudele e pusillanime.

Mi permetto di farvi notare, onorevoli giudici, che la difesa tenta di giustificare l'omicidio di Publio Clodio appellandosi alla legittima difesa, richiamando il principio naturale del *vim vi repellere licet*. Ma proprio qui sta l'inganno: ciò che accadde lungo la via Appia non fu la reazione necessitata di un uomo minacciato, bensì l'esecuzione di un disegno preordinato, portato a termine con piena coscienza e volontà.

È vero che il diritto romano, già nelle XII Tavole, riconosce l'ammissibilità della violenza quando questa sia l'unico mezzo per respingere un'aggressione ingiusta e attuale. È altresì vero che Cicerone evoca il diritto di natura, ricordando che *silent enim leges inter arma*: tuttavia tali principi valgono solo quando la difesa sia immediata, proporzionata e resa necessaria dall'attualità del pericolo. Nessuno di questi presupposti ricorre nel caso di Milone.

La scena che gli atti ci consegnano parla da sola: Clodio ferito, riverso a terra, ormai incapace di nuocere. In quel frangente non vi era più alcuna minaccia da fronteggiare. Vi era, piuttosto, la deliberata scelta di Milone di ordinare ai suoi uomini di sopprimere un avversario politico, approfittando della sua condizione di estrema vulnerabilità. Ciò esclude in radice la scriminante invocata.

La difesa ha insistito nel presentare la legittima difesa come principio universale, radicato nella natura e riconosciuto da tutte le comunità. E non possiamo negarlo: l'idea che sia lecito respingere la violenza con la violenza è connaturata all'uomo e accolta dagli ordinamenti antichi e moderni. Ma nessun ordinamento, né antico né moderno, ha mai concepito la legittima difesa come licenza di uccidere senza limiti, indipendentemente dalle circostanze.

Per parlare di difesa era necessario che il pericolo fosse attuale, grave e ingiusto. In mancanza di uno di questi requisiti, l'uccisione non era giustificata: *ubi non est periculum, non potest esse defensio*. È proprio questo il caso di Milone: un uomo circondato da un centinaio di armati non può seriamente affermare di trovarsi in pericolo imminente di vita di fronte a un rivale già ferito e stremato.

Il *mos maiorum* stesso ammetteva la forza privata come *extrema ratio*, quando non vi fosse tempo di ricorrere all'autorità pubblica. Ma qui Milone aveva ben altre possibilità: avrebbe potuto allontanarsi, avrebbe potuto ordinare ai suoi uomini di contenere senza inferire, avrebbe potuto attendere l'intervento dell'autorità. Nulla di tutto questo avvenne.

Neppure i richiami alle fonti legislative possono salvare la tesi della difesa.

Le disposizioni delle XII Tavole sul *furtum nocturnum* e sul *furtum diurnum* si riferiscono al ladro colto sul fatto, e autorizzano l'uso della forza solo se l'aggressione sia ancora in atto e l'offesa inevitabile. Applicarle a un agguato in pieno giorno, su una strada pubblica, contro un avversario politico già ferito, significa stravolgerne il significato. Non vi è alcuna somiglianza tra il furto notturno e la scena cruenta della via Appia.

Quanto alla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, essa aveva una funzione chiara: reprimere le violenze private che minavano la pace pubblica. Essa non consentiva di portare armi per regolare conti personali, ma intendeva colpire proprio i sicari, coloro che si muovevano in bande armate per eliminare i propri nemici. Ora, Milone era circondato da quasi cento uomini, e non si mosse per difendere un bene minacciato, ma per eliminare un ostacolo politico. Nulla può dimostrare meglio l'intento doloso e la premeditazione.

Sotto il profilo strutturale, la legittima difesa richiede due condizioni fondamentali: la proporzione tra offesa e difesa, e la necessità dell'azione. Qui entrambe mancano in modo lampante.

La sproporzione è evidente: da un lato Milone e il suo seguito armato, dall'altro Clodio con pochi servitori. Non si tratta di uno scontro tra pari, ma di un agguato portato avanti da una forza soverchiante. La necessità, poi, era del tutto assente: Milone aveva la possibilità di evitare lo scontro, di fuggire o di attendere. La scelta di colpire fu dunque libera, non necessitata. In diritto e in ragione ciò non è difesa, ma aggressione.

A ciò si aggiunga il comportamento successivo di Milone, che giunse a manomettere i propri schiavi per impedirne la testimonianza. Se egli avesse agito nella convinzione della liceità della propria condotta, avrebbe atteso sereno l'esito del processo. Ma l'occultamento della verità rivela la consapevolezza della colpa.

Onorevoli giudici, non possiamo dimenticare che la morte di Clodio non fu un episodio privato, ma un fatto politico di enorme rilievo. Eliminando Clodio, Milone colpì non solo un avversario personale, ma un leader influente, dotato di carisma e seguito. L'omicidio fu dunque un attacco alla stabilità stessa della *res publica*.

Accogliere la tesi della difesa significherebbe aprire la strada a una pericolosa deriva: ogni uomo potente potrebbe giustificare l'eliminazione dei propri rivali con il pretesto della necessità. La legge romana verrebbe ridotta a semplice paravento per le vendette private. La conseguenza sarebbe devastante: l'ordine giuridico cederebbe il posto alla violenza e la politica si trasformerebbe in guerra privata.

La pena che chiediamo, *l'interdictio aquae et ignis*, non è soltanto retribuzione. Essa ha un valore esemplare e preventivo: deve mostrare che la violenza politica non può trovare spazio in una comunità ordinata. Roma deve riaffermare il primato della legge, mostrando che nessuno, neppure un uomo potente, può attentare alla vita di un cittadino senza subire la giusta conseguenza.

Onorevoli giudici, la vostra decisione non riguarda solo il destino di un uomo, ma il principio stesso di legalità che regge la nostra comunità. Se permetterete che la

legittima difesa diventi lo scudo di un omicidio politico, non solo Clodio avrà perso la vita, ma Roma stessa avrà perso la sua giustizia.

Confidando nella vostra imparzialità e nella vostra fermezza, vi chiediamo di riconoscere Milone colpevole di omicidio doloso, anzi premeditato, e di condannarlo all'*interdictio aquae et ignis*. Così Roma potrà dimostrare che la legge non tace di fronte alla violenza, ma resta vigile, severa e giusta. Non per vendetta, ma per Roma, per la *res publica*, per il futuro della nostra città.

6. *L'arringa difensiva.*

Onorevoli giudici,

è giunto al termine questo tormentato processo che ha sconvolto l'animo della nostra Repubblica. La presenza di soldati attorno a noi, voluta dall'ottimo Pompeo al fine di garantire il processo, non è altro che lo specchio della spirale di violenza di questi tempi.

Il destino di Milone, un uomo che si era sempre schierato dalla parte dei cittadini onesti contro i soprusi dei prepotenti è rimesso nelle vostre mani: quindi, non preoccupatevi, giudici, e abbandonate ogni timore, se ne avete. Semplicemente giudicate i fatti per quelli che sono veramente.

Sono qui a prendere la parola in difesa di Tito Annio Milone e lo faccio con la fiducia più completa nella vostra obiettività e nella vostra serenità.

La via Appia, simbolo di civiltà e di ordine, è stata trasformata da Clodio in un teatro di violenza premeditata. L'incontro con Milone non fu casuale, ma il frutto di un piano scellerato, volto a eliminare un cittadino esemplare. Davanti a una minaccia imminente Milone non ebbe altra scelta che difendersi. Ditemi, giudici, se foste stati al posto di Milone non avreste, forse, agito come ha agito lui, sguainando la spada per tutelare la vostra stessa vita?

Tuttavia, prima di passare alla parte della mia confutazione dell'accusa, credo di dover precisare certe affermazioni avanzate in senato a più riprese dai nostri nemici, poi ripetute nel corso dell'assemblea popolare da gente senza scrupoli e infine ribadite ieri dalla parte civile.

Prima questione: Milone in esilio per aver ucciso Clodio; questo è ciò che chiede l'accusa.

La legge è chiara: colui che uccide un uomo va punito, e va punito severamente. Milone ha ucciso un uomo, quindi Milone andrebbe punito, e andrebbe punito severamente. Ma, così come tutti gli ordinamenti convengono che l'omicidio sia il peggiore dei crimini, allo stesso modo tutti gli ordinamenti sono d'accordo che non tutti gli omicidi siano un crimine.

Supponiamo che, proprio qui, un pazzo decida di aggredire ferocemente voi giudici e a quel punto io intervenissi in vostra difesa, uccidendo il folle: sarei un omicida o un eroe?

O immaginiamoci una donna che, minacciata brutalmente dal marito, lo uccida per salvare la vita propria e dei figli: parleremmo di un'assassina che ha privato di un padre la sua prole o di una madre coraggiosa che ha tutelato la famiglia?

Su questo tutte le leggi, umane e naturali, concordano.

Cito testualmente dalle XII Tavole: si può uccidere in qualunque modo, senza timore di incorrere in sanzioni penali, il ladro sorpreso a rubare di notte; quello che, invece, agisce in piena luce del sole, solo se prova a difendersi con un'arma.

Se ritenete che Milone abbia sbagliato a difendersi, allora negate questa legge, e affermate invece che dobbiamo restare inermi dinanzi a chi ci vuole morti. E quindi io vi chiedo giudici, se voi stessi foste stati assaliti da un brigante sulla via Appia, cosa avreste fatto?

Non credo sia necessario per ora aggiungere altro su questo aspetto.

Seconda questione: Milone avrebbe liberato i suoi schiavi per non doverli costringere a testimoniare perché, dice l'accusa, la testimonianza sarebbe stata contro di lui.

Domando all'accusa: come si ottiene una testimonianza da uno schiavo a Roma?

L'accusa non se lo ricorda, glielo ricordo io: la testimonianza da uno schiavo si può ottenere solo mediante tortura.

Sono convinto che se prendessimo Milone e cominciasimo a torturarlo, Milone stesso comincerebbe ad autoaccusarsi pur di far cessare il dolore. Chiunque sotto tortura darebbe qualsiasi informazione per evitare altre sofferenze.

Milone era conscio dell'immoralità e dell'assurdità della tortura, e ha deciso quindi di risparmiare ai suoi servi inutili sofferenze che avrebbero avuto un esito già scritto.

Credo che nessuno possa avere qualcosa da ridire.

Terza questione: la morte di Clodio sarebbe un omicidio *contra rem publicam* e quindi Milone va condannato.

Per l'accusa, quindi, l'omicidio sarebbe stato voluto da Milone per ragioni meramente politiche, per togliere di mezzo un temibile avversario. Per confutare questa tesi dobbiamo allora chiederci: *cui bono fuerit? cui prodest?* Chi dei due avrebbe tratto maggior vantaggio dalla morte dell'altro?

Si potrebbe sostenere che Clodio costituisse un ostacolo alla speranza di Milone di diventare console; in realtà, è proprio il contrario, poiché la presenza di Clodio avrebbe anzi assicurato a Milone un più facile successo nella candidatura al consolato. Dovremmo, infatti, ricordarci che già tutti ritenevano Clodio un pericolo per la Repubblica e che Milone è stato il solo, nel corso degli anni, in grado di opporsi alla violenza del suo avversario. Milone era l'unico uomo in grado di mettere un freno al pericolo di una guerra: si è sempre speso con ogni energia per impedire a Clodio di tenere questa città schiacciata con la violenza, al contrario degli anni precedenti, caratterizzati da continui episodi di crudeltà di cui era fautore Clodio e di cui il popolo

romano era ben conscio. Penso che voi giudici non viviate come stranieri e che siate a conoscenza delle leggi che Clodio avrebbe imposto! Dunque, è sotto gli occhi di tutti che il consolato di Milone sarebbe stata un'occasione per lo Stato di vivere un periodo di tranquillità e di ordine. Ecco che morto Clodio il confronto fra i due non poteva più essere fatto e che Milone anzi si sarebbe trovato, e si trova ora, in una posizione più sfavorevole, dovendo trovare altre ragioni per essere eletto, rispetto a quelle che un Clodio vivo gli offriva continuamente.

E Clodio invece che vantaggio avrebbe tratto dalla morte di Milone?

Clodio ambiva alla pretura e la sua ambizione era smisurata, insaziabile, tirannica! Prova di questo suo desiderio di dominare indisturbato è che, pur potendo legittimamente concorrere già per le elezioni dell'anno 700 *ab urbe condita*, scelse di ritirare la propria candidatura e di aspettare invece l'anno successivo per ripresentarla: per quale motivo se non per il fatto che nella sua mente aveva come obiettivo un progetto politico di ampio respiro, volto alla distruzione dello Stato, che necessitava di tutto l'anno per essere portato a compimento? Quale dunque l'unico ostacolo che si frapponeva tra lui e il suo disegno di potere? Tito Annio Milone! Se Milone fosse stato eletto console, la pretura di Clodio ne sarebbe uscita certamente indebolita, menomata, svuotata! Clodio sapeva bene che con Milone al consolato non avrebbe mai potuto portare avanti i suoi folli progetti legislativi e distruggere così lo Stato; sapeva anche che i due avversari politici di Milone se non l'avessero proprio appoggiato, certamente lo avrebbero lasciato fare. Ecco che la morte di Milone significava per Clodio spianarsi la strada per una pretura incontrastata.

Questo era il disegno criminoso: eliminato Milone, eliminati tutti!

Chiudo la confutazione delle accuse, denunciando un ultimo, gravissimo, fatto.

Nel corso della loro arringa, gli accusatori hanno completamente stravolto l'andamento degli eventi: invito i giudici a riguardare gli atti dell'istruttoria, perché gran parte di ciò che l'accusa ha sostenuto è falso. Le cose non sono andate così e usare l'arringa, che è il momento in cui non è possibile muovere obiezioni, per dire falsità è oltraggioso, è vergognoso.

Che comportamento processuale è questo? Chi accusa vuole la giustizia o la testa di Milone? Questo è il vero omicidio *contra rem publicam*! E poiché la Repubblica stessa è ferita, è tempo di parlare non solo di un uomo, ma di Roma intera.

Quirites, oggi non parlo solo a voi come avvocato, ma come cittadino di questa *res publica* che, travagliata e ferita, cerca giustizia in un tempo dove l'arbitrio minaccia la legge e la forza sembra prevalere sulla ragione.

In voi, giudici scelti da Gneo Pompeo, vedo la speranza che la giustizia possa ancora prevalere in questi tempi bui, quando la folla inferocita, guidata da demagoghi senza scrupoli, minaccia ogni giorno la sicurezza dello Stato. Non vi chiedo di guardare con occhi benevoli a Milone, ma di osservare con occhi giusti i fatti accaduti sulla via Appia lo scorso 18 gennaio.

Milone è qui, davanti a voi, accusato di aver tolto la vita a un uomo che per anni ha calpestato le leggi, intimidito i magistrati, corrotto le assemblee e insanguinato le strade della nostra città. Ma ditemi, o cittadini, chi tra voi non tremava al solo nome di Publio Clodio Pulcro?

Chi osava uscire di casa senza temere un'imboscata? Quale tribuno, quale pretore, quale console osava contraddirlo senza temere per la propria vita? Egli ha profanato i sacri riti della *Bona Dea*, incendiato la Curia, armato bande di schiavi e gladiatori come se fossero legioni.

Clodio non era un cittadino: era una violenta tempesta! E Milone, cittadino integerrimo, candidato al consolato, uomo di legge e d'ordine, fu uno dei pochi ad alzare il capo.

Quel giorno, su quella strada che collega Roma a Capua, non fu Milone a cercare la lite. Non fu Milone ad armare la mano con l'intento di uccidere. Era diretto a Lanuvio, per adempiere ai sacri doveri del suo ufficio, accompagnato dalla moglie Fausta, dalle ancelle e dai soldati a difesa del corteo. E Clodio? Privo di bagagli, privo di familiari, armato e in compagnia di tagliagole.

Chi, tra i due, aveva motivo di tendere un agguato all'altro? Milone, che aspirava al consolato con l'appoggio del popolo onesto di Roma, o Clodio, che vedeva in Milone l'ostacolo maggiore ai suoi piani sovversivi? Milone, che ha sempre agito alla luce del sole, o Clodio, che ha basato la sua carriera politica sulla violenza e sulla sovversione?

Se Milone avesse voluto eliminare Clodio, non avrebbe avuto mille altre occasioni più favorevoli? Non avrebbe potuto farlo con meno rischi, con più certezza di impunità? Perché scegliere proprio la via Appia, alla luce del giorno, con la moglie al seguito, non in tenuta da combattimento, bensì da cerimoniale?

Vi chiedo, giudici: se voi foste attaccati sulla strada, se vedeste le vostre vite e quelle dei vostri cari minacciate da uomini armati, non reagireste con ogni mezzo a vostra disposizione? La legge consente la legittima difesa, e Milone non ha fatto altro che difendersi da un nemico che più volte aveva giurato di eliminarlo.

Se oggi dichiarate colpevole Milone per eccesso di difesa, stabilite un principio pericoloso: un uomo, prima di salvare la propria vita, deve innanzitutto calcolare attentamente quanto gli sia permesso difendersi; ma chi mai potrebbe farlo mentre la sua stessa esistenza è appesa a un filo? Quale uomo, aggredito da un nemico armato e con il chiaro intento di uccidere, potrebbe fermarsi a calcolare con razionale precisione la giusta quantità di forza da impiegare per salvarsi?

Quirites, non vi chiedo pietà. Vi chiedo giustizia.

Non v'è delitto, se la mano fu mossa dalla necessità. Non v'è crimine, se la morte dell'uno ha salvato la vita dell'altro. Non v'è colpa, se Roma è oggi più libera, e voi più sicuri.

Io vi domando: cosa sarebbe accaduto se Clodio fosse sopravvissuto e Milone giacesse ora nel sepolcro? Forse Roma sarebbe salva? O non piuttosto inchiodata ai piedi di un tiranno travestito da tribuno?

Milone ha difeso sé stesso, sì, ma ha difeso anche la *res publica*, i templi, le vostre case, le vostre libertà. Lo ha fatto a rischio della propria vita, della propria carriera, della propria serenità. E oggi, voi, potreste ripagarlo con l'infamia?

Non lo permettete, o cittadini. Rendete onore al coraggio, non condanna al dovere. Restituite Milone al foro, ai suoi, a Roma. Perché se chi difende la legge viene punito, chi ci difenderà da chi la calpesta?

Milone non è il carnefice della Repubblica. Milone è il suo scudo.

Mi rivolgo ora a te, Gneo Pompeo, il più grande dei cittadini romani. So che hai istituito questo tribunale per garantire che la giustizia prevalga sul tumulto. So che sei sempre stato un difensore dell'ordine, un protettore della Repubblica. Milone è stato uno dei tuoi più fedeli sostenitori, ha combattuto al tuo fianco per la grandezza di Roma. Non permettere che le calunnie dei suoi nemici ti allontanino da un uomo che ha sempre sostenuto la tua causa!

Pompeo desidera che la verità emerga, che la giustizia trionfi. Non vuole che il popolo di Roma creda che un uomo possa essere condannato solo per soddisfare la sete di vendetta di una folla sobillata dai demagoghi. Pompeo cerca la stabilità per Roma, e la stabilità si fonda sulla giustizia, non sulla vendetta.

Illustri giudici, vi chiedo di guardare oltre il clamore della folla, oltre le pressioni politiche di questi giorni turbolenti. Vi chiedo di considerare solo i fatti. Milone non ha progettato l'uccisione di Clodio. Milone si è difeso da un agguato. Milone ha agito come qualsiasi uomo coraggioso avrebbe fatto.

Se condannate Milone, non punirete un assassino, ma priverete Roma di uno dei suoi più valorosi difensori in un momento in cui la Repubblica ha più che mai bisogno di uomini di valore. Assolveretelo, e dimostrerete che a Roma la giustizia è ancora più forte dell'odio, che la verità è ancora oggi più potente della menzogna.

Per questi motivi, giudici, per amor di giustizia, di patria e di Roma, vi chiedo di assolvere Tito Annio Milone!

7. La sentenza.

In nomine populi Romani, hoc est iudicium.

Dopo lunga e attenta deliberazione, questo tribunale è chiamato oggi a pronunciare la propria decisione su un delitto che non è soltanto un fatto di sangue, ma un evento che ha scosso l'ordine della nostra Repubblica.

Abbiamo ascoltato con rispetto le parole degli oratori: da un lato, la difesa, che ha invocato il diritto naturale di difendersi; dall'altro, l'accusa, che ha denunciato il veleno politico e morale che si cela dietro questo delitto.

Ora spetta a noi distinguere la verità dalla retorica, la giustizia dalla convenienza.

Fatto

Il 18 gennaio del 52 a.C., sulla via Appia, due processioni si incrociarono: quella di Tito Annio Milone, diretto a Lanuvio per adempiere ai doveri religiosi e quella di Publio Clodio Pulcro, di ritorno da Ariccia. Entrambi erano accompagnati da schiere di uomini armati, simbolo tangibile della degenerazione della politica romana. Lo scontro fu violento e rapido. Clodio venne ferito e condotto nella locanda di *Bovillae*, dove, secondo i testimoni, fu finito dagli uomini di Milone. La difesa ha sostenuto che l'incontro fu casuale e che Milone reagì a un'aggressione improvvisa. Dall'altro lato, l'accusa sostiene che l'atto fosse stato predeterminato da Milone, al fine di determinare la morte di un rivale politico.

Diritto

I. Anzitutto, dalle prove raccolte e presentate dinanzi a questa corte, non possiamo non notare le molteplici incongruenze nella versione della difesa.

Le testimonianze raccolte, pur nella difficoltà di accertare fatti avvenuti in un clima di tumulto, convergono nel delineare un quadro coerente. Gli schiavi di Clodio riferiscono che Milone diede ordine di inseguire e finire il rivale rifugiatisi nella locanda; le parole dei liberti di Milone, invece, appaiono esitanti e contraddittorie, rese sotto il peso della paura o della promessa di ricompensa. Anche gli indizi materiali confermano una preparazione accurata e non una semplice reazione al caso: la disposizione dei carri, la quantità di armi rinvenute, il percorso stesso scelto da Milone sono tutti elementi che portano noi giudici a ritenere dimostrato che l'azione fu dolosa.

II. Un ulteriore aspetto preme considerare. Ora, è lecito respingere la forza con la forza, secondo il noto principio *vim vi repellere*. Tuttavia, è necessario rimanere entro limiti rigorosi. La legittima difesa, per essere ammessa, richiede la *necessitas*, la proporzione e l'immediatezza del pericolo. Nessuna di queste condizioni ricorre nel caso di Milone. La sua condotta dimostra, al contrario, l'intenzione preesistente di provocare lo scontro e di trarne vantaggio. In particolare, la preparazione logistica del viaggio e il numero di uomini armati mostrano che l'incontro, se non cercato, era quantomeno atteso.

La difesa ha tentato di spostare il fulcro sul clima di paura diffuso, sostenendo che ogni cittadino romano, e in particolare Milone, aveva motivo di temere per la propria incolumità. Ma noi giudici riteniamo che il timore non giustifichi l'eccesso; al contrario, chi detiene autorità deve essere il primo a contenere la violenza e a dare esempio di rispetto della legge.

III. Quanto alla rilevanza del *crimen contra rem publicam*, occorre sottolineare che Milone, nell'uccidere Clodio, non colpì un semplice cittadino, ma un tribuno della plebe. Ebbene, le nostre leggi ci impongono di considerare la persona del tribuno *sacrosancta* e cioè inviolabile. Tale protezione è antica: stabilita dalla *lex sacrata* e poi confermata dalla *lex Valeria Horatia*, è posta contro gli abusi del potere. La pena prevista è la caduta in sacertà dell'omicida. La *sacrosanctitas* non rappresenta infatti una mera garanzia personale, ma tutela la funzione pubblica del tribuno, assicurandogli di

difendere la plebe dinanzi alle ingiustizie. Per questo motivo, l'uccisione di Clodio non è un semplice omicidio privato, ma un atto di violenza pubblica, diretto a sovvertire l'ordine, la sicurezza della città e l'autorità delle leggi.

Inoltre, la *lex Pompeia* punisce chiunque, armato o con seguito armato, si macchi di *crimen vis*, turbando la tranquillità pubblica e impedendo il libero esercizio delle attività dei magistrati e delle assemblee. La legge reprime non solo l'atto materiale di violenza, ma anche l'effetto politico che mira a sostituire alla legge il dominio delle armi.

Pertanto, Milone non è giudicato solo per aver ucciso, ma per aver violato l'ordine costituzionale stesso su cui si fonda la *civitas*.

IV. Questo tribunale non ignora le virtù passate di Tito Annio Milone, né l'amore che molti cittadini nutrono per lui, ma la legge non conosce amici né nemici: essa è uguale per tutti. In tempi di discordia civile, più che mai, la *res publica* deve essere difesa dal disordine e dalla vendetta privata. Condannare Milone non è atto di inimicizia, ma di tutela: perché la violenza non diventi legge e la Repubblica non si perda nel tumulto.

Dispositivo

Perciò, questo tribunale dichiara Tito Annio Milone colpevole della morte di Publio Clodio Pulcro al di fuori dei limiti della legittima difesa e con intenzione premeditata. In conformità alla *lex Pompeia de vi* si dispone la pena non modulabile dell'*interdictio aquae et ignis*, con conseguente esilio perpetuo.

Il presente volume raccoglie una selezione di contributi che restituiscono efficacemente la varietà degli interessi scientifici e degli approcci metodologici coltivati all'interno del corso di dottorato in giurisprudenza. I saggi affrontano temi centrali del diritto penale, processuale, costituzionale e amministrativo, nonché questioni di grande attualità legate all'evoluzione tecnologica e sociale; completano il quadro alcune significative riflessioni storico-giuridiche, che spaziano dal diritto romano alla storia del Novecento. Nel loro insieme, gli articoli qui raccolti testimoniano la vitalità della ricerca giuridica dei giovani studiosi e confermano i *Quaderni* tanto come luogo di confronto scientifico quanto di elaborazione critica, nel solco della tradizione e con uno sguardo attento alle sfide del presente.

www.ledizioni.it



€ 28,00