

QUADERNI DEL
DOTTORATO IN GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA

2024

DIRETTI DA PAOLA LAMBRINI

QUADERNI DEL DOTTORATO
IN GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA

2024

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 RIVOSACCHI - 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
2024

diretti da Paola Lambrini

LEDIZIONI

Opera pubblicata 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

© 2025 Ledizioni LediPublishing
Via Boselli, 10 – 20136 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Quaderni del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova 2024, diretti da Paola Lambrini

ISBN 9791256003655

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>	11
ANNA BICCIATO <i>La raccolta fondi tra contratti di donazione e contratti di marketing</i>	13
DOMENICO BOTTEGA <i>La cosa non giudicata: alcune considerazioni sugli effetti 'ultra partes' delle sentenze amministrative di annullamento</i>	31
ILARIA CAMERRA <i>Esegesi dei concetti di crisi, insolvenza e sovraindebitamento: i nuovi confini dei diversi presupposti di accesso alle procedure concorsuali</i>	45
MARIA CARLA CANATO <i>La responsabilità da reato degli enti di fronte al 'rischio da intelligenza artificiale': responsibility gap e 'rinnovata' corporate liability</i>	61
CARLA CAPIZZI <i>Alle origini del diritto d'asilo e dell'accoglienza: riflessioni a partire dalle Supplici di Eschilo</i>	91
EDOARDO CECCHINATO <i>Riflessioni su merito creditizio e intelligenza artificiale</i>	115
SIBYLLA DODO-WILLIAMS <i>L'incestum' delle vestali. Aspetti processuali e configurazione giuridica della pena</i>	133
TOMMASO MANTOAN <i>Forme di coazione indiretta alla partecipazione in giudizio del 'vocatus'</i>	163
RICCARDO MASET <i>In tema di non equo processo davanti alla Corte di Cassazione Italiana</i>	187

CHIARA MAZZOCCO <i>Riflessioni sull'offesa nel reato: un orizzonte in movimento</i>	241
GIACOMO MENEGATTO <i>Il magistero costituzionale del Presidente della Repubblica nel prisma della transizione digitale: tra profili contenutistici e nuove modalità espressive</i>	267
AMELIA NAPOLITANO <i>Il percorso verso la UNCRPD. Brevi note di storia giuridico-sociale della disabilità</i>	301
ROBERTA RUSSO <i>'Cura morum' e proprietà terriera: l'intervento censorio a tutela dell'uso agricolo della villa romana</i>	315
ELENA ZINATO <i>La sospensione del procedimento con messa alla prova: profili di applicabilità agli enti collettivi</i>	329
PAOLA LAMBRINI (a cura di) <i>L'eredità di un figlio mai nato: simulazione processuale della 'causa Curiana'</i>	341

PRESENTAZIONE

I quaderni del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova tornano quest'anno a raccogliere i risultati delle ricerche di alcuni dei nostri giovani, dedicate sia a tematiche di attualità nell'ambito delle varie discipline positive – quali i molteplici rischi connessi all'utilizzo dell'intelligenza artificiale, le moderne modalità di accesso alle procedure concorsuali, un'analisi del 'caso Balocco' –, sia a importanti riflessioni storico-giuridiche, come l'origine del diritto d'asilo nel mondo greco, nonché alcuni interessanti spunti relativi all'antica procedura civile romana e la regolamentazione del crudele supplizio riservato alle sacerdotesse di Vesta.

Chiude il volume un lavoro degli studenti del quinto anno della laurea magistrale in Giurisprudenza di Padova che hanno frequentato il corso, appena attivato, di *Simulazione processuale in area romanistica* (tenuto da Giorgia Zanon insieme alla sottoscritta), al termine del quale è stata magistralmente inscenata la rappresentazione della famosa *causa Curiana*. Sebbene non si tratti ancora di dottorandi, ho ritenuto che il contributo di questi bravi studiosi in erba meritasse di essere inserito nei *Quaderni del dottorato* in segno di buon auspicio.

PAOLA LAMBRINI

Anna Biciato

LA RACCOLTA FONDI TRA CONTRATTI DI DONAZIONE E CONTRATTI DI
MARKETING

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Donazione: accezione sociale e nozione civilistica. – 3. Cause Related Marketing: contratto a titolo oneroso e impegno sociale. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Donazione e marketing sono due concetti apparentemente in antitesi: il primo, infatti, sembra richiamare l'altruismo, la generosità; il secondo il business, il guadagno.

Queste due realtà contrapposte, sempre più di frequente, dialogano insieme. Difatti, se è pur vero che il marketing appartiene alle aziende, al business, è altrettanto vero che il marketing a supporto del 'fundraising'¹ – ove la donazione costituisce il più noto strumento di raccolta fondi – può portare ad una migliore conoscenza e, quindi, sostegno di cause sociali attinenti ai valori etici della salute, dell'ambiente, dei diritti umani e così via. Così facendo, la filantropia incontra il marketing: un marketing che, in tali ipotesi, si potrebbe definire 'benefico'. Purtuttavia, anche di recente, alcuni casi sono balzati agli onori di cronaca per la pubblicità di un impegno sociale ingannevole. Si fa riferimento al caso Ferragni – Balocco. Da quanto si apprende², l'azienda Balocco, in occasione delle festività natalizie, aveva ideato un pandoro griffato 'Ferragni' apparentemente legato al sostegno alla ricerca sull'osteosarcoma e sarcoma di Ewing dell'Ospedale Regina Margherita di Torino.

In realtà, pare che la società Balocco avesse elargito, a favore di detta ricerca, un importo in denaro in quota fissa anticipatamente e, dunque, indipendentemente dalle vendite e dal numero di acquisti 'emotivi' dei pandori da parte dei consumatori; fruitori disposti a pagare il pandoro un prezzo pari a oltre il doppio rispetto a quello di un normale pandoro (della stessa casa produttrice) non griffato, pur di prendere parte alla nobile causa. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha, quindi, sanzionato le società riconducibili a Chiara Ferragni e la Balocco S.p.a. per aver posto in essere una

1 Con raccolta fondi o 'fundraising' si suole indicare quell'insieme di attività, solitamente poste in essere da un'organizzazione non profit o una pubblica amministrazione, volte al recepimento di risorse - denaro o beni - per sostenere o finanziare i propri progetti sociali. Esistono vari strumenti giuridici con i quali reperire tali risorse; la donazione è solo uno di tali strumenti. Altri negozi giuridici che possono quindi essere lecitamente utilizzati a tal fine sono: i lasciti testamentari, i contratti di sponsorizzazione, i contratti di 'cause related marketing' e altri.

2 Delibera AGCM reperibile all'indirizzo <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS12506%20chiusura.pdf>.

pratica commerciale scorretta in quanto hanno lasciato intendere ai consumatori che comperando il pandoro griffato Chiara Ferragni avrebbero contribuito all'acquisto di un macchinario per le cure terapeutiche dei bambini dell'ospedale Regina Margherita di Torino. Si apprende, inoltre, che le società che gestiscono i marchi e i diritti relativi alla personalità e all'identità personale di Chiara Ferragni, hanno incassato la somma di oltre 1 milione di euro a titolo di corrispettivo per la licenza dei marchi Ferragni e per i contenuti pubblicitari. Purtroppo, alcuna quota di tale somma era stata (inizialmente) corrisposta all'ospedale Regina Margherita di Torino.

Così facendo, la libertà di scelta dei consumatori, che faceva leva sulla loro sensibilità verso progetti benefici a favore di bambini malati, sarebbe stata gravemente lesa.

Agli aspetti etici sottesi a tale caso nonché alla tematica propria della pratica commerciale scorretta, che tanta parte ha avuto nella vicenda in questione ma che, volutamente, non verrà presa in esame in tale articolo, si intrecciano anche importanti questioni civilistiche: la corresponsione all'ospedale torinese della quota di euro 50.000 da parte della Balocco S.p.a. è davvero una donazione o si tratta, piuttosto, di un atto giuridico inserito all'interno di un'operazione di marketing?

Per rispondere a questa domanda, si cercherà, anzitutto, di inquadrare la donazione civilistica per poi passare alla disamina di un differente, ma sempre più utilizzato, strumento di raccolta fondi: il 'Cause Related Marketing' (CRM).

Scopo di questo breve lavoro è, infatti, quello di far emergere la differenza tra le eterogenee tipologie di raccolta fondi che, indistintamente ed erroneamente, vengono chiamate donazioni, ma che, in realtà, costituiscono liberalità non donative, contratti gratuiti o, addirittura, contratti onerosi. A volte, infatti, un atto che appare liberale nasconde un atto interessato che comporta una contropartita. Così emerge l'importanza, in questo settore, della figura del giurista che avrà l'arduo, ma fondamentale, compito di vagliare la reale volontà di colui che può apparire come donante.

L'articolo si pone, perciò, l'obiettivo di vagliare le discrepanze tra un contratto di donazione ed un contratto di 'Cause Related Marketing'. Per giungere a delineare tali differenze pare opportuno partire da una veloce disamina dell'istituto civilistico della donazione senza, tuttavia, l'ardire di entrare nel merito delle importanti questioni che la dottrina ha cercato di risolvere - con non pochi contrasti - con riferimento a tale istituto, cercando, purtroppo, di delineare le fondamentali differenze che sussistono tra gratuità, liberalità e donazione.

2. Donazione: accezione sociale e nozione civilistica.

Il 'dono' potrebbe essere definito come il regalo nella sua forma più solenne e più sentita. Chiunque di noi sembrerebbe, dunque, in grado di comprendere che cosa sia una donazione: potrebbe essere descritta come quell'azione che consiste nel dare qualcosa a qualcuno senza chiedere nulla in cambio. In realtà la questione appare alquanto complessa se la si analizza dal punto di vista giuridico.

L'istituto della donazione risulta essere, infatti, tra i più complessi del diritto privato e «presenta difficoltà che non hanno riscontro in altri istituti»³.

Invero, un atto che «*prima facie* appaia come liberale e dunque donativo» può, in realtà, celare «un interesse di tipo economico, una contropartita, un corrispettivo, un'onerosità, uno scopo di lucro che perciò stesso, snatura l'atto stesso, per farlo assurgere ad atto con causa onerosa»⁴.

A complicare il tutto vi è, poi, l'utilizzo che, nei vari campi delle scienze⁵, viene fatto dei termini 'dono' e 'donazione' ai quali vengono attribuiti significati solo in parte coincidenti con la definizione giuridica.

«Se si tenta», infatti, «una ricerca interdisciplinare ci si accorge ben presto che gli studiosi di diverse specializzazioni, quando ragionano sul dono e sulla donazione, finiscono per evocare aree di significato solo in parte coincidenti»⁶.

A tal proposito, si pensi all'utilizzo che talune aziende fanno del verbo 'donare', riferito a importanti campagne solidali attuate, per esempio, mediante l'acquisto di prodotti. Si tratta di strategie di marketing ove una quota dei ricavi derivanti dagli acquisti del prodotto solidale viene corrisposta dall'azienda produttrice al sostegno di una specifica causa sociale, spesso, però, nella prospettiva di ottenerne un ritorno di immagine e reputazione. In tali casi, come già sopra anticipato, non si tratta di una donazione così come prevista dal codice civile italiano, bensì di un'operazione di marketing che poco o nulla ha a che fare con lo 'spirito di liberalità' di cui è intrisa la donazione civilistica. Purtuttavia, nel linguaggio comunicativo⁷ è spesso considerato

3 B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XII, 4, Torino, 1961, 9.

4 F. TRINGALI, *Le donazioni*, Torino, 2010, XXIV.

5 L'analisi del concetto di dono imporrebbe un'ampia riflessione poiché dal punto di vista antropologico e sociologico il dono non è una realtà dai contorni predefiniti e impostati. Basti, qui, ricordare che Jacques T. Godbout (J.T. GODBOUT, *Lo spirito del dono*, Torino, 1993, 30) definiva il dono come «ogni prestazione di beni o servizi effettuata, senza garanzia di restituzione, al fine di creare, alimentare o ricercare il legame sociale tra le persone». Il dono, infatti, sembra essere un utile strumento per creare rapporti sociali. Invero, i beni e i servizi donati creano un valore che, Caillé, ha definito «valore di legame» in quanto questi hanno la capacità di creare e riprodurre relazioni sociali (A. CAILLÉ, *Il terzo paradigma. Antropologia filosofica del dono*, Torino, 1998, 79 s.). Questo legame sociale si costituisce grazie al dono proprio in quanto il dono non è mai gratuito in quanto il donante si aspetta che, prima o poi, il suo dono venga ricambiato. Per Mauss le tre caratteristiche del dono sono: dare, ricevere, ricambiare. Le relazioni tra gli uomini scaturiscono dallo scambio e il dono, per Mauss, è una forma di scambio, invero: una parte dona all'altra la quale si sentirà in dovere di ricambiare generando, in tal modo, una catena di scambi. Ciò che evidenzia Mauss è che il bene donato essendo intrinsecamente legato allo spirito del donatore origina un legame tra disponente e ricevente che va al di là del puro scambio economico. (M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, 2002, 91 ss.). Dunque, ciò che caratterizza il dono, per i sociologi (J.T. GODBOUT, *Il linguaggio del dono*, Torino, 1998, 21 ss.), è la libertà: libertà di scegliere i modi, i tempi e cosa restituire.

6 G. CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, VI, Milano, 2009, 3.

7 Sul punto si rileva l'importanza di una trasparente e veritiera comunicazione attuata anche attraverso un corretto utilizzo della terminologia giuridica. Rifacendosi al caso 'Ferragni-Balocco', emblematico

utile adoperare la parola ‘dono’ per riuscire a catturare l’attenzione degli ‘stakeholders’ e, conseguentemente, per la buona riuscita della campagna sociale.

L’istituto donativo trova, dunque, sempre più interesse anche nel campo della raccolta fondi ove però le espressioni ‘dono’ o ‘donazione’ vengono utilizzate per lo più impropriamente. La difficoltà nel corretto utilizzo dei suddetti termini e del correlato istituto civilistico sembra nascere dalla complessità, sotto l’aspetto giuridico, di riuscire a distinguere chiaramente e concretamente i concetti di atto a titolo gratuito, liberalità e donazione. Posto, infatti, che la donazione costituisce, indubbiamente, una liberalità, ma che, tuttavia, non tutte le liberalità sono donazioni, «si pone l’arduo problema di identificare la donazione nel più vasto campo delle liberalità»⁸ nonché di riuscire a distinguere queste ultime dagli atti a titolo gratuito.

Tale questione, lungi dal riguardare meramente l’ambito dommatico, risulta essere di grande attualità foss’anche solo perché l’istituto civilistico richiede, per la donazione, un corposo e dispendioso onere formale. Perciò, riuscire ad inquadrare correttamente, dal punto di vista giuridico, i numerosi atti che quotidianamente qualificiamo come donazioni risulta fondamentale finanche per la validità degli stessi⁹. La donazione, che è il contratto tipico e formale mediante il quale «una parte arricchisce» intenzionalmente e liberamente l’altra «disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione» (art. 769 cod. civ.), «fa parte degli atti a titolo gratuito ed in questa categoria di atti costituisce liberalità, anzi nella sua figura tipica e con quelle atipiche comprende ed esaurisce tutti i vari negozi di liberalità fra vivi»¹⁰.

Per riuscire a delineare la nozione giuridica di donazione pare opportuno qualificare preliminarmente le liberalità ‘tout court’ distinguendole, conseguentemente, dagli atti a titolo gratuito¹¹.

sull’argomento è stato il Tribunale di Torino, sez. spec. in materia di Impresa che, con Decreto 5 aprile 2024, si è espresso anche sul «c.d. charity claim, ossia un’affermazione pubblicitaria, diffusa da una impresa, nella quale ad essere presentate in modo ingannevole non sono le qualità del prodotto o del servizio, ma il professionista promette, in modo ingannevole, di effettuare prestazioni di carattere sociale che, in realtà, non vengono poi elargite generando una pratica di socialwashing» (G. MAGRI, *Presupposti e confini dell’azione inibitoria collettiva*, in *NGCC*, V, 2024, 1087).

8 B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 11

9 F. CARIMINI, *Contratti gratuiti e liberalità non donative*, in *Liberalità fra struttura ed effetti: contributo sulle attribuzioni non onerose*, a cura di G. Biscontini, Napoli, 2021, 115.

10 V. R. CASULLI, voce *Donazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 967.

11 Con riferimento al concetto di atto a titolo gratuito, la Suprema Corte (Cass. civ., Sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2325; Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2004, n. 11093; Cass. civ., Sez. I, 5 dicembre 1998, n. 12325), ha precisato che la gratuità o l’onerosità di un negozio si individua in relazione alla causa e non ai motivi del negozio stesso. Quindi, si avrà un acquisto a titolo oneroso ogni qual volta ciascuna parte ponga in essere una prestazione a favore dell’altra; così facendo la prestazione eseguita va a configurare il sacrificio sopportato al fine di «ricevere la prestazione di controparte» (V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 412; F. TRINGALI, *Le donazioni*, cit., 12). Sono, invece, atti a titolo gratuito «quelli in cui una sola parte riceve e l’altra, sola, sopporta un sacrificio, unica essendo l’attribuzione patrimoniale» (Cass. Civ., Sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2325).

Per fare ciò, si è partiti dall'analisi testuale delle norme inserite nel titolo V del libro II del codice civile e, in particolare dall'art. 769 cod. civ. dal quale si ricavano, anzitutto, due elementi¹²: uno soggettivo, dato dallo spirito di liberalità o *animus donandi*; l'altro oggettivo, ovvero l'arricchimento del donatario, cui corrisponde il conseguente depauperamento del donante¹³. Mentre l'arricchimento 'tout court'¹⁴ non sembrerebbe essere una condizione in grado di caratterizzare, di per sé, la *species* liberalità, l'*animus donandi* parrebbe essere quel *quid pluris* capace di mettere in risalto l'effettiva discrepanza che sussiste tra liberalità e gratuità. Tale intento liberale è stato diversamente definito da illustre dottrina come: motivo che induce il donante a disporre¹⁵; mancanza di costrizioni¹⁶; intento di arricchire o di effettuare un'attribuzione senza corrispettivo¹⁷; volontà di donare 'tout court', cioè si tratterebbe di una superfetazione rispetto al concetto di donazione¹⁸; interesse non patrimoniale del disponente¹⁹. Tale ultima definizione ha il pregio di identificare il contenuto dello spirito di liberalità «trasferendo l'analisi dal piano dei concetti a quello degli interessi»²⁰. Lo spirito di liberalità così inteso fa sì che l'interesse specifico che si prefissa il donante possa essere vario (riconoscimento di meriti, beneficenza...) purché permanga la non economicità dello stesso²¹ e che lo

Quindi, il negozio a titolo gratuito si contrappone a quello a titolo oneroso perché nel primo manca qualsivoglia corrispettività o contropartita economica tra le prestazioni (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015, 1505).

12 Anche la giurisprudenza (Cass. civ., Sez. I, 5 dicembre 1998, n. 12325; Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 1996, n. 2001) si allinea alla dottrina maggioritaria (A. TORRONI, *Le donazioni*, in *Successioni e donazioni*, diretto da G. Iaccarino, II, Milano, 2023, 2547 ss.; F. TRINGALI, *Le donazioni*, cit. 81; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXII, Milano, 1956, 5 ss.; L. BARTOLUCCI, *La Donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di L. Balestra e M. Di Marzio, Padova, 2008, 1589 ss.) nel riconoscere tali due elementi come caratterizzanti la donazione in particolare e le liberalità in generale.

13 Partendo dall'analisi testuale dell'art 769 cod. civ., si potrebbe, altresì, affermare che il contratto di donazione tipica ha una struttura tripartita ove: lo strumento giuridico è il trasferimento di un diritto o l'assunzione di un'obbligazione; il risultato economico perseguito è l'arricchimento del donatario; il fine o intento che giustifica l'operazione negoziale è lo spirito di liberalità.

14 Anche quella dottrina (A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 4 ss.) che intendendo la liberalità come effetto giuridico o risultato economico dell'atto, pone l'accento sull'arricchimento che l'atto produce, finisce poi con l'affermare che tale arricchimento deve essere «vivificato dall'*animus donandi*» (U. CARNEVALI, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 216).

15 F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, 135.

16 A. C. JEMOLO, *Lo 'spirito di liberalità' (riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, Torino, 1960, II, 977 ss.; V. R. CASULLI, voce *Donazione*, cit., 968; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2000, 120 ss.

17 F. MAROI, *Delle donazioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'Amelio, Firenze, 1941, 719; A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, 17.

18 B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 98 e 101.

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

20 G. AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Atti del Convegno della Fondazione Italiana per il Notariato (Napoli, 13 ottobre 2007, n. 1/2008)*, (reperibile all'indirizzo <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=11/1101&mn=2&arg=75>).

21 G. AMADIO, *La nozione*, cit.

stesso risulti obiettivato nell'accordo, quindi «percepibile interpretando le circostanze di fatto oltre che l'accordo delle parti»²².

L'adesione a tale corrente dottrinarica sembra consentire una più immediata percezione delle differenze che sussistono tra gratuità, liberalità e donazione che tanta parte rivestono ai fini del presente articolo.

Orbene, ricordando che la gratuità ha riguardo a quei negozi ove solo una parte sopporta sacrifici economici mentre l'altra riceve un vantaggio (quindi un arricchimento) senza, però, dover corrispondere alcunché, non si può non ammettere che tale caratteristica eguaglia tanto gli atti giuridici liberali quanto quelli gratuiti, ma non liberali.

È proprio solo ponendo l'accento sulla natura degli interessi del disponente e, quindi, rifacendosi a quella corrente dottrinarica sopra richiamata, che si può giungere a qualificare come liberali i soli atti che (oltre a prevedere un vantaggio senza corrispettivo) perseguono un interesse non patrimoniale del disponente; come gratuiti - ma non liberali - quegli atti ove il *tradens* mira, invece, a conseguire un interesse patrimoniale²³.

In altri termini, il contratto gratuito realizza anche un interesse economico del promittente ed è, dunque, privo di spirito di liberalità. Invero, il sacrificio economico posto in essere dal disponente è compensato dal «vantaggio economicamente apprezzabile»²⁴ che lo stesso mira a realizzare per sé²⁵.

22 A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 269. L'autore specifica che tale interesse in quanto oggettivato nell'accordo, trascende la sfera dei motivi individuali del disponente.

23 Eloquente, sul punto, il Checchini (A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 268 ss.): «proponiamo due esempi: un impresario edile si impegna a costruire gratuitamente una casa con materiali altrui e su suolo altrui per dimostrare – in una località di villeggiatura alla moda – la bontà di una nuova tecnica di costruzione da lui perfezionata o la razionalità di un certo progetto da lui inventato. Già sul piano dell'intento soggettivo del promittente, quale appare obiettivato in relazione alla circostanze concrete, e quindi socialmente percepibile nel comportamento dello stesso, si hanno elementi sufficienti per escludere l'esistenza dello spirito di liberalità in tale atto, fermo restando che l'intento dell'imprenditore è di effettuare la prestazione gratuita, cioè senza imporre un sacrificio corrispondente alla controparte ed anzi, probabilmente, con la piena consapevolezza di arrecare un vantaggio economico rilevante o, se si vuole, un arricchimento, perché il proprietario del suolo risparmia una spesa che era già intenzionato a fare. Il secondo esempio prevede un comportamento analogo (assunzione di un impegno da parte dell'impresario edile, di costruire la casa gratuitamente sul suolo altrui con materiale altrui) ma con qualche variante: il luogo dove l'abitazione verrà costruita non offre alcun interesse a fini pubblicitari ed il beneficiario della prestazione è il parroco del villaggio o un parente dell'impresario stesso o un vecchio operaio che ha sempre lavorato nell'impresa di costruzioni. La diversità dell'intento e quindi dell'interesse sottostante nelle due situazioni ipotizzate risulta evidente anche senza la necessità di un'espressa dichiarazione dell'interessato che affermi che nell'un caso di volere fare pubblicità e nell'altro di voler agire per beneficenza, per arricchire o per remunerare il beneficiario».

24 A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 278. Sul punto, si pensi ai premi pubblicitari che le aziende distribuiscono alla clientela al solo fine di far conoscere il proprio prodotto o il proprio 'brand'. In tali casi, non si avrà una donazione, perché l'elargizione è dettata da un interesse economico.

25 Si badi bene che, secondo l'Autore (A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 277 nt. 79 e 281 nt. 89) il fatto che vi sia un vantaggio per lo stesso promittente non fa assurgere a tale contratto natura onerosa.

Pertanto, per capire se ci si trovi di fronte ad un contratto a titolo gratuito o ad una liberalità si deve attuare una operazione interpretativa su interessi che devono risultare obiettivamente dall'atto²⁶. Ecco, quindi, che solo facendo leva sulla natura dell'interesse personale perseguito dal disponente è veramente possibile cogliere le sottili, ma fondamentali, differenze tra liberalità e gratuità²⁷.

Il valore attribuito all'interesse non patrimoniale ha, altresì, il pregio di consentire di individuare in cosa divergono le liberalità atipiche (o donazioni indirette) rispetto alla donazione ai sensi dell'art. 769 cod. civ. Mentre nella donazione tipica, lo spirito di liberalità così recepito è un «elemento che caratterizza l'oggetto e la causa dell'atto»²⁸, nelle donazioni indirette assurge a ulteriore interesse rispetto a quello proprio dello schema negoziale utilizzato. Infatti, si ritiene che le liberalità atipiche siano caratterizzate da una propria causa - diversa da quella della donazione - con la conseguenza che l'intento liberale non patrimoniale del disponente, nelle donazioni indirette, risulterà essere un motivo individuale, «risultante dal comportamento negoziale», di colui «che si pone in condizione di subire il pregiudizio patrimoniale»²⁹.

Bisogna, quindi, distinguere la causa liberale della donazione tipica dall'effetto liberale che può essere proprio anche di negozi diversi dalla donazione. Pertanto, mentre nella donazione diretta il donante utilizza lo specifico schema negoziale di cui all'art. 769 cod. civ. in quanto vuole direttamente ed immediatamente il risultato ivi previsto (cioè l'arricchimento del donatario per un interesse non patrimoniale del *tradens*); nella donazione indiretta il disponente persegue il raggiungimento dei risultati propri del negozio utilizzato, ma - in quanto animato, altresì, da spirito di liberalità - ricerca indirettamente anche l'ulteriore effetto che sarebbe proprio della donazione³⁰.

26 A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 287 s.

27 Il concetto di *liberalitas* si oppone a quello romanistico di *necessitas* andando, dunque, ad indicare la mancanza di qualsivoglia coercizione e, quindi, individua la libertà e la spontaneità del donante che agisce a favore del donatario senza avervi alcun obbligo, ma soprattutto perseguendo un interesse non patrimoniale (M. CENINI, *Liberalità, società e terzo settore. Contributo allo studio dei negozi traslativi gratuiti e della destinazione*, Torino, 2023, 13 s.)

28 Sul punto, si precisa che tale interesse non economico, oggettivato nell'accordo, deve essere un intento comune delle parti. Così facendo, costituendo l'assetto di interessi che i contraenti perseguono - cioè la ragione pratica - diviene causa concreta del contratto di donazione tipica.

Il contratto di donazione deve, infatti, vertere su di un contenuto minimo: «la volontà di effettuare il trasferimento o la costituzione di un diritto (reale o di credito) non soltanto per realizzare il risultato dell'arricchimento a favore del beneficiario, ma anche con l'intento comune di soddisfare un interesse non patrimoniale del donante». Ad ogni modo, tale contenuto è detto minimo perché «pur dimostrando concretamente l'esistenza di interessi privati suscettibili di tutela e corrispondenti ad uno schema causale definito, conserva, tuttavia, un certo grado di duttilità o, se si vuole, di genericità, che si traduce in una sorta di rinvio a interessi ulteriori propri del donante» che sono i motivi individuali dello stesso (A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 296 s.).

29 A. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 303

30 G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 1653; F. CARIMINI, *Contratti gratuiti*, cit., 115 s.

Orbene, la mancanza di corrispettivo³¹, è ciò che eguaglia i contratti a titolo gratuito in generale, mentre l'*animus donandi* o spirito di liberalità è l'elemento tipico delle sole liberalità. Dunque, rientrando le liberalità tra i contratti gratuiti, si può giungere ad affermare che la gratuità è un *genus*, mentre le liberalità sono una sua *species*. Pertanto, ponendo l'accento sulla natura dell'interesse perseguito dal disponente, si distinguono gratuità non liberali e gratuità liberali³²; inoltre, distinguendo all'interno di queste ultime le donazioni³³, le gratuità liberali si possono distinguere in liberalità donative - previste espressamente dall'art. 769 cod. civ. - e liberalità non donative³⁴ ovvero indirette o atipiche, di cui all'art. 809 cod. civ.³⁵.

«Il rapporto tra negozio gratuito, liberalità, contratto di donazione viene così delineato: il negozio gratuito è il genere, la liberalità è una specie del negozio gratuito, il contratto di donazione è la principale liberalità»³⁶.

La disamina fin qui condotta vorrebbe servire per precisare come, nell'ambito della raccolta fondi, sembrerebbe più corretto utilizzare il termine di liberalità 'tout court' anziché di donazione in quanto, nelle liberalità vi rientrano anche tutti quegli atti o negozi giuridici che pur avendo una propria causa ed un proprio oggetto - diverso da quelli della donazione diretta - raggiungono, altresì, un identico risultato (ossia l'arricchimento senza corrispettivo)³⁷ grazie proprio all'intento o fine che li caratterizza: lo spirito di liberalità.

31 Sul punto, si rammenta che corrispettività non equivale a onerosità. Infatti, la corrispettività è un concetto giuridico che vuole indicare l'interdipendenza tra le obbligazioni a carico delle parti, mentre l'onerosità è un concetto più ampio, legato «all'esistenza di una contropartita economicamente apprezzabile, prescindendo dall'equivalenza anche semplicemente soggettiva delle due prestazioni» (V. R. CASULLI, voce *Donazione*, cit., 967).

32 E. DAMIANI, *Delle donazioni: art. 769-809*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja, Branca, Galgano*, diretto da E. Del Prato, Bologna, 2019, 7; F. TRINGALI, *Le donazioni*, cit., 16; G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 1505.

33 Donazione e liberalità non sono, dunque, sinonimi (come sostenuto da A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 11 così come da L. BARTOLUCCI, *La Donazione*, cit., 1588 ss.). Possono, invece, considerarsi equivalenti le nozioni di donazione indiretta/atipica o liberalità indiretta/atipica, così come di donazione diretta/tipica o liberalità diretta/tipica. Si noti che anche la giurisprudenza (Cass. civ., Sez. Un., 27 luglio 2017 n. 18725) è intervenuta in proposito ribadendo la dicotomia tra contratto tipico di donazione e donazioni indirette nonché precisando che le liberalità diverse dalla donazione sono, altresì, dette donazioni indirette o liberalità atipiche.

34 Le Sezioni Unite della Cassazione (Cass. civ., Sez. Un., 27 luglio 2017, n. 18725), hanno precisato che la donazione indiretta si diversifica da quella diretta in quanto è una liberalità che si realizza: «(a) con atti diversi dal contratto (ad esempio, con negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); (b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è il terzo; (c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali; (d) con la combinazione di più negozi (come nel caso dell'intestazione di beni a nome altrui)».

35 G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 1506.

36 A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 11; L. BARTOLUCCI, *La Donazione*, cit., 1588; G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 1505.

37 A. TORRONI, *Le donazioni*, cit., 2553.

Tuttavia, si precisa che sovente le raccolte fondi sono per di più correlate a contratti gratuiti, anziché a liberalità, in quanto si tratta di atti sicuramente gratuiti che generano un arricchimento a favore del ricevente, ma che vengono posti in essere dal disponente non per spirito di liberalità, bensì per uno «scopo promozionale indiretto»³⁸. Si pensi, a tal proposito alle elargizioni in denaro a favore della ricerca scientifica da parte di imprese che, di fatto, mirano al miglioramento della reputazione del proprio 'brand'.

Quest'ultimo spunto ci consente, quindi, di passare alla disamina di una forma particolare di raccolta fondi che, sempre più spesso, viene utilizzata dalle aziende per ottenere, altresì, un ritorno di immagine e migliorare le vendite dei propri prodotti: il 'Cause Related Marketing' (CRM).

3. *Cause Related Marketing: contratto a titolo oneroso e impegno sociale.*

Con il termine anglosassone di 'Cause Related Marketing' si fa riferimento a quella, sempre più diffusa, forma di marketing³⁹ che consiste non tanto nella pubblicità della bontà di un prodotto, quanto piuttosto nel cercare di posizionare l'impresa a livello sociale, facendola percepire come uno strumento per lo sviluppo della comunità.

In particolare, questa strategia pubblicitaria coinvolge un'azienda o un marchio nel supporto di una causa sociale, allo scopo di promuovere l'interesse pubblico e migliorare l'immagine del 'brand': è, dunque, uno strumento di 'corporate fundraising'⁴⁰.

Non si tratta di 'società filantropiche', ma di aziende che, consapevoli dei valori etici e sociali che interessano i consumatori, puntano a migliorare le vendite legando il proprio 'brand' o propri prodotti a cause sociali⁴¹.

In una oramai più che ventennale Risoluzione dell'allora Ministero delle Finanze⁴² il CRM veniva espressamente definito come «una nuova tecnica pubblicitaria rivolta ai consumatori-cittadini più che ai consumatori clienti - che consiste nel valorizzare un marchio o nel lanciare un prodotto destinando risorse predeterminate o percentuali di ricavi, al restauro di un'opera d'arte o al finanziamento di una struttura pubblica o

38 G. AMADIO, *La nozione*, cit.

39 D. PITTÈRI - S. PICUCCI - R. M. VILLANI, *Cause related marketing. Agire competitivo dell'impresa e nuovo mercato*, Milano-Roma, 2002, 24.

40 Con il termine corporate fundraising si intende quella strategia utilizzata da un'organizzazione non profit o da una PA per raccogliere fondi mediante la collaborazione con le imprese.

41 Sul punto, si pone l'attenzione al rischio di 'woke washing', ovvero dell'utilizzo dei «temi di giustizia sociale come strategia di marketing» (Definizione di 'woke washing' nell'Urban Dictionary).

Le aziende, infatti, a volte sfruttano importanti temi sociali come la salute, l'ambiente, i diritti civili, ecc. per giungere più rapidamente a target specifici di consumatori facendo leva sulla loro sensibilità. In tali casi, a discapito del *nomen iuris* attribuito all'attività di sostegno posta in essere, saremo sicuramente in presenza di operazioni aventi natura pubblicitaria e, dunque, economica e non nel campo delle donazioni.

42 Min. Finanze - Dip. entrate aff. giuridici uff. del dir. centrale, Risoluzione n. 137 del 8 settembre 2000.

ancora nell'abbinare il proprio marchio a un'iniziativa di solidarietà sociale o ad un progetto di interesse collettivo».

Il Ministero inquadrava come spese di pubblicità quelle che «prevedono a carico dell'altra parte impegni a fare o permettere oppure obbligazioni derivanti da accordi contrattuali anche nuovi e complessi, quali ad esempio le partnership previste per le CRM»⁴³. Ecco, dunque, subito delineato l'apparentamento tra 'Cause Related Marketing' e pubblicità (e, quindi, contratto a titolo oneroso), anziché donazione.

Preme, tuttavia, precisare che, a parere di chi scrive, si tratta di un efficace strumento che consente, nella logica 'win-win', alle non profit o alle pubbliche amministrazioni⁴⁴ di dare risalto ai propri progetti e, conseguentemente, di acquisire sempre più risorse a sostegno degli stessi. Al contempo, il CRM può portare benefici all'azienda attraverso un miglioramento dell'immagine e un aumento della fedeltà dei clienti e, conseguentemente, delle vendite. In questo modo, i consumatori-cittadini vengono a conoscenza dell'iniziativa e incoraggiati a partecipare alla stessa. È così che il consumatore sente di contribuire attivamente al sostegno della causa, e spesso si sviluppa un senso di appartenenza e di partecipazione alla missione sociale. Tale peculiare modalità di raccolta fondi costituisce un'autonoma forma contrattuale che gli Enti non profit e la PA possono stipulare con soggetti privati con il fine di acquisire risorse a sostegno dei propri progetti. Il CRM può esplicitarsi in quattro differenti tipologie:

- a. 'Licensing': l'organizzazione non profit o l'Ente pubblico concedono all'azienda di utilizzare il proprio nome, in cambio di un predeterminato compenso economico. Il prodotto dell'impresa profit, che viene accostato al marchio dell'organizzazione non profit o della PA, trova così una sua forma di valorizzazione.
- b. 'Joint Promotion' o CRM di promozione della causa: non prevede pagamenti in denaro di importi predeterminati, ma il prodotto dell'impresa diventa il mezzo attraverso il quale l'Ente non profit o la PA trasmettono il proprio messaggio sociale⁴⁵.
- c. 'Joint Fund Raising': l'azienda garantisce il proprio sostegno al progetto sociale diventando l'intermediario, tra i propri clienti e l'organizzazione non profit o la PA, per la raccolta fondi attivata da questi ultimi due Enti⁴⁶.

43 Si veda la nt. 42.

44 Sul punto, si precisa che il 'fundraising' è un efficace strumento che gli Enti pubblici e quelli del Terzo Settore possono utilizzare per raccogliere fondi a favore dei propri progetti, facendo sì che la collettività ne sostenga e condivida la buona causa. Sempre più sentita è, infatti, l'esigenza da parte di tali Enti di reperire fondi esterni per sviluppare interventi a favore della collettività. I fondi possono essere raccolti non solo mediante la partecipazione attiva delle persone fisiche, bensì anche – o forse soprattutto – grazie al supporto di società e aziende. Non dimentichiamo, infatti, che le imprese sono quei soggetti che, il più delle volte, hanno una maggiore capacità, rispetto alle persone fisiche, di contribuire economicamente nonché di mantenere più duratura nel tempo la collaborazione con l'Ente. Sono diverse le motivazioni che possono portare un'impresa a sostenere un progetto di un Ente non profit o di una PA, tra queste ci sono, indubbiamente, le strategie di marketing e commercializzazione.

45 Per fare un esempio si pensi agli opuscoli informativi di una non profit che vengono allegati al prodotto della partner profit.

46 Si fa riferimento, ad esempio, alle iniziative benefiche promosse dalle compagnie aeree a bordo dei propri aerei.

d. ‘Transaction-based promotion’ o CRM di transazione: in questo caso i consumatori partecipano direttamente alla causa sociale mediante l’acquisto di uno specifico prodotto dell’impresa. La società profit destina, così, una percentuale dei ricavi derivanti proprio dall’acquisto di detti prodotti all’Ente sociale.

L’Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione n. 356/E del 14 novembre 2002⁴⁷, ha spiegato che il ‘Cause Related Marketing’ rappresenta una tecnica di marketing commerciale volta ad intervenire sul sociale anziché sul prodotto. L’Amministrazione Finanziaria ha evidenziato che, nonostante le varie forme in cui può esplicitarsi il CRM, nella sostanza l’istituto consiste nella volontà di una società di sostenere un Ente non profit o pubblico mediante la vendita di un proprio prodotto, con il logo dell’Ente e ristornando parte del ricavato o finanziando un progetto sociale all’Ente secondo precisi accordi. Dunque, l’Agenzia delle Entrate ha chiarito che laddove l’Ente non profit o pubblico consenta l’utilizzo della «propria denominazione dietro il versamento di una somma di denaro», di fatto finisce per porre in essere «un’attività riconducibile allo schema negoziale della sponsorizzazione⁴⁸, che rileva, ai fini fiscali, come attività commerciale». Tuttavia, la stessa Agenzia delle Entrate ha precisato che «qualora l’iniziativa assunta, che preveda tra l’altro la possibilità di associare il marchio dell’impresa al logo dell’ente non profit, fosse riconducibile nell’ambito di una raccolta occasionale di fondi, promossa dallo stesso ente, si potrebbe ritenere che i proventi (contributi) in questione non assumano rilevanza reddituale. A tal fine sarebbe, tuttavia, necessario evidenziare il carattere sostanzialmente liberale della causa negoziale, emergente dalla prevalenza della somma versata dall’impresa rispetto al valore economico della prestazione pubblicitaria ricevuta». Da tutto quanto sopra esposto, se ne ricava che le parti contrattuali nel ‘Cause Related Marketing’ sono necessariamente due: un’azienda profit e una non profit o una pubblica amministrazione. La necessità della presenza di tale

47 Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 356/E del 14 novembre 2002.

48 Il contratto di sponsorizzazione è un contratto atipico a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive (E. STANIZZI, *Contratti di sponsorizzazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. Sandulli e R. De Nictolis, I, Milano, 2019, 1042; A. DEODATO, *Il contratto di sponsorizzazione pubblica: natura giuridica e garanzia della concorrenza nella scelta dello sponsor privato*, in *Ratio iuris*, 2024, reperibile all’indirizzo <https://www.ratioiuris.it/il-contratto-di-sponsorizzazione-pubblica-natura-giuridica-e-garanzia-della-concorrenza-nella-scelta-dello-sponsor-privato>). Si tratta, pertanto, di una forma di accordo legittimata dal nostro ordinamento ai sensi dell’art. 1322 cod. civ. in tanto in quanto idonea a realizzare interessi meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento. Come sostenuto da De Paolis (M. DE PAOLIS, *Le erogazioni liberali e il contratto di sponsorizzazione con la P.A.*, Milano, 2015, 41), la sponsorizzazione trova, dunque, la sua «disciplina nelle fonti del diritto civile». La nozione del contratto di sponsorizzazione ci giunge dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. I, 11 ottobre 1997, n. 9880; Cass. civ., Sez. III, 21 maggio 1998, n. 5086) che, in maniera volutamente generica ed ampia, ha specificato che tale contratto «comprende una serie di ipotesi nelle quali si ha che un soggetto - il quale viene detto ‘sponsorizzato’ (ovvero, secondo la terminologia anglosassone, ‘sponsee’) - si obbliga a consentire, ad altri, l’uso della propria immagine pubblica e del proprio nome, per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato, dietro corrispettivo; tale uso dell’immagine pubblica può prevedere anche che lo ‘sponsee’ tenga anche determinati comportamenti di testimonianza in favore del marchio o del prodotto oggetto della veicolazione commerciale».

ultima parte emergerebbe chiaramente dall'impossibilità per l'impresa di poter spendere il nome o il marchio dell'Ente senza che questo abbia prestato il proprio assenso.

Tuttavia, oltre a tali parti necessarie, il contratto potrebbe prevedere l'eventuale presenza di ulteriori soggetti. Il CRM, quindi, è un contratto di marketing e, pertanto, a prestazioni corrispettive e a titolo oneroso poiché, quale che sia la forma in cui si espliciti, prevede vantaggi economici per ambo le parti necessarie.

Precisamente, per la non profit o PA il vantaggio si traduce nel risparmio in merito ai costi dell'attività di veicolazione pubblicitaria del proprio messaggio sociale e, addirittura, qualora esercitato nelle forme del 'Licensing' o del 'Transaction-based promotion', nell'acquisizione di un introito economico. Per l'azienda profit i benefici derivano dal posizionamento sociale che, grazie all'adesione alla causa, il 'brand' riceve e dal potenziale incremento delle vendite che ne deriva. Spiegato in altri termini, il CRM è da considerarsi un contratto sinallagmatico a titolo oneroso poiché alla prestazione dell'azienda di assumersi i costi di veicolazione pubblicitaria del progetto sociale dell'Ente e/o della raccolta fondi dallo stesso organizzata corrisponde la prestazione della non profit o della PA di concedere l'utilizzo del proprio nome/marchio/progetto affinché l'impresa, aderendo alla causa sociale, possa migliorare la propria reputazione e, conseguentemente, aumentare i ricavi. Tuttavia, riprendendo la definizione che ne dà l'Agenzia delle Entrate, può esservi un caso in cui i contributi derivanti da tale tipologia contrattuale non costituendo reddito pare possano essere assimilati a liberalità: ciò avviene quando l'iniziativa rientra nell'ambito di una raccolta fondi occasionale organizzata dall'Ente non profit o pubblico. Anche tale ipotesi non costituirebbe comunque donazione diretta⁴⁹, ma tuttalpiù una donazione indiretta in quanto, pur avendo uno scopo diverso da quello tipico della donazione *ex art. 769 cod. civ.*, consente comunque di raggiungere il medesimo risultato grazie allo spirito di liberalità di cui, in tal caso, deve essere intrisa.

Sul punto, tuttavia, preme precisare che per sostenere la tesi sopra esposta della donazione indiretta è, comunque, necessario che l'interesse economico dell'azienda profit venga neutralizzato dalla prevalenza dell'*animus donandi* (quindi, di un interesse non patrimoniale oggettivato nell'accordo) che, per l'amministrazione finanziaria, si evincerebbe dalla prevalenza della somma versata rispetto al valore economico della prestazione pubblicitaria ricevuta.

Andando oltre nell'analisi del contratto di 'Cause Related Marketing' è opportuno soffermarsi nella disamina della sua forma più utilizzata ovvero quella del 'Transaction-based promotion', ponendo l'attenzione sul prezzo di vendita del prodotto solidale.

Spesso, in tali casi, si assiste al proliferare di comunicazioni relative all'asserita donazione da parte dell'azienda la quale millanta di aver donato una percentuale dei propri ricavi, derivanti dalla vendita di tale prodotto, a favore del progetto sociale.

49 Sul punto si presti attenzione alla terminologia utilizzata dall'Agenzia delle Entrate nella propria Risoluzione che, non utilizza mai le espressioni dono o donare, ma si rifà al termine 'contributo'.

In realtà, per quanto sopra visto, l'impresa profit non potrà affermare di aver donato ai sensi dell'art. 769 cod. civ., ma neppure indirettamente ex 809 cod. civ. qualora abbia aumentato il prezzo del prodotto. Invero, è opinione di chi scrive che, in tale ipotesi, non si configuri una donazione atipica da parte dell'azienda profit. L'aumento del prezzo del prodotto da parte della società è, infatti, indice della prevalenza economica data all'operazione contrattuale rispetto a qualsivoglia spirito di liberalità. Ad ogni modo, qualora il prezzo del bene venga maggiorato, deve riconoscersi comunque la presenza di un donatore: il consumatore-cliente. In tali casi, si potrebbe sostenere di essere in presenza di un'operazione triangolare di intermediazione⁵⁰ giuridica ove il beneficiario (in questo caso l'Ente non profit o pubblico) è terzo rispetto al rapporto cliente-produttore.

La donazione, quindi, risulterà essere indiretta in quanto si realizza con un contratto che non intercorre direttamente tra donante e donatario. Si configura, infatti, un rapporto trilaterale ove l'autore della liberalità è il consumatore-cliente che acquistando il bene prodotto dall'azienda a prezzo maggiorato indirettamente (ovvero per il tramite dell'impresa) dona a favore della causa sociale portata avanti dall'ente pubblico o non profit. Dunque, nel caso di vendita di prodotti a sostegno di cause sociali a prezzo maggiorato, l'azienda produttrice non dona alcunché perché non rinuncia al proprio guadagno, mentre a donare indirettamente a sostegno del progetto sociale è il solo consumatore-cliente⁵¹. Diverso è, invece, il caso in cui la vendita del prodotto 'solidale' non comporti una maggiorazione nel prezzo del prodotto. Contrariamente a quanto sopra esposto, in tal caso, sembrerebbe configurarsi una donazione indiretta da parte dell'impresa profit. Tuttavia, ancora una volta, si è propensi a ritenere che, prevalendo l'interesse al posizionamento sociale del 'brand' e tenuto conto anche dei possibili incrementi di vendite, l'elargizione in questione potrebbe considerarsi donazione indiretta solo qualora, come espressamente affermato dall'Agenzia delle Entrate nella propria Risoluzione, prevalga la somma versata dall'impresa rispetto al valore economico della prestazione pubblicitaria ricevuta dalla non profit o dalla PA.

50 Sulla realizzazione di liberalità indirette attraverso contratti intercorrenti non direttamente tra donante e donatario, bensì rispetto ai quali il beneficiario è un soggetto terzo si veda Cass. Civ., Sez. Un. del 27 luglio 2017, n. 18725.

51 La maggiorazione del prezzo di un prodotto è stata ripresa anche nel Decreto 5 aprile 2024 del Tribunale di Torino, sez. spec. in materia di Impresa, che si è espresso sul caso 'Pandoro gate'. Il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi per un'ipotesi di pratica commerciale scorretta ove però «non viene sollecitato un interesse economico o di consumo, quanto piuttosto un interesse sociale del consumatore» che si aspettava di contribuire - tramite l'acquisto del pandoro - ad una causa benefica (G. MAGRI, *Presupposti*, cit., 1088). Il Tribunale ha ritenuto integrata la pratica commerciale scorretta da parte della società dolciaria in quanto «la rilevante differenza di prezzo del (Omissis) rispetto al suo equivalente pandoro B. classico ha evidentemente indotto nel consumatore il convincimento che nel maggior prezzo vi fosse una diretta contribuzione al reperimento di fondi utili al progetto di beneficenza, ossia che nel maggior prezzo del (Omissis) fosse incluso un contributo alla citata donazione».

4. Conclusioni.

Ebbene, ritornando alla vicenda Ferragni-Balocco si può ora porre l'attenzione sugli aspetti legati alla donazione dalla Balocco a favore dell'Ospedale torinese.

Nella Delibera⁵² dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato espressamente si legge: «l'operazione dei pandori griffati Ferragni è stata essenzialmente una operazione di marketing condotta da Balocco con l'obiettivo di tentare di riposizionare (svecchiare) sul mercato il Pandoro Balocco dandone una immagine diversa». Ed ancora, tra la documentazione acquisita agli atti risulta esserci una mail, del mese di settembre 2021, della società Balocco che esplicitamente afferma: «Ciao---, grazie per la piacevole call! A sintesi degli argomenti trattati:

Donazione

Sarà la Balocco a contattare l'associazione (in definizione) e sempre la Balocco risulterà come donatrice. La donazione sarà da farsi nel 2022, solo dopo che avremo svelato al mercato il nostro comune progetto – quindi indicativamente dopo maggio, mese nel quale inizieranno i primi incontri con il trade. [...] Non avendo compreso che il dettaglio della donazione sarebbe stato oggetto del contratto, non ci siamo pronunciati prima se non dopo vostro stimolo. Ecco perché ne è derivata una certa limitazione che siamo certe, riusciremo a superare». Da tale e-mail emerge, dunque, distintamente la volontà della società Fenice⁵³ di inserire la donazione che la Balocco avrebbe successivamente fatto all'Ospedale Regina Margherita di Torino all'interno del progetto 'Pandoro Pink Christmas' nonché la consapevolezza che la stessa sarebbe avvenuta indicativamente dopo maggio 2022. Ad ulteriore precisazione di ciò, sempre la stessa Delibera riporta una mail, inviata della Balocco a TBS Crew⁵⁴, che evidenzia che per la società dolciaria «è molto importante sottolineare il sostegno al progetto benefico senza menzionare le vendite (in quanto si tratta di una donazione che non è legata all'andamento del prodotto sul mercato)».

È poi la stessa Balocco che nelle proprie memorie difensive sottolinea che la finalità del progetto era quella di «raggiungere un più ampio target di consumatori», «nonché di sostenere un progetto di ricerca» a favore dell'Ospedale torinese.

Pare, dunque, evidente il legame tra la creazione di un pandoro griffato per attirare nuovi e più giovani consumatori e il sostegno alla ricerca.

Riprendendo le risultanze alle quali si è giunti con riguardo agli istituti della donazione e del 'Cause Related Marketing' si puntualizzano due aspetti. Anzitutto, non sembra potersi dire che sia stato stipulato un contratto di 'Cause Related Marketing' in quanto tale forma contrattuale richiederebbe quale parte necessaria una non profit

⁵² Si veda la nt. 2.

⁵³ Si fa riferimento alla Fenice S.r.l., società titolare dei marchi 'Chiara Ferragni' di cui la stessa Ferragni è amministratrice delegata.

⁵⁴ Si fa riferimento alla TBS Crew S.r.l., società titolare dei diritti relativi alla personalità e all'identità personale di Chiara Ferragni e di cui l'«influencer» è la presidente del Consiglio di Amministrazione.

o Ente pubblico. Nel caso in esame, l'Ospedale torinese non sembra sia stato direttamente coinvolto. Al massimo, l'azienda ospedaliera potrebbe, ma sul punto non vi sono evidenze, aver stipulato un contratto di donazione⁵⁵. Tuttavia, non si può non notare che, diversamente da quanto asserito dall'azienda dolciaria, la somma dalla stessa corrisposta a sostegno della ricerca scientifica, non sembrerebbe neppure potersi inquadrare come donazione, sia essa diretta o indiretta. Pare, infatti, evidente che l'elargizione della somma di denaro non sia stata determinata dall'*animus donandi* dell'azienda, bensì da un vero e proprio interesse economico, ossia 'svecchiare' un proprio prodotto attirando una nuova e più giovane fascia di consumatori. Dunque, l'elargizione in quota fissa posta in essere dalla Balocco S.p.a. configurerebbe, tutt'al più, un'ipotesi di contratto gratuito poiché lo spostamento patrimoniale è teso ad ottenere un «successivo profitto»⁵⁶. Giova qui ricordare che gli interventi gratuiti a favore di terzi debbono considerarsi «non come espressione di spirito di condiscendenza o liberalità, ma come atti preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato o indiretto»⁵⁷. In tali casi, infatti, non si è in presenza di un contratto di donazione in quanto il vantaggio - seppur non sempre facilmente qualificabile - che riceve il disponente, incide sulla causa del contratto. Ciò detto, sembrerebbe potersi concludere precisando che, nel caso in esame, non si è in presenza né di un vero e proprio accordo di 'Cause Related Marketing' né di una donazione (diretta o indiretta) a favore dell'ospedale torinese mancando, in entrambi i casi, gli elementi necessari per tali forme contrattuali. Dunque, tale recente vicenda ci ha dato la possibilità di mettere in luce le importanti differenze tra un contratto di donazione e uno di 'Cause Related Marketing'. Tuttavia, queste eterogenee modalità di raccolta fondi hanno in comune un elemento di importante valore: consentono alle non profit o alle pubbliche amministrazioni di dare risalto ai propri progetti solidali acquisendo sempre più risorse a sostegno degli stessi.

Difatti, in tutta questa questione, è rimasto purtroppo in ombra un aspetto di non scarso valore: la benefica e gratuita pubblicità che, indirettamente, ha ricevuto l'Ospedale Regina Margherita di Torino e la ricerca scientifica per le cure terapeutiche dei bambini affetti da Osteosarcoma e Sarcoma di Ewing.

Fatti salvi, ovviamente, i casi in cui l'azienda persegue esclusivamente un interesse commerciale sfruttando illecitamente una buona causa sociale, non sembrerebbe

55 Sul punto, si precisa che la Delibera dell'AGCM fa solamente espresso riferimento ad un bonifico effettuato dalla Balocco a favore dell'Ospedale Regina Margherita.

56 F. TRINGALI, *Le donazioni*, cit., 16.

57 Cass. civ., Sez. I, 14 settembre 1976, n. 3150. Anche la dottrina (F. TRINGALI, *Le donazioni*, cit., 94) si allinea con la giurisprudenza precisando che «la mancanza di un vantaggio ricavata da una promessa [...] implica assenza di corrispettivo, gratuità, ma non implica affatto disinteresse, ossia liberalità, perché può avvenire che il contraente ricavi un vantaggio patrimoniale dalla propria promessa. Questo contratto, sarà allora gratuito, ma interessato».

corretto demonizzare un'impresa, che contribuisce ad un progetto sociale, per il solo fatto che agisca anche perseguendo un intento economico e non solo solidaristico.

Lo scandalo *'Pandoro-gate'* ha messo in luce l'esigenza di regole più rigorose nel *'fundraising'* e la necessità di saper riconoscere e, conseguentemente, utilizzare tutti i giusti strumenti giuridici che l'ordinamento offre per attuare corrette campagne di raccolta fondi: saper, infatti, distinguere una donazione da un accordo commerciale è basilare per la buona riuscita della campagna stessa. Con questo breve lavoro si è cercato di far emergere l'importanza della conoscenza della disciplina contrattuale in materia di raccolta fondi per far sì che, inquadrando correttamente dal punto di vista giuridico le differenti tipologie di collaborazione che possono essere utilizzate nel campo del *'fundraising'*, si possa evitare di incorrere in situazioni spiacevoli, se non addirittura illecite.

Riprendendo quanto sopra meglio esplicitato, si ribadisce che non saper individuare una donazione può comportare, per esempio, la non osservanza del rigoroso formalismo richiesto dal legislatore con la conseguente nullità della stessa.

A contrario, ritenere che operazioni di marketing possano essere considerate donazioni espone, per esempio, al rischio di una pubblicità ingannevole che induce in errore i consumatori. È evidente, però, che per trasmettere un messaggio chiaro e veritiero⁵⁸ è, prima di tutto, necessario essere in grado di inquadrare correttamente il negozio giuridico che si vuol porre in essere. Quindi, garantire il rispetto e la corretta applicazione delle norme, anzitutto in materia contrattuale, assicura una condotta trasparente che evita ripercussioni giudiziarie oltre che reputazionali.

58 Si segnala che a seguito dello scandalo *'Pandoro gate'*, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), ha redatto delle linee guida (Delibera n. 7/24/CONS) «legate proprio al mondo degli influencer» e volte a garantire anzitutto il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza dell'informazione nonché il rispetto delle «disposizioni in materia di comunicazioni commerciali e di product placement, volte a rendere trasparenti al pubblico le finalità promozionali eventualmente perseguite. Da ultimo, il 25 gennaio 2024, il Consiglio dei Ministri, [...], sempre sulla scorta del caso Ferragni Balocco, ha approvato un disegno di legge che disciplina la pubblicità e le pratiche commerciali da parte di produttori e professionisti, ivi inclusi gli influencer, in relazione alla promozione, alla vendita e alla fornitura ai consumatori di prodotti i cui proventi siano in parte destinati in beneficenza» (S. ALVANINI, *L'influencer Marketing alla luce del caso Ferragni Balocco*, in *Il diritto industriale*, III, 2024, 299).

ABSTRACT: La raccolta fondi a favore di progetti sociali - di Enti non profit e pubbliche amministrazioni - è un utile strumento per acquisire risorse. Sovente, però, si fa un uso non corretto del termine 'dono' andando a creare un'equipollenza tra le nozioni di fundraising e donazione. Il presente lavoro, partendo da un caso balzato di recente agli onori di cronaca, si propone di articolare una disamina in merito alle differenze tra donazione e 'Cause Related Marketing' (CRM). Fulcro dell'indagine è far emergere il differente scopo di tali forme contrattuali: nella donazione l'attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo obbligato e, soprattutto, per uno scopo non economico con un conseguente depauperamento del donante e arricchimento per il donatario. Dunque, l'intento che muove il donante - prescindendo dai motivi - ha natura liberale. Il CRM costituisce, invece, una 'partnership' tra un'azienda profit e un Ente pubblico o una non profit con lo scopo di promuovere una causa solidale mediante un prodotto o servizio dell'azienda profit. In tal caso, entrambe le parti traggono dei vantaggi da quest'operazione, sia di tipo economico che di immagine. Il tema merita particolare interesse considerata l'attualità della questione. Infatti, l'importanza dell'attività di raccolta fondi, volta al finanziamento di progetti d'interesse collettivo, emerge non appena si pone mente all'esigenza, sempre più sentita, da parte delle Pubbliche Amministrazioni e degli Enti non profit, di reperire fondi esterni per lo sviluppo di tali progetti. Dunque, è auspicabile la partecipazione attiva dei privati, in particolar modo delle imprese, ai bisogni delle collettività. Tuttavia, per riuscire a fare ciò, pare necessario illustrare e precisare le caratteristiche proprie di ciascuno degli strumenti di cui il 'fundraising' può avvalersi al fine di limitare sempre più il rischio di incorrere, anche in buona fede, in comportamenti non corretti se non, addirittura, ingannevoli.

PAROLE CHIAVE: raccolta fondi - fundraising - donazione - non profit - pubblica amministrazione - cause related marketing - filantropia - liberalità - Ferragni/Balocco.

Domenico Bottega

LA COSA NON GIUDICATA: ALCUNE CONSIDERAZIONI SUGLI EFFETTI ‘ULTRA PARTES’ DELLE SENTENZE AMMINISTRATIVE DI ANNULLAMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli effetti ‘*ultra partes*’ del giudicato amministrativo. – 3. Il giudicato civile: un modello tradito. – 4. L’invalidità ad effetto caducante e ad effetto viziante. – 5. L’incertezza sugli effetti *ultra partes*: la tutela dei controinteressati inconsapevoli.

1. Premessa.

Il giudicato amministrativo è tema particolarmente caro alla dottrina, che da tempo si interroga sulla sua forza, sulla sua estensione, sulla sua stabilità¹. Di particolare interesse è la figura della sentenza amministrativa di annullamento che spiega effetti *ultra partes*, ossia nella sfera giuridica di soggetti che non erano parte di quel certo giudizio. Il presente scritto mira a portare un contributo al dialogo sul tema e a suggerire possibili strumenti volti a risolvere, o per lo meno contenere, i problemi che l’orientamento giurisprudenziale che da qualche anno si è stabilizzato sta creando.

2. Gli effetti ‘*ultra partes*’ del giudicato amministrativo.

Come ha ricordato qualche anno fa l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato², il giudicato amministrativo non è regolato da una disposizione specifica, dato che il codice del processo amministrativo non vi dedica alcuno spazio: ci si deve rifare alle norme civilistiche e processualcivilistiche e dunque agli artt. 324 cod. proc. civ. e 2909 cod. civ.³ La disciplina parrebbe chiara: l’accertamento contenuto nella sentenza che

1 In dottrina si segnalano C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Siena, 1988; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017.

2 Il riferimento è alla sentenza Cons. St., Ad Plen., 27 febbraio 2019, n. 4, ove si legge che ‘Il giudicato amministrativo – in assenza di norme *ad hoc* nel codice del processo amministrativo – è sottoposto alle disposizioni processualcivilistiche, per cui il giudicato opera solo *inter partes*, secondo quanto prevede per il giudicato civile l’art. 2909 c.c.’.

3 Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., 3, ove l’A. ricorda che «una delle poche acquisizioni ormai pressoché pacifiche in materia di giudicato è così quella che distingue il giudicato materiale da quello formale: distinzione che viene generalmente ritenuta recepita nel nostro sistema legislativo con le norme recate rispettivamente dall’art. 2909 c.c. e dall’art. 324 c.p.c.»

non sia più soggetta ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione ordinaria, perché tali mezzi sono stati esperiti ovvero perché i relativi termini decadenziali sono spirati, fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

Semberebbe dunque di poter escludere che l'accertamento con forza di giudicato contenuto in una sentenza del giudice amministrativo possa incidere (in senso positivo o negativo) su soggetti terzi rispetto alle parti del giudizio⁴.

La prassi conosce tuttavia un numero crescente di eccezioni.

Accade, ad esempio, che la pubblica amministrazione estenda gli effetti di una certa pronuncia di annullamento nei confronti di soggetti che si trovano in situazioni analoghe a quelle decise dal giudice amministrativo, benché essi non fossero parte di quel certo processo e siano titolari di rapporti giuridici autonomi. In questo specifico caso, trattasi di attività discrezionale della pubblica amministrazione, non di estensione degli effetti del giudicato: l'amministrazione, infatti, non ha alcun obbligo in tal senso, se non quello che deriva dalla cura dell'interesse pubblico suo proprio, che potrebbe giustificare un riesame in autotutela di provvedimenti formalmente distinti ma contenutisticamente identici (o, quantomeno, analoghi) a quello già caducato⁵. Ma non è questa l'ipotesi di cui ci vogliamo occupare, bensì del caso in cui sia la stessa esistenza di un giudicato a provocare – senza l'intervento dell'amministrazione pubblica – effetti nei confronti di soggetti terzi rispetto alle parti del giudizio.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nelle sentenze nn. 4 e 5 del 27 febbraio 2019, scardinando l'inderogabilità della regola consacrata nell'art. 2909 cod. civ., ha affermato che, sebbene siano eccezionali, esistono «casi di giudicato amministrativo con effetti *ultra partes*»: essi «si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto». Più precisamente, ogniqualvolta vi sia «un legame ... indivisibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile – logicamente, ancor prima che giuridicamente – che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato», il giudicato dovrà avere effetti indivisibili. L'Adunanza Plenaria ha tentato di stabilire delle coordinate per individuare tali casi, individuandone l'eziologia: «tale estensione dipende spesso da una pluralità di fattori concorrenti, fra i quali rileva non solo la natura dell'atto annullato, ma anche, cumulativamente, il vizio dedotto, nonché il tipo di effetto prodotto dal giudicato della cui estensione si discute. Più nel dettaglio, secondo l'orientamento

4 In forza del noto principio per cui «*res inter alios indicata tertio neque nocet neque prodest*». Come viene ricordato da C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., 169, «l'accertamento sul dovere del giudice di produrre la modificazione giuridica richiesta con la domanda è accertamento che cade sulle norme disciplinanti il potere amministrativo, in quanto questo abbia inciso su un interesse legittimo senza rispettare le regole che al suo esercizio presiedono, e che il ricorrente deduce violate. Ed è quest'accertamento l'oggetto del giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo».

5 Cfr. S. VACCARI, *Brevi riflessioni sull'efficacia 'ultra-partes' del giudicato amministrativo di annullamento (annullando Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2024, n. 1706)*, 2 ottobre 2024, in *Giustizia Insieme*. Si veda altresì, da ultimo, R. CAROCCIA, *L'effetto espansivo esterno del giudicato nei giudizi in materia di affidamento dei contratti pubblici: un principio applicabile ai rapporti giuridici amministrativi?*, in *Dir. e proc. amm.*, III, 2024, 643 ss.

tradizionale, gli effetti inscindibili del giudicato amministrativo possono dipendere: a) in alcuni casi (ma raramente), solo dal tipo di atto annullato; b) altre volte, più frequenti, sia dal tipo di atto annullato, sia dal tipo di vizio dedotto; c) altre volte ancora, dal tipo di effetto che il giudicato produce e di cui si invoca l'estensione».

Il Collegio è passato dunque a elencare tali fattispecie: «si ritiene, in particolare, che produca effetti *ultra partes*:

- a. l'annullamento di un regolamento (l'efficacia *erga omnes* in questo caso trova una base normativa indiretta nell'art. 14, comma 3, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, che, proprio presupponendo tale efficacia, prevede che il decreto decisorio di un ricorso straordinario che pronunci l'annullamento di un atto normativo deve essere pubblicato nelle stesse forme dell'atto annullato);
- b. l'annullamento di un atto plurimo inscindibile (ad es. il decreto di esproprio di un bene in comunione);
- c. l'annullamento di un atto plurimo scindibile, se il ricorso viene accolto per un vizio comune alla posizione di tutti i destinatari (ad es. il decreto di approvazione di una graduatoria concorsuale travolto per un vizio comune);
- d. l'annullamento di un atto che provvede unitariamente nei confronti di un complesso di soggetti (ad es. il decreto di scioglimento di un Consiglio comunale)».

L'Adunanza Plenaria affronta dunque il caso in cui ad essere oggetto di impugnazione siano atti amministrativi inscindibili o indivisibili e la parte ricorrente sia composta da uno o più dei soggetti direttamente interessati, ma non da tutti i 'cointeressati'. In fattispecie di questo genere il giudicato di annullamento avrebbe effetti *ultra partes* o, nel caso dei regolamenti, *erga omnes*. E ciò in ragione del fatto che non sarebbe ammissibile che un atto, caducato per alcuni (ossia per le parti del giudizio), esista ancora per altri (i terzi cointeressati non ricorrenti). Il Supremo Consesso ha poi chiarito che «ben diverso è il discorso per ciò che concerne gli ulteriori effetti del giudicato amministrativo (di accertamento della pretesa, ordinatori, conformativi). Secondo un risalente e consolidato orientamento interpretativo gli effetti di accertamento della pretesa e, consequenzialmente a tale accertamento, quelli ordinatori/conformativi operano sempre solo *inter partes*, essendo soltanto le parti legittimate a far valere la violazione dell'obbligo conformativo o dell'accertamento della pretesa contenuto nel giudicato»⁶.

Detto altrimenti: gli effetti *ultra partes* riguardano solo l'effetto costitutivo-eliminatorio del giudicato e non anche quello conformativo ed esecutivo, che resta limitato alle parti ricorrenti. Pertanto, il co-interessato non ricorrente non può giovare dell'obbligo di riedizione del potere amministrativo che grava sull'amministrazione soccombente⁷.

6 I precedenti in tal senso sono molteplici: Cons. Stato, Sez. VI, 1° dicembre 2017, n. 5634; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6964; Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2003, n. 4977; Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2000, n. 1142; Cons. Stato, Sez. IV, 2 agosto 2000, n. 4253; Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 1994, n. 276; Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 1990, n. 561.

7 Secondo P.M. VIPIANA, *L'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti tariffari ancora al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, III, 533, tale ermeneutica non considererebbe che il «contenuto

Ricostruite le coordinate del tema, vale la pena comprendere, in assenza di una base normativa specifica, dove esso trovi fondamento.

3. *Il giudicato civile: un modello tradito.*

Innanzitutto, è opportuno prendere in esame quello che, a tutti gli effetti, dovrebbe essere il modello di riferimento per il processo amministrativo, ossia il processo civile.

Esso, per vero, conosce (solamente) una disposizione che si occupa del cosiddetto ‘effetto espansivo esterno’ delle sentenze: è l’art. 336, comma 2, cod. proc. civ., per cui «la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata»⁸. Bisogna dunque verificare se esso possa costituire la base legale del fenomeno su descritto. Non si rinvergono particolari approfondimenti del tema in senso alla dottrina processualciviltistica⁹, se non per alcune limitatissime questioni. È chiaro innanzitutto che l’effetto espansivo esterno opera in relazione a più provvedimenti, dove uno dipende dall’altro, per cui, quando muta quest’ultimo, viene a cadere anche il provvedimento dipendente: nel concetto di atti e provvedimenti dipendenti rientrano tanto i provvedimenti decisori, quanto quelli istruttori che gli atti esecutivi; l’effetto espansivo può spiegarsi anche tra atti pronunciati in procedimenti distinti. Andando con ordine, uno dei casi in cui l’art. 336, comma 2, trova applicazione è quello delle sentenze non definitive. Come noto, quando viene emessa una sentenza non definitiva, il processo prosegue per l’istruzione della causa in ordine agli altri elementi che servono a definirla, tranne nel caso in cui il giudizio venga sospeso a mente dell’art. 279 cod. proc. civ. In tale ipotesi, i problemi che l’art. 336 cod. proc. civ. risolve nemmeno si pongono¹⁰. Essi nascono, invece, quando, a fronte di una sentenza non definitiva, il processo prosegue per acquisire gli altri elementi necessari

imperativo, e quindi di accertamento, della sentenza amministrativa è idoneo a generare fenomeni di efficacia *ultra partes*, poiché la pronuncia, laddove detta regole per il futuro agire della pubblica amministrazione, verrebbe – direttamente o, perlomeno, indirettamente – ad incidere anche, per il tratto della successiva attività di tale amministrazione, su soggetti diversi dalle parti in giudizio.

8 Il primo comma dell’art. 336 cod. proc. civ. si occupa dell’effetto espansivo interno: «la riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata». In dottrina si veda A. TEDOLDI, *Commento all’art. 336 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Torino, 2013, IV, 227 ss.

9 R. MACCARRONE, *Profili sistematici dell’effetto espansivo esterno della sentenza di riforma*, Milano 1983; R. POLI, *Decorrenza immediata degli effetti espansivi esterni della cassazione ed effetto parzialmente sostitutivo dell’appello nelle ipotesi di riforma contemplate dall’art. 336, comma 2, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1991, 416 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzioni*, Padova, 1973; nella manualistica, cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2024, II, 376 ss.

10 Difatti, è sufficiente attendere l’esito dell’impugnazione avverso la sentenza non definitiva e prendere atto della decisione: se, in sede di impugnazione, si conferma la decisione impugnata, si riprende in primo grado l’istruttoria; qualora, invece, in sede di impugnazione, si riforma la sentenza non definitiva, il processo di primo grado non prosegue: si veda F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 380.

alla decisione: quest'ultima, evidentemente, dipenderà dal contenuto della pronuncia non definitiva oggetto di impugnazione¹¹. Ebbene, gli atti compiuti e i provvedimenti emessi nella prosecuzione del processo di primo grado, dopo che è stata emessa la sentenza non definitiva immediatamente impugnata, vengono travolti dalla sentenza di appello che riforma la pronuncia non definitiva, e perdono i loro effetti. Il travolgimento riguarda anche la sentenza di primo grado, eventualmente passata in giudicato, in quanto dipendente dalla sentenza non definitiva: essa non avrà più alcun effetto, poiché viene a essere modificato il contenuto del provvedimento presupposto¹².

Analogamente avviene con le sentenze parzialmente definitive: se la domanda pregiudiziale è decisa con sentenza parzialmente definitiva e l'istruttoria prosegue per la domanda dipendente, qualora la sentenza parzialmente definitiva sia impugnata e il gravame venga accolto, gli atti istruttori¹³ relativi alla domanda dipendente e la sentenza definitiva che fosse stata pronunciata perdono di effetto in virtù della riforma della sentenza parzialmente definitiva¹⁴.

L'art. 336, comma 2, cod. proc. civ. trova applicazione non solo, come nei casi visti fin qui, quando i provvedimenti dipendenti sono emessi nello stesso processo, ma anche nel caso di atti tra loro dipendenti che riguardano giudizi diversi. Ad esempio, l'effetto espansivo ha larga applicazione nel campo delle esecuzioni: è ormai pacifico che,

11 È chiaro, ad esempio, che se il giudice con sentenza non definitiva ha affermato la propria giurisdizione e poi con sentenza definitiva pronuncia sul merito, quest'ultima decisione presuppone la declaratoria di giurisdizione; così come, se il giudice, con una prima pronuncia ha rigettato l'eccezione di prescrizione e, con la decisione conclusiva del primo grado, ha accertato l'esistenza del diritto, tale accertamento è dipendente dalla negazione della prescrizione.

12 Cfr. Cass. civ., 3 gennaio 2011, n. 34; Cass. civ., 9 giugno 1990, n. 5663, in *Giust. civ.*, 1991, I, 75.

13 Benché, secondo alcuni l'effetto espansivo esterno travolgerebbe tutti gli atti compiuti dopo la sentenza riformata e le prove eventualmente già raccolte sarebbero inutilizzabili (così C. CONSOLO - F. P. LUIO - B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 357), vi sono altri che sostengono che le prove costituenti raccolte nel seguito del giudizio di primo grado, proseguito dopo la sentenza non definitiva riformata, non costituiscono atti o provvedimenti realmente dipendenti dalla sentenza non definitiva riformata e possono, dunque, rimanere in vita fino a che non si sappia se la sentenza non definitiva riformata sarà definitivamente travolta per effetto del passaggio in giudicato della sentenza di riforma o se invece un provvedimento corrispondente a quella sentenza non definitiva sia nuovamente emanato o dalla Cassazione o dal giudice del rinvio: in tale ipotesi gli atti istruttori dipendenti potranno essere considerati utilizzabili, in quanto essi avevano una dipendenza funzionale rispetto al contenuto della sentenza non definitiva e non una dipendenza realmente genetica (così A. TEDOLDI, *Commento all'art. 336 cod. proc. civ.*, cit.).

14 In dottrina (F. P. LUIO, *Diritto processuale civile*, cit., 382) ci si domanda cosa accade se la sentenza di riforma è a sua volta cassata. Benché astrattamente le soluzioni possibili siano due (gli atti e i provvedimenti del processo di primo grado sono ormai irreversibilmente travolti e quindi occorrerà rifarli *ex novo*; essi hanno perso effetti per via dell'annullamento della sentenza non definitiva, ma la cassazione di quest'ultima può farli loro riacquistare), è evidente che quella preferibile sia la seconda: «gli atti ed i provvedimenti del processo di primo grado sono travolti dalla sentenza d'appello non perché invalidi (e quindi inattendibili) ma perché inutili, stante il contenuto della sentenza di riforma; ma se questa a sua volta perde efficacia, gli atti del processo di primo grado tornano ad essere perfettamente utilizzabili, e la sentenza definitiva torna efficace».

dopo la pronuncia della sentenza di riforma, viene subito meno la sentenza esecutiva di condanna di primo grado e, da quel momento, non sarà più possibile né iniziare né proseguire l'esecuzione forzata¹⁵. Si pensi anche al caso in cui una sentenza accerti che due persone sono parenti tra loro e in un successivo processo una di queste domandi la condanna dell'altra al pagamento di un credito alimentare: il giudice del processo alimentare è vincolato, quanto al rapporto di parentela, all'accertamento contenuto nella sentenza che di ciò si è occupata, per cui la decisione che accerta il diritto agli alimenti dipende da quella che accerta il rapporto di parentela: e ciò – annota la dottrina – in quanto «gli effetti riflessi di quella pronuncia vincolano le parti del successivo processo [ex] art. 2909 c.c.». Quanto fin qui detto consente di trarre almeno due conclusioni: l'art. 336, comma 2, cod. proc. civ. è norma che esprime un principio generale del nostro ordinamento, per cui tutte le volte in cui si crea una situazione, nella quale un atto a valle è condizionato da un atto a monte, la caducazione dell'atto a monte determina automaticamente la caducazione dell'atto a valle, ancorché questo si sia consolidato (ossia sia passato in giudicato); la seconda è che l'art. 336 in discorso trova applicazione nel rispetto e nei limiti concessi dall'art. 2909 cod. civ., cioè a patto che provvedimenti e atti dipendenti siano pronunciati tra le medesime parti (o comunque successori e loro aventi causa). Insomma, in forza dell'art. 336 l'autorità della cosa giudicata non può avere effetti diretti o riflessi nei confronti di terzi e la disposizione in discorso spiega effetti intra-processuali e non rispetto a vicende che sono rimaste estranee al giudizio (come lo sono gli interessi dei terzi co-interessati non impugnanti nel caso di nostro interesse in questa sede). La breve analisi dell'art. 336, comma 2, cod. proc. civ., se trasposta nel processo amministrativo, non consente di spiegare gli effetti *ultra partes* del giudicato. Bisogna dunque guardare altrove.

4. *L'invalidità ad effetto caducante e ad effetto viziante.*

Le due pronunce dell'Adunanza Plenaria citate sopra (nn. 4 e 5 del 2019) richiamano alla mente altri concetti che potrebbero aiutare nell'analisi che ci siamo proposti: quelli dell'invalidità caducante e dell'invalidità viziante, ossia quei casi in cui un provvedimento (amministrativo) 'a valle' cade per effetto dell'annullamento di un altro provvedimento 'a monte', laddove quest'ultimo costituisce il presupposto del primo. Vale la pena approfondire questi temi per capire se essi hanno (o meno) a che fare con il giudicato amministrativo e se esiste un collegamento con i suoi effetti *ultra partes*. L'annullamento del provvedimento amministrativo, tra i vari problemi che pone, solleva quello di verificare se e in quale misura la relativa sentenza produca effetti anche nei confronti di atti che non sono stati oggetto di impugnazione. Detto con altre parole e avendo a mente il risvolto pratico della questione: ci si interroga sul fatto se il

15 A. TEDOLDI, *Commento all'art. 336 cod. proc. civ.*, cit., 236.

ricorrente che impugna un certo provvedimento abbia l'onere di impugnare anche tutti gli atti conseguenti onde garantirsi con certezza il bene della vita cui aspira.

Da più di due decenni l'orientamento che ravvisava con sicurezza un tale onere e che predicava l'inammissibilità del ricorso avente a oggetto l'atto presupposto per sopravvenuta carenza di interesse nel caso di omessa impugnazione del successivo provvedimento che vi fosse collegato è in totale declino¹⁶.

La corrente oggi maggioritaria, per non dire unica, libera colui che abbia promosso il ricorso avverso il provvedimento presupposto dall'onere di impugnare quello consequenziale, sul presupposto che l'annullamento dell'uno comporti l'automatica caducazione dell'altro. In forza di tale impostazione non potrà rinvenirsi alcuna sopravvenuta carenza di interesse a causa dell'omessa impugnazione del secondo atto, poiché la permanenza dell'interesse del ricorrente è data dall'annullamento automatico del provvedimento conseguente determinato dalla caducazione di quello presupposto.

La teorica dell'invalidità ad effetto caducante è di matrice giurisprudenziale, non avendo essa alcun fondamento normativo, ma piuttosto delle ragioni di ordine pragmatico¹⁷: la sentenza d'annullamento del provvedimento amministrativo impugnato, creando l'obbligo per la p.a. soccombente di ripristinare la situazione precedente, ha effetto caducante nei confronti di tutti gli atti che in quello annullato trovano il loro antecedente necessario, per cui il ricorrente vittorioso non è tenuto a seguire tutti gli sviluppi del procedimento amministrativo e ad impugnare gli atti consequenziali, né ha l'onere di ricercare tutti i cd. 'controinteressati successivi' – ossia quei soggetti che, per effetto di quegli atti medesimi, vengono a trovarsi in una situazione giuridica di vantaggio – pur se la mancata impugnazione può determinare l'eventuale opposizione di terzo proprio da parte di questi soggetti che non hanno partecipato al giudizio sul provvedimento antecedente e vengono privati del loro vantaggio in virtù dell'annullamento di quest'ultimo¹⁸. Insomma, l'istituto della caducazione automatica ha rappresentato e continua ad essere uno strumento per consentire di perseguire esigenze di economia processuale a tutela delle posizioni del ricorrente: e ciò per il fatto che sarebbe (anzi è) gravoso costringere il soggetto che abbia impugnato tempestivamente un provvedimento – che è presupposto logico giuridico di una serie di altri atti all'interno della stessa catena procedimentale tipizzata *ex lege* – ad impugnare autonomamente di volta in volta, con distinti ricorsi, tutti i successivi provvedimenti consequenziali: in tale prospettiva, onde evitare un'inutile duplicazione di giudizi sullo stesso rapporto

16 Cfr. P. VIRGA, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studio in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 689: a giustificare l'assunto veniva addotto «il fatto che, non potendosi eliminare gli atti successivi, lesivi degli interessi del ricorrente, essendo divenuti inoppugnabili per mancata tempestiva proposizione del ricorso, si sarebbe palesata sterile di risultati pratici l'eliminazione dell'atto presupposto».

17 Cfr. M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2021, 315 s. Cfr. altresì E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, III, 2003, 639.

18 Così Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2000, n. 1766.

processuale e sollevare il ricorrente dall'onere di ricercare i controinteressati sopravvenuti, la giurisprudenza ha ammesso il travolgimento *ipso iure* basato sul nesso di 'presupposizione necessaria' tra provvedimenti¹⁹.

In tali casi si discorre quindi di 'invalidità ad effetto caducante'.

Quando il collegamento tra l'atto presupposto e quello consequenziale è meno intenso, si ha un altro genere di invalidità: quella ad effetto viziante. L'invalidità ad effetto viziante opera in tutti quei casi in cui, pur esistendo un rapporto di consequenzialità tra atto caducato e provvedimenti successivi, tra di essi non vi è un'intensità tale, per cui l'atto successivo esiste tanto in quanto vi è l'atto a monte. Ne consegue che l'atto consequenziale risulta sì invalido per vizio derivato dall'atto presupposto, ma resta efficace, ossia resiste all'annullamento dell'atto presupposto.

In definitiva, l'effetto caducante si realizza per tutti gli atti che, in quello annullato, trovano il loro antecedente necessario, purché non sia intervenuto un nuovo e diverso atto, il quale, come suo effetto diretto ed indipendentemente dall'atto annullato, modifichi irreversibilmente situazioni giuridiche, ovvero implichi nuove e ulteriori valutazioni di interessi del destinatario dell'atto presupposto e di eventuali terzi soggetti che hanno partecipato al procedimento. In quest'ultimo caso, gli atti successivi, seppur viziati, potranno essere annullati soltanto se tempestivamente gravati nell'ordinario termine decadenziale.

A fronte di tale regola dai confini definitori piuttosto incerti (difficile è infatti quantificare l'intensità di un collegamento e, sulla base di ciò, affermare se l'invalidità è meramente viziante o caducante) è la prassi ad aver chiarito quando l'annullamento è travolgente. E così è noto tra gli interpreti che: tra la dichiarazione di pubblica utilità e il decreto di esproprio corre un rapporto di necessaria presupposizione, tale per cui l'annullamento del primo non ha sul secondo effetti meramente vizianti, bensì caducanti²⁰; il ricorrente che ha impugnato l'esclusione di un concorso pubblico cui ha partecipato, a seguito della pubblicazione della graduatoria di merito ha l'onere di impugnare anche tale provvedimento, non potendosi ritenere che un eventuale annullamento del provvedimento di esclusione possa avere un effetto caducante della graduatoria stessa²¹; con riferimento alle procedure di gara pubbliche, l'annullamento del bando comporta l'automatica caducazione del provvedimento di aggiudicazione, secondo lo schema dell'invalidità ad effetto caducante, pertanto in caso di ricorso avverso il bando di gara il ricorrente non è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione²². E molti altri potrebbero essere gli esempi tratti dalla giurisprudenza amministrativa.

Da quanto si è detto fin qui si vede chiaramente quale sia il modello di riferimento che sta alla base degli effetti *ultra partes* del giudicato amministrativo.

19 Cfr. ancora E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi*, cit., 638.

20 Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 2010, n. 1540.

21 Cons. Stato, Sez. VII, 12 maggio 2022, n. 2158

22 Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2021, n. 3538

Nell'ipotesi dell'invalidità caducante, la connessione che rileva è, come si è detto, quella tra atto presupposto e presupponente, per cui non avrebbe alcun senso logico che sopravviva l'atto a valle, se quello a monte è stato annullato. Nel caso che ci riguarda in questa sede (effetti del giudicato in deroga all'art. 2909 cod. civ.), il legame che viene valorizzato è quello tra i vari destinatari dell'atto, per cui sarebbe illogico e inconcepibile che posizioni identiche vengano trattate in modo diverso, per il sol fatto che alcuni hanno impugnato un provvedimento e altri no.

5. *L'incertezza sugli effetti 'ultra partes': la tutela dei controinteressati inconsapevoli*

Si è cercato di inquadrare dal punto di vista dogmatico quali siano i riferimenti teorici su cui poggia l'affermazione di effetti *ultra partes* derivanti dal giudicato amministrativo: il che aiuta a comprendere come possano essere risolte alcune questioni problematiche che il fenomeno pone.

Si è detto sopra che da tempo la dottrina afferma che vi sono due ipotesi in cui è ammessa una deroga all'art. 2909 cod. civ:

- per gli atti indivisibili, ossia gli atti che provvedono unitariamente e indivisibilmente nei confronti di un complesso di individui, non considerati *uti singuli*, ma come esponenti di un complesso unitario e inscindibile;
- per i regolamenti e gli atti generali²³.

E il Consiglio di Stato, da una quindicina d'anni, ha specificato quattro fattispecie in cui il giudicato si estende oltre il novero delle parti processuali. Ciò accade in caso di:

- a. annullamento di un regolamento;
- b. annullamento di un atto plurimo inscindibile;
- c. annullamento di un atto plurimo scindibile, se il ricorso viene accolto per un vizio comune alla posizione di tutti i destinatari
- d. l'annullamento di un atto che provvede unitariamente nei confronti di un complesso di soggetti.

Come si vede, il riconoscimento di effetti *ultra partes* al giudicato di annullamento è connesso al riconoscimento che il provvedimento annullato sia inscindibile o indivisibile ovvero generale. Dottrina e giurisprudenza, tuttavia, non hanno elaborato una definizione unitaria²⁴ di indivisibilità e sovente ricorrono a un approccio casistico.

23 Così P. VIRGA, *Diritto Amministrativo – Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 393 s.

24 Per una ricostruzione sul punto si veda P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990, 225 e ss. Cfr. R. CARANTA, *Atto collettivo, atto plurimo e limiti soggettivi del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Giust. civ.*, 1989, IV, 916, ove si chiarisce che l'«inscindibilità dell'atto in sé pare quindi tradursi nell'indivisibilità del termine passivo, oggetto, o destinatario ... dell'atto», precisando che «[n]on si tratta peraltro dell'unica soluzione astrattamente possibile: l'indivisibilità potrebbe altrettanto bene essere riferita al contenuto e, oppure, alle finalità dell'atto».

Un caso recente affrontato dalla giurisprudenza è la qualificazione del bando di gara suddivisa in lotti. Il Giudice amministrativo ha affermato che «possono astrattamente darsi tre possibilità:

1. è sempre e comunque una gara ‘unica’, sì che anche il bando è, quindi, sempre unico;
2. è sempre e comunque un insieme di gare autonome, sì che il bando, per quanto formalmente e documentalmente ‘comune’, non è unico, ma è come se vi fossero ‘tanti bandi’ per ciascun lotto, quale atto ‘ad oggetto plurimo’;
3. è potenzialmente caratterizzata da una pluralità di procedure autonome, ancorché non del tutto indipendenti tra loro, salvo i casi in cui, i singoli lotti, sulla scorta della presenza di una serie di indici oggettivi e soggettivi, vengano ad essere strettamente correlati tra loro sul piano strutturale, funzionale e, in prospettiva (del contratto pubblico da stipulare), negoziale»²⁵.

Quel Collegio ha optato per quest’ultima soluzione, ma la stessa è stata stigmatizzata dal Consiglio di Stato, che ha ritenuto di non condividere l’approccio ‘relativistico’ utilizzato dal primo giudice, «attraverso il quale si finisce per rimettere alla valutazione dell’interprete, chiamato caso per caso alla verifica della natura unitaria o non della procedura di gara, una serie di ricadute di estremo rilievo con riguardo all’efficacia ‘esterna’ della sentenza di annullamento di un bando di gara»²⁶.

Tuttavia, nemmeno il Consiglio di Stato è riuscito a fornire una definizione che dipani i dubbi. Si vede dunque come il criterio che sta alla base dell’applicazione del principio di efficacia *ultra partes* del giudicato sia minato alla radice, dipendendo «da valutazioni ampiamente soggettive del singolo interprete, non offrendo sicurezza e prevedibilità agli operatori giuridici, esposti a oscillanti qualificazioni giurisprudenziali pur al cospetto di analoghe tipologie di provvedimenti»²⁷. E già tale preliminare conclusione dovrebbe indurre a mettere in discussione la regola sancita dall’art. 2909 cod. civ. Il secondo tema da affrontare riguarda la tutela dei controinteressati: ci si riferisce qui a quei soggetti che hanno interesse al mantenimento dei provvedimenti amministrativi che dovrebbero considerarsi caducati in conseguenza degli effetti *ultra partes* del giudicato. Il tema è noto agli studiosi dell’invalidità caducante. Circa trent’anni fa il Consiglio di Stato sosteneva che «l’art. 24 della Costituzione non consente che una pronuncia giurisdizionale (anche del giudice amministrativo) possa arrecare pregiudizio a colui che non ha potuto difendersi nel corso del processo»²⁸. Pertanto, «non può esservi alcuna portata caducante quando all’impugnativa del bando di un concorso o di una gara (non notificata ad alcuno) segua la nomina del vincitore o l’aggiudicazione. Infatti, la caducazione degli effetti della nomina o dell’aggiudicazione non può

25 Così T.A.R. Veneto, Sez. III, 7 marzo 2024, n. 417.

26 Così Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2024, n. 8171.

27 Cfr. S. VACCARI, *Brevi riflessioni*, cit.

28 Cons. Stato, Sez. V, 7 maggio 1994, n. 447.

giuridicamente seguire l'annullamento del bando, poiché non può ammettersi che il vincitore di un concorso o di una gara subisca un pregiudizio (cioè la perdita del posto di lavoro o della pretesa di concludere un contratto) in conseguenza dell'annullamento del bando di concorso o di gara (a seguito di un giudizio di cui non è parte necessaria e di cui può anche non avere conoscenza)»²⁹. Per tale ragione «la caducazione degli effetti della nomina o della aggiudicazione si ha quando il giudice amministrativo annulla la graduatoria finale del concorso (anche per ché i soggetti utilmente inseriti nella graduatoria, in quanto controinteressati, posso operare le loro difese nel corso del giudizio proposto avverso la graduatoria), e non anche quando l'impugnativa concerne esclusivamente il bando di concorso»³⁰. Questo ragionamento aveva portato all'emersione di un orientamento giurisprudenziale, per cui, pur accogliendo il principio dell'immediata caducazione dell'atto consequenziale quale effetto della sentenza di annullamento del provvedimento presupposto, ne escludeva l'operatività «quando l'atto consequenziale abbia conferito un bene, una utilità o uno status ad un soggetto che non è qualificabile come parte necessaria del giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto»³¹. Tuttavia, tale approccio è rimasto minoritario, risultando viceversa dominante quello che ammette, nei casi e alle condizioni anzidette, la caducazione automatica dei provvedimenti 'a valle', a prescindere da chi abbia interesse al loro mantenimento. Analoga questione si ha anche con riguardo agli effetti *ultra partes* del giudicato. In un recente caso deciso dal Consiglio di Stato, il Collegio si è trovato a decidere una questione molto intricata: qualche mese prima, il medesimo Giudice aveva accolto l'appello di un operatore economico che aveva impugnato l'aggiudicazione di un lotto di una gara e contestualmente il bando della medesima procedura. Precisamente, in quella sede erano stati accolti i motivi aventi a oggetto l'impugnativa del bando.

Le concorrenti non vincitrici negli altri lotti hanno invocato quella sentenza per ottenere l'annullamento in autotutela delle aggiudicazioni degli altri lotti e il Consiglio di Stato ha accertato il fondamento della loro pretesa: ha ritenuto che non vi è differenza tra l'annullamento del bando con riguardo a un singolo lotto o con riferimento a tutti quelli in cui la procedura è suddivisa, trattandosi di atto amministrativo generale, la cui caducazione produce effetti *erga omnes*. Facendo applicazione dell'orientamento giurisprudenziale per cui all'annullamento del bando segue in via automatica la caducazione delle aggiudicazioni, quello stesso giudice ha altresì stabilito che i provvedimenti di aggiudicazione di tutti i lotti, gravati o meno davanti al giudice amministrativo, dovessero intendersi inefficaci a causa dell'annullamento dell'atto a monte (il bando). E ciò benché nel giudizio che aveva portato all'annullamento del bando fosse parte necessaria il solo aggiudicatario di quel certo lotto e non anche gli aggiudicatari degli altri.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 C.G.A.R.S., 18 maggio 1996, n. 154.

In un caso come questo si vede come scolori la tradizionale ‘postilla’ che viene aggiunta al termine dell’enunciazione degli effetti *ultra partes* del giudicato, per cui il terzo non ricorrente può al massimo giovare del ‘fatto storico’ dell’annullamento di un provvedimento inscindibile, ma non dell’accertamento delle ragioni giuridiche (da cui dipendono i conseguenti vincoli conformativi e preclusivi) in forza delle quali il giudice ha pronunciato la sentenza di annullamento: difatti, «nei confronti di coloro che non hanno proposto ricorso, restano ... fermi gli effetti dei provvedimenti applicativi già emessi dall’amministrazione prima dell’annullamento di una norma regolamentare o di un atto generale: il loro vizio (di illegittimità derivata dall’atto normativo o generale) può dare luogo all’annullamento, purché essi siano stati ritualmente impugnati ... Viceversa, quando il provvedimento annullato abbia natura di atto plurimo (divisibile o scindibile), solo il ricorrente può giovare della sentenza di annullamento. Ciò avviene quando un solo atto disponga l’esclusione di più candidati da un concorso o di più imprese da una gara d’appalto, ovvero l’inquadramento di più dipendenti in una certa qualifica funzionale: la sentenza di annullamento (anche se essa non lo precisa) giova solo al ricorrente»³². Benché sia innegabile che al terzo non ricorrente sia precluso lo strumento dell’ottemperanza, certamente egli può proporre un’istanza di autotutela e domandare all’amministrazione di provvedere a seguito di una certa sentenza su tutte le situazioni analoghe a quella decisa dal giudice, ponendole l’arduo compito di giustificare trattamenti diversi tra soggetti portatori di interessi identici (rilevanti perché sintomatici dell’eccesso di potere).

Pertanto, è certamente vero che, formalmente, il terzo non ricorrente non può far valere i vincoli conformativi derivanti dalla caducazione dell’atto illegittimo, analogamente a quel che accade nel caso in cui l’amministrazione avesse agito in autotutela³³ (e, conseguentemente, i terzi non ricorrenti non possano far valere la nullità dei provvedimenti adottati in sede di riedizione del potere amministrativo per asserito contrasto con la cosa giudicata, siccome afferente a una sentenza resa tra altri e avente, dunque, efficacia di accertamento – solo – tra le rispettive parti processuali).

32 Così L. MARUOTTI, *Il giudicato*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G. P. Cirillo, in *Tr. dir. amm.* diretto da G. Santaniello, Milano, 2014, 1044 s.

33 Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 389 s., ove si evidenzia come alla giurisprudenza favorevole a riconoscere al giudicato amministrativo di annullamento di atti inscindibili o indivisibili un’efficacia *ultra partes* o *erga omnes* si «opponesse chi propone di affrontare i problemi creati dall’annullamento di atti indivisibili attraverso la distinzione generale fra effetti dell’annullamento e autorità del giudicato». In altri termini, la sentenza di annullamento di un provvedimento con effetti ‘inscindibili’ «travolge tutte le utilità assegnate dall’atto annullato e, quindi, necessariamente coinvolge anche tutti i soggetti che ne fossero titolari: ciò attiene però agli effetti dell’annullamento». Diversamente, il giudicato «ha autorità (‘fa stato’) solo fra le parti processuali (nonché i loro eredi e aventi causa)», con la conseguenza che «a quanti non siano anche stati parti nel giudizio, non potrebbe essere opposto il giudicato: essi possono risentire, invece, degli effetti dell’annullamento». Cfr. A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, IV, 932, nella parte in cui – criticando la giurisprudenza richiamata in corpo – sostiene che l’annullamento dell’atto impugnato fa stato solo nei confronti delle parti; nei confronti dei terzi comporta la cessazione degli effetti dell’atto amministrativo, ma senza alcun vincolo di accertamento».

Tuttavia è innegabile che il precedente giudicato di annullamento reso tra altre parti potrà assumere il valore di ‘fatto’ o di argomento di prova a supporto di eventuali censure sull’azione o sul silenzio dell’amministrazione (che può essere sindacato, ad esempio, con un’azione di accertamento³⁴): il giudicato non è fonte di vincoli conformativi o preclusivi cogenti a pena di nullità delle determinazioni amministrative difformi, ma è sicuro indice per argomentare dell’illegittimità dei provvedimenti amministrativi assunti (ad esempio, in sede di autotutela) a seguito del giudicato.

Come si può vedere, i principi consacrati negli artt. 324 cod. proc. civ. e 2909 cod. civ. non sono più così granitici e finiscono per sgretolarsi di fronte ad argomenti di natura logica, dai quali dovrebbero essere immuni. Non fosse altro per il fatto che la regola opposta coniata in dottrina e perfezionata dalla giurisprudenza è tutt’altro che pacificamente applicabile: poggia su definizioni incerte e non tutela soggetti inconsapevoli di essere controinteressati (perché non evocati in giudizi i cui effetti *ultra partes* potrebbero svantaggiarli). Ad avviso di chi scrive, il problema è genetico: l’estensione dell’efficacia soggettiva – come è stato autorevolmente osservato – poggia «sull’attribuzione di rilievo decisivo, ai fini della determinazione della sfera di efficacia soggettiva della sentenza di annullamento, al contenuto costitutivo di questa, tralasciando però di considerare da un lato che l’eliminazione giuridica dell’atto impugnato, se richiesta da taluno soltanto dei soggetti legittimati e interessati alla sua impugnazione, dovrebbe produrre effetti nei confronti soltanto di chi quella modificazione giudiziale abbia richiesto, e dall’altro lato che la giurisprudenza amministrativa è decisamente orientata nel senso di escludere che possano agire per l’ottemperanza a una sentenza di annullamento i soggetti che, pur legittimati all’impugnazione dell’atto, non se ne siano però gravati e siano quindi rimasti estranei al giudizio definito con quella sentenza»³⁵.

Se questi sono i presupposti su cui si fondano il processo civile e quello amministrativo, gli effetti *ultra partes* del giudicato non possono avere cittadinanza, anche a costo di ammettere risultati illogici (anche se perfettamente coerenti con le scelte di chi ha agito in giudizio e di chi invece non l’ha fatto).

Se tuttavia risulta inconcepibile l’idea che un certo provvedimento possa non esistere più per coloro che si sono lamentati della sua illegittimità e ne hanno ottenuto l’annullamento e che possa continuare a spiegare effetti per quei destinatari che non lo hanno impugnato, allora andrà ripensata la categoria dei controinteressati, che dovrà includere anche tutti quei soggetti che hanno un interesse a mantenere saldi i provvedimenti che verrebbero caducati per gli effetti *ultra partes* del giudicato di annullamento³⁶ e tali soggetti dovranno entrare nel processo, se del caso, *iussu iudicis*, rimanendo

34 Così T.A.R. Veneto, n. 417/2024 cit.

35 Così C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2020, 630.

36 Senza che si possa obiettare – come una certa giurisprudenza ha fatto (T.A.R. Veneto n. 417/2024 cit.) – che tali controinteressati sarebbero protetti dall’opposizione di terzo. Come ha affermato D. CORLETTI, voce *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, proprio l’esistenza di tale rimedio ha come effetto «quello di mettere al centro dell’attenzione la necessità,

quest'ultimo il garante del contraddittorio tra tutti coloro che hanno un interesse alla caducazione ovvero al mantenimento di un certo provvedimento amministrativo.

ABSTRACT: La dottrina e la giurisprudenza amministrative conoscono sia la regola dettata dall'art. 2909 cod. civ., per cui la sentenza passata in giudicato spiega effetti solo tra chi è stato parte del giudizio, sia il principio opposto, per cui una decisione del giudice amministrativo può spiegare effetti *ultra partes*, nei confronti di soggetti e rapporti che il giudice non ha conosciuto, ma che sono intrinsecamente collegati alla vicenda decisa con sentenza. Il contributo mira a mettere in luce le problematiche che tale orientamento pone in tutti coloro che, controinteressati inconsapevoli, finiscono per essere lesi da una decisione assunta in un processo di cui non erano parte.

PAROLE CHIAVE: Giudicato – Effetti *ultra partes* dell'annullamento giurisdizionale – Invalidità ad effetto caducante – Invalidità ad effetto viziante - Controinteressato.

costituzionale e logica, di disporre di efficaci meccanismi 'preventivi' di partecipazione, che rendano in ultima analisi normalmente superfluo quello stesso rimedio».

Ilaria Camerra

ESEGESI DEI CONCETTI DI CRISI, INSOLVENZA E SOVRAINDEBITAMENTO:
I NUOVI CONFINI DEI DIVERSI PRESUPPOSTI DI ACCESSO
ALLE PROCEDURE CONCORSUALI

SOMMARIO: 1. Il contesto nel quale si inquadra l'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. – 2. L'evoluzione normativa e interpretativa del concetto d'insolvenza. – 3. La crisi come fase iniziale e prodromica del processo degenerativo che conduce all'insolvenza. – 4. L'evoluzione normativa del concetto di sovraindebitamento e il superamento del suo carattere prettamente patrimoniale. – 5. Conclusioni. Critica alla codificazione di diversi presupposti di accesso alle procedure concorsuali.

1. *Il contesto nel quale si inquadra l'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.*

Il diritto concorsuale è uno dei settori giuridici maggiormente sensibili alle mutazioni della realtà economica e sociale e, per tale ragione, negli ultimi decenni è stato oggetto di una incessante attività legislativa. Inoltre, questa branca del diritto si è storicamente contraddistinta per il costante apporto della giurisprudenza e della dottrina, le quali hanno coadiuvato il legislatore nell'attività di adattamento della normativa interna alle direttive comunitarie e alle nuove esigenze del mercato.

La crisi economica globale e l'erosione del *welfare* hanno difatti provocato un drastico aumento dell'indebitamento privato e del ricorso al credito di consumo, sia tra le persone fisiche che giuridiche, evidenziando l'inadeguatezza delle procedure concorsuali vigenti nel rispondere alle problematiche connesse al 'fallimento' delle imprese e al sovraindebitamento dei soggetti non fallibili e, dunque, l'esigenza di proporre nuovi strumenti giuridici (processuali e stragiudiziali) che consentissero il risanamento delle attività commerciali e l'esdebitazione dei debitori civili, al fine di garantire il loro reinserimento nel sistema economico.

In questo panorama si è inserita la Direttiva (UE) 2019/1023, che ha imposto agli Stati membri di adottare misure volte ad incentivare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione delle imprese e delle posizioni debitorie delle persone fisiche, misure che devono sostanziarsi nel risanamento delle attività aziendali e nell'esdebitazione dei debitori civili. L'ordinamento italiano, sulla spinta del legislatore europeo, ha pertanto realizzato una storica riforma del diritto concorsuale, culminata con l'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e articolata lungo due principali direttrici, ovvero il passaggio dalla logica sanzionatoria alla logica rimediabile e l'elevazione della ristrutturazione del debito e dell'impresa ad interesse primario da perseguire,

così garantendo una gestione tempestiva della crisi, che impedisca la liquidazione del patrimonio e lo smantellamento dell'impresa.

Si evince nitidamente che, a guidare l'attività legislativa odierna, sono le esigenze del mercato e dell'economia capitalistica, le quali richiedono che la c.d. ruota del consumo continui a girare; affinché tale meccanismo funzioni, si è resa necessaria l'introduzione di misure che consentissero al debitore di abbandonare al più presto la sua condizione di sovraindebitato o insolvente per essere nuovamente riposto nel circuito finanziario e quindi annoverato tra i consumatori con potere d'acquisto, anche a costo di sacrificare gli interessi dei suoi creditori.

L'emergere di due nuovi e dichiarati interessi fondamentali, quali la continuità dell'attività d'impresa e l'esdebitazione del debitore civile, dimostra come anche il legislatore italiano si stia conformando alla cultura giuridica *market oriented*, alla quale hanno aderito altri ordinamenti continentali, ove viene privilegiata la tutela dell'imprenditorialità e del 'valore impresa' e, di riflesso, l'economia nazionale.

La rivoluzionaria conseguenza di queste scelte normative è il declino del primato del credito, che ha tradizionalmente connotato il sistema civilistico italiano, ma che ora cede di fronte alle esigenze di tutela del mercato e di ristrutturazione del debito.

2. *L'evoluzione normativa e interpretativa del concetto d'insolvenza.*

Il nuovo Codice prevede tre diversi presupposti oggettivi di accesso alle procedure concorsuali ivi disciplinate – crisi, insolvenza e sovraindebitamento –, i cui confini non sono, tuttavia, delineati nitidamente. Per tale ragione, si reputa utile operare l'esegesi di tali concetti, esaminando la loro evoluzione normativa fino all'ultimo approdo legislativo rappresentato, appunto, dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

L'insolvenza viene, in termini generali, qualificata dalla dottrina come l'incapacità del debitore di adempiere regolarmente¹ ai propri debiti, ovvero l'incapacità di soddisfare le proprie obbligazioni.

L'insolvenza sembra costituire, quindi, una condizione soggettiva di impotenza² protratta nel tempo³. L'art. 5 l. fall.⁴, nel disporre che «l'imprenditore che si trova in

1 La locuzione 'regolarmente' sta a significare l'adempimento alla scadenza dei debiti e con le risorse ordinariamente disponibili. Tuttavia, sul significato di questo avverbio la dottrina è da sempre divisa: alcuni autori opinano che i pagamenti sono regolari soltanto se eseguiti in modo tempestivo ed esatto, in conformità con l'art. 1218 cod. civ.; altri autori affermano, invece, che la regolarità sarebbe riferita alla normalità degli strumenti solutori.

2 L'impotenza in cui versa il debitore integra uno stato o una condizione dello stesso, che nel tempo è destinata a divenire la caratteristica base delle sue condotte nell'ambito dei rapporti obbligatori. Nel concetto di impotenza si scorge anche la dimensione temporale del fenomeno, che permette di figurare il processo degenerativo in cui consiste l'odierna concezione di insolvenza.

3 Questo la distingue dalla precedente qualificazione dell'insolvenza, come cessazione dei pagamenti, per la quale era sufficiente la valutazione di una situazione passata. Per un approfondimento sull'originaria concezione dell'insolvenza si rinvia a F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, 108 ss.

4 Denominazione con cui universalmente ci si riferisce al R.D. n. 267 del 16.3.1942, a cui si deve il merito di aver introdotto un nuovo presupposto oggettivo, ovvero l'insolvenza, e di aver previsto altre

stato d'insolvenza è dichiarato fallito»⁵, definiva lo stato d'insolvenza come «inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni», attribuendo così rilievo giuridico ai fatti che determinano la crisi irreversibile dell'impresa⁶, o meglio, all'incapacità dell'imprenditore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni e alla loro esteriorizzazione. Ne discende che, ai sensi della disciplina in vigore fino al 2022, l'insolvenza – come sopra descritta – costituiva il presupposto oggettivo radicato a fondamento dell'intero sistema concorsuale, connotato dalla irreversibilità della situazione patologica in cui è incorso l'imprenditore. In altri termini, a partire dal 1942 e fino al 2022, il concetto giuridico di insolvenza coincideva con l'incapacità economica e finanziaria in cui versava l'imprenditore impossibilitato ad adempiere regolarmente e tempestivamente alle proprie obbligazioni, a causa della carenza del credito e della liquidità necessari per la prosecuzione dell'attività d'impresa⁷.

Dall'esegesi che la dottrina ha nel tempo compiuto dell'art. 5 l. fall. sono derivati molteplici filoni di pensiero⁸, i quali si sono focalizzati sui vari profili dell'insolvenza, così delineando tre diverse impostazioni fondate alternativamente sulla dimensione patrimoniale dell'impresa, o su quella finanziaria, o sul profilo personalistico dell'insolvenza.

Per quanto attiene all'indirizzo incentrato sulla dimensione finanziaria dell'impresa, va subito precisato come esso interessi soprattutto gli economisti e l'attività che questi sono chiamati a compiere. A differenza del giurista, l'economista lavora sulle cause e sui profili sostanziali e qualitativi della crisi, elaborando strumenti concettuali indispensabili per l'applicazione dei criteri normativi. Con la propria attività incentrata sulla situazione finanziaria dell'impresa e sugli indici di liquidità, la categoria degli economisti ha influenzato parte della giurisprudenza, che ha definito l'insolvenza come 'crisi finanziaria irreversibile'. Questa nozione non viene tuttavia ben vista dalla maggioranza dei giuristi, poiché determina uno scorretto restringimento del campo

procedure concorsuali, alternative al fallimento, come il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa. Tutte le menzionate procedure erano accumulate dall'obiettivo di garantire la conservazione e il risanamento dell'impresa, o la liquidazione della stessa.

5 Tale disposizione rappresentava una svolta eccezionale rispetto al precedente regime legislativo, poiché l'ormai abrogato Codice del Commercio del 1882 prevedeva che il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento non fosse l'insolvenza, bensì 'la cessazione dei pagamenti' (per una dettagliata ricostruzione comparatistica dei due codici si rimanda a G. TERRANOVA, *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento*, Torino, 2013, 30 ss.).

6 La legge fallimentare (R.D. n. 267 del 16.3.1942) tratta soltanto dello stato di insolvenza conseguente alla crisi dell'impresa, intesa come attività economica organizzata, mentre non contiene alcun riferimento all'insolvenza civile, che ha trovato disciplina soltanto in epoca recente con l'introduzione della l. n. 3 del 27.1.2012.

7 Ai fini di questo ragionamento, si rammenta che l'impresa è un'attività organizzata basata sull'esistenza di flussi di cassa e quindi connotata da un notevole dinamismo.

8 Questi scaturiscono da una rilevante operazione interpretativa, in chiave critica, del disposto normativo di cui all'art. 5 l. fall.: disciplina che, si ribadisce, essere oramai superata per effetto dell'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

di applicazione della norma in esame, con il conseguente rischio di non permettere la tempestiva attivazione delle misure disposte in tutela della continuità aziendale e della ristrutturazione del debito⁹.

Secondo il prevalente orientamento di stampo patrimoniale¹⁰, l'insolvenza viene qualificata come l'incapacità patrimoniale di un soggetto di adempiere alle proprie obbligazioni e si distingue dall'inadempimento, inteso quale fatto che incide su un determinato rapporto obbligatorio, poiché costituisce piuttosto uno stato (di perdita) in cui versa l'intero patrimonio del debitore e da cui deriva grave pregiudizio per tutto il ceto creditorio ed una correlata conflittualità plurisoggettiva¹¹.

La teoria personalistica¹² ricostruisce invece il concetto di insolvenza basandosi sulla condotta del debitore¹³ permanentemente incapace di adempiere alle proprie obbligazioni, concentrandosi pertanto sui singoli adempimenti e sulle singole avvisaglie dell'insolvenza, senza eseguire alcuna valutazione globale sull'attività imprenditoriale, come al contrario vorrebbe l'art. 5 l. fall.¹⁴.

Emerge, quindi, chiaramente come le tesi appena esposte si differenzino sul versante della relazione sussistente tra insolvenza e impresa. Contrariamente all'opinione maggioritaria, essendo pacificamente definita l'impresa come l'attività economica esercitata dall'imprenditore, il cui requisito essenziale è la dinamicità, appare preferibile accertare lo stato d'insolvenza sulla base di un parametro altrettanto dinamico, quale appunto la dimensione finanziaria dell'impresa, piuttosto che su indicatori statici di carattere patrimoniale¹⁵.

9 Per una più dettagliata analisi delle controindicazioni derivanti dall'adesione a questa tesi, si veda G. TERRANOVA, *Insolvenza*, cit., 79 ss.

10 Tale indirizzo interpretativo origina da G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, Milano, 1923, 4, il quale affermava che «l'insolvenza è un modo di essere del debitore o, più esattamente, del suo patrimonio, non già in rapporto ad un singolo determinato creditore ma in rapporto ai creditori tutti, alla collettività dei creditori, mentre l'inadempienza è un modo di comportarsi di fronte ad un dato creditore» e viene nel tempo sostenuto da altri autorevoli autori, *inter alios*, G.U. TEDESCHI, *Manuale di Diritto fallimentare*, Padova, 2001; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1988; S. SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996; F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995. Va, tuttavia, precisato che questo filone dottrinale risulta alquanto frammentato al suo interno e ciò è imputabile al fatto che alcuni autori pongono al centro della loro riflessione l'impresa e le sue articolazioni, mentre altri si concentrano sulla situazione patrimoniale del debitore.

11 Per un'attenta disamina della teoria patrimonialistica si rimanda a G. TERRANOVA, *Lo stato d'insolvenza*, Torino, 1998, 17 ss.

12 Esponenti di questo orientamento sono R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974 e G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994.

13 Tale dottrina, seppur incentrata sul profilo soggettivo dell'insolvenza, non trascurava di considerare la situazione oggettiva sottesa all'applicazione della correlata disciplina, la quale viene ricondotta all'incapacità finanziaria dell'impresa, ossia al difetto di liquidità dell'imprenditore.

14 Per un approfondimento sui punti di forza e sulle criticità della teoria personalistica, si rinvia a G. TERRANOVA, *Lo stato*, cit., 13 ss.

15 Nuovamente V. DE SENSI, *Il concetto di insolvenza*, in *Archivio Ceradi*, 2004, 6.

Non sono, infine, mancati i tentativi di costruire un nuovo concetto di insolvenza fondendo la teoria patrimonialistica e quella personalistica attraverso l'accostamento degli elementi più significativi di entrambe¹⁶. Tale elaborazione¹⁷ ha il pregio di aver attribuito rango centrale sia alla collaborazione del debitore nell'adempimento, quale fattore essenziale per l'accertamento dello stato di insolvenza (riprendendo così la teoria personalistica che pone l'attenzione sulla valutazione della condotta del debitore e quindi sulle cause non patrimoniali del dissesto), sia al ruolo degli inadempimenti e degli altri fatti che costituiscono segnali della crisi patrimoniale (in richiamo alla tesi patrimonialistica).

Va inoltre segnalato che la giurisprudenza ha incoerentemente aderito a fasi alterne alle varie teorie, causando notevoli problemi pratici, ma che attualmente risulta piuttosto assestata in favore dell'orientamento personalistico e procede, dunque, all'accertamento dello stato di insolvenza mediante una valutazione incentrata sulla condotta del debitore piuttosto che sulla consistenza del suo patrimonio¹⁸.

Dalle valutazioni giurisprudenziali emerge altresì la tendenza a misurare l'insolvenza sul piano relazionale, ovvero sulla base del rapporto che sussiste tra il debitore e tutti i suoi creditori, in quanto la relazione in oggetto non attiene al singolo rapporto obbligatorio, bensì al funzionamento del mercato, quale contesto in cui si sviluppano tutti i rapporti economici.

Ad ogni modo, il nodo più complesso da sciogliere per giungere a circoscrivere una nozione teorica di insolvenza riguarda il rapporto di dipendenza tra l'impossibilità di adempiere e lo stato d'insufficienza patrimoniale. Se è vero che la norma delineata dall'art. 5 l. fall. non accenna minimamente alle condizioni economiche dell'obbligato, va però osservato che la tesi che vorrebbe l'insufficienza patrimoniale del debitore come necessario presupposto per il realizzarsi di uno stato d'insolvenza appare la più compatibile con il disposto dell'art. 2740 cod. civ., poiché soltanto l'incapienza del patrimonio rispetto ai debiti assunti giustifica l'applicazione delle misure coercitive predisposte dall'ordinamento a garanzia del principio di responsabilità patrimoniale¹⁹.

Tuttavia, il filone giurisprudenziale che limita l'insolvenza dell'impresa in liquidazione all'insufficienza patrimoniale deve dirsi oramai superato in ragione dell'introduzione

16 Il riferimento è all'opera di G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, in *Le procedure concorsuali, Il fallimento, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa*, Torino, 1997, I, alla cui osservazione ha aderito anche V. DE SENSI, *Il concetto*, cit.

17 Lo sviluppo di questa ulteriore teoria è stato possibile perché le due impostazioni, dalla cui fusione sorge, presentano molteplici profili di sovrapposizione dal punto di vista argomentativo.

18 V. DE SENSI, *Il concetto*, cit., 9 ss. individua correttamente i cardini dell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 5 l. fall.: l'irrilevanza della superiorità dell'attivo sul passivo patrimoniale nell'escludere lo stato di insolvenza e, viceversa, l'approccio effettuale all'insolvenza, che viene quindi intesa come quel momento in cui si manifesta la crisi dell'impresa e in cui si verifica una diminuzione della liquidità tale da impedire all'imprenditore di soddisfare le pretese creditorie e la considerazione dell'insolvenza come illiquidità, ossia come definitiva impossibilità di adempiere alle obbligazioni.

19 Così si esprime G. TERRANOVA, *Lo stato*, cit., 31 ss.

della disciplina del sovraindebitamento, la quale confuta tale ricostruzione ed impone di preferire la soluzione della procedura concorsuale fondata sulla regola della parità di trattamento tra i creditori, anche nel caso in cui vi sia un patrimonio capiente e prontamente liquidabile.

Traslando le osservazioni teoriche sinora elaborate nel contesto del nuovo Codice, è necessario, in prima istanza, tracciare una netta divisione tra i concetti di ‘crisi d’impresa’ e ‘insolvenza del debitore’²⁰: il primo si riferisce alla disfunzione di un’attività economica, mentre il secondo attiene all’incapacità economica di un soggetto di pagare i propri debiti (c.d. impotenza economica)²¹.

Se la precedente classificazione può dirsi pressoché intuitiva, alquanto più confusa e sottile risulta invece la distinzione tra sovraindebitamento e insolvenza²² (commerciale), considerato che entrambi i concetti attengono all’impotenza economica del debitore ed operano nel medesimo contesto, con la conseguenza che tendono ad essere confusi e sovrapposti²³.

Il dato certo da cui partire è, dunque, che con il termine ‘insolvenza’ si fa riferimento allo stato soggettivo d’impotenza del debitore che non è più capace di adempiere

20 La contrapposizione tra questi due concetti emerge già dalla titolazione del nuovo Codice, ove la crisi riferita all’impresa si differenzia dall’insolvenza riferita al debitore (anche civile). Da questo dato, apparentemente poco significativo, si scorge l’autentica organizzazione del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, composto da due diversi settori accumulati soltanto dalla regola dell’esecuzione concorsuale collettiva: quest’ultima rappresenta, del resto, l’unico mezzo possibile per assicurare la tutela dei creditori ed impedire il moltiplicarsi di singole e scollegate esecuzioni individuali sul patrimonio del debitore.

21 Se ne deduce che il diritto del sovraindebitamento è un diritto di esecuzione coattiva sul patrimonio responsabile del singolo debitore e di correlata esdebitazione di quest’ultimo, mentre il diritto della crisi d’impresa è focalizzato sull’attività d’impresa e sulla specifica fase – di crisi, appunto – in cui essa versa.

22 L’intento di queste classificazioni è quello di ridurre il più possibile la vaghezza e l’incertezza che regna intorno a questi concetti, ma nella consapevolezza che non sia attualmente possibile giungere ad una loro nitida definizione. Tale conclusione appare inevitabile, considerato che la più autorevole dottrina ha rilevato la difficoltà definitoria di tali istituti giuridici e lamentato l’incapacità del legislatore italiano di circoscrivere chiaramente i presupposti di accesso alle procedure concorsuali e del sovraindebitamento, in ragione dell’eccessiva (e pertanto insanabile) indeterminatezza dei concetti di insolvenza e sovraindebitamento. La situazione è stata ulteriormente aggravata dall’inserimento nel nuovo Codice del concetto onnicomprensivo e indecifrabile di ‘crisi’.

23 Tale confusione è tipica dell’ordinamento italiano, poiché questo ha storicamente considerato soltanto l’insolvenza commerciale, riconoscendo solo nell’ultimo decennio l’esistenza dell’insolvenza civile; al contrario, negli ordinamenti in cui quest’ultima ha sempre avuto adeguato riconoscimento, il concetto di sovraindebitamento gode di una portata più generale, che ricomprende anche il patrimonio d’impresa. Ad esempio, l’ordinamento tedesco, ai fini della realizzazione dello stato di insolvenza, richiede anche lo stato oggettivo dello sbilanciamento patrimoniale, inteso come l’insufficienza dell’attivo patrimoniale a saldare tutti i debiti (sovraindebitamento o ‘Überschuldung’), oltre allo stato di cessazione dei pagamenti (‘Zahlungsunfähigkeit’). Un’ulteriore conferma di tale ricostruzione è rappresentata dalla *Direttiva Insolvency*, che chiede agli Stati membri di disciplinare la crisi, intesa come ‘pericolo di insolvenza’, ossia come difficoltà finanziaria temporanea e superabile: concetti questi ultimi che presuppongono un individuo e non un’impresa nella qualità di debitore.

alle proprie obbligazioni; tuttavia, tale definizione non permette di sciogliere il nodo dell'eccessiva indeterminatezza e vaghezza che ruota attorno a queste nozioni.

La difficoltà che si incontra nel ricostruire una nozione precisa d'insolvenza è imputabile principalmente all'attitudine processuale della stessa: l'insolvenza costituisce una degenerazione dello stato di crisi, in corrispondenza del quale viene meno la possibilità di risanare l'impresa o la posizione debitoria del soggetto non fallibile. In altre parole, l'insolvenza è l'ultimo stadio di un processo economico degenerativo che può approdare anche all'irreversibilità²⁴. Il problema è che spesso la dottrina impiega inappropriatamente il termine insolvenza, ricomprendendo al suo interno tutte le diverse fasi che interessano questo fenomeno, senza scinderle²⁵.

3. *La crisi come fase iniziale e prodromica del processo degenerativo che conduce all'insolvenza.*

L'insolvenza imprenditoriale veniva anche ricondotta al più generico concetto di 'stato di crisi', previsto dall'art. 160 l. fall., quale presupposto del concordato preventivo, proponibile all'imprenditore che versasse in una situazione di dissesto ancora riparabile, per poi aggiungere, all'ultimo comma della suddetta norma, che «ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato d'insolvenza». Questa infelice scelta terminologica ha contribuito a generare elevata confusione sulle nozioni e sui presupposti di accesso alle procedure concorsuali e, malgrado ciò, è stata inopinatamente confermata anche nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ove i termini 'crisi' e 'insolvenza' vengono usati in modo inesatto e sovrapponibile. Invero, il difetto di un'autonoma nozione di crisi reversibile (intesa come la temporanea difficoltà di adempiere) e, addirittura, il forte disaccordo circa la sua ammissibilità come concetto autonomo distinto da quello dell'insolvenza definitiva hanno generato l'errata prassi di utilizzare il generico e indefinito termine 'crisi' – privo di un significato giuridico e del tutto svincolato dalla tradizione civilistica²⁶ – per riferirsi al processo d'insolvenza nella sua globalità, con

24 Di questo avviso F. DI MARZIO, *L'insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di G. D'AMICO, Torino, 2018, 244, il quale imputa al carattere processuale dell'insolvenza la difficoltà di disegnare una precisa definizione di quest'ultima. Della stessa opinione anche Vivante, il quale affermava che l'insolvenza può costituire soltanto un concetto giuridico generico, nel senso di impotenza a pagare, dentro al quale si possono ricondurre i più svariati apprezzamenti (cfr. C. VIVANTE, *Il fallimento civile*, Torino, 1902).

25 In particolare, sarebbe auspicabile dissociare la pre-insolvenza, ossia il pericolo e il rischio concreto dell'insolvenza, dallo stato di definitiva e irreversibile insolvenza, la quale coincide con la definizione contenuta nell'art. 5 l. fall.

26 Tra i primi ad opporsi all'utilizzo di questo termine G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali*, Torino, 2019, 14 ss., il quale chiarisce che si tratta di un'espressione utilizzata perlopiù dagli economisti come 'contenitore' di una pluralità di figure tra loro eterogenee e relative alla causa del dissesto dell'impresa; tuttavia, al giurista non interessa minimamente il profilo causale del dissesto, ma ha riguardo soltanto delle condizioni al ricorrere delle quali i soggetti legittimati possono accedere alle procedure concorsuali previste dall'ordinamento. In altri termini, la nozione economica di crisi attiene ad una pluralità di

l'evidente conseguenza di aver reso ancora più oscuro il significato giuridico d'insolvenza e più difficoltosa la sua distinzione dai concetti di sovraindebitamento e fallimento.

A tale prassi si è inopinatamente conformato anche il legislatore, il quale, all'art. 2 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dispone che «ai fini del presente codice si intende per 'crisi': lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate».

Tale scelta legislativa deve dirsi alquanto criticabile, poiché riprende un termine impiegato soltanto nella prassi aziendalistica (e non giuridica) e che risulta vago, generico e ambiguo, così venendo meno allo scopo fondamentale di ogni Codice, ossia unificare, ordinare, semplificare e armonizzare una materia, risolvendo ogni forma di problema interpretativo.

Del resto, già dall'intitolazione del Codice si evincono i due termini chiave intorno a cui è destinata a ruotare la nuova disciplina concorsuale: la 'crisi' e l'insolvenza²⁷. Tali concetti risultano, tuttavia, lacunosi e sfumati, tanto che il legislatore stesso non riesce ad adempiere al suo intento definitorio neppure all'art. 2, rubricato «Definizioni», in cui, oltre alla riportata definizione di 'crisi', aggiunge quella di 'insolvenza' intesa come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». A generare ulteriori dubbi interpretativi si aggiunge anche l'introduzione, ad opera dell'art. 12²⁸ del medesimo Codice, della categoria di 'probabilità di crisi o d'insolvenza'.

Ebbene, dal disposto riportato si evince come il fulcro della disciplina sia il concetto d'insolvenza, che diviene il valore ordinante sotto cui sussumere una serie di istituti, o forse addirittura l'intero diritto settoriale. La crisi e la probabilità dell'insolvenza o della crisi costituiscono, invece, delle situazioni ad essa propedeutiche, che si diversificano per l'intensità e la gravità del dissesto che ricomprendono: in esse la condizione di insolvenza è ancora rimediabile e la ristrutturazione del debito o dell'impresa può ancora avvenire con successo.

Si discute poi se tali realtà possano o meno costituire nozioni autonome, in quanto la dottrina unanime considera l'insolvenza come un fenomeno degenerativo e quindi, per definizione, composto da diverse fasi (la probabilità di crisi, la crisi, l'insolvenza),

elementi, mentre quella giuridica è incontrovertibilmente unitaria e cioè volta a comprendere se il debitore è ammesso alle predette procedure.

27 Scompare invece ogni riferimento alla procedura del fallimento e alle procedure concorsuali.

28 L'art. 12, comma 1, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sancisce che «l'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 13, commi 6, 7 e 8».

ma è divisa nel valutare le fasi iniziali di tale processo²⁹. Inoltre, il termine ‘crisi’ viene spesso utilizzato in modo inappropriato per raggruppare quattro diverse situazioni definibili come ‘stadi della crisi’: l’alterazione patologica che determina l’inefficienza dell’impresa, la sussistenza di notevoli perdite dovute a squilibri finanziari, l’insolvenza quale esteriorizzazione della crisi e, infine, il dissesto.

Dal punto di vista economico, l’impresa può dirsi in stato di crisi quando manifesta una serie di meccanismi idonei, se non contrastanti, a provocare l’insolvenza, mentre dal punto di vista giuridico la si può, appunto, definire come una situazione patologica dell’impresa che, se non tempestivamente risolta, potrebbe ledere agli interessi delle parti coinvolte.

Tutto ciò premesso, va rilevato come la dottrina sia decisamente divisa circa la collocazione della nozione di crisi: alcuni autori ritengono che la crisi costituisca soltanto una prima fase di un processo degenerativo che può culminare nell’insolvenza (intesa come irreversibile e insanabile), mentre altri autori ritengono che tale concetto debba collocarsi al di fuori dell’area che delimita il fenomeno dell’insolvenza e utilizzare quest’ultimo per ricomprendere, in via globale e generalizzata, tutte le varie fasi e specie di cui si compone il menzionato processo dissolutivo³⁰.

Chi scrive ritiene di dover aderire all’indirizzo dottrinale che asserisce che con il termine crisi – odiernamente oggetto di uno smisurato e indebito impiego – ci si riferisca soltanto alla fase iniziale e prodromica dell’insolvenza, quella in cui il dissesto che si è generato risulta ancora sanabile ricorrendo agli strumenti messi a disposizione dal Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. In altri termini, la nozione codicistica di crisi deve intendersi, in conformità all’ordinamento tedesco³¹, come ‘pericolo d’insolvenza’.

Tale interpretazione appare alquanto coerente con il disposto codicistico: il legislatore sembra infatti aver voluto scindere la fase di ‘crisi’, quale momento di grave ma temporaneo dissesto economico, dal momento in cui l’insolvenza diviene definitiva e irreversibile. Nel primo intervallo di tempo, trovano applicazione concreta

29 La dottrina dominante ritiene che la probabilità della crisi e dell’insolvenza non integri delle categorie autonome: tra questi, certamente, F. DI MARZIO, *Diritto*, cit., 28, il quale sostiene che esse siano delle mere specificazioni della più ampia categoria dell’insolvenza, sprovviste di rilevanza pratica ed emerse in ragione del lento processo di affermazione dell’istituto della ristrutturazione, quale soluzione preferenziale per la composizione della crisi (per definizione, un rimedio preventivo all’insolvenza irreversibile e quindi impiegato soltanto nei casi di dissesto ancora sanabile e reversibile).

30 Tra i più importanti fautori di questa tesi va, ancora una volta, citato F. DI MARZIO, *L’insolvenza*, cit., 246.

31 Va evidenziato che il sistema tedesco è, anche in questo caso, molto più articolato e puntuale dell’ordinamento italiano, poiché distingue tra la ‘Zahlungseinstellung’ (sospensione dei pagamenti), la ‘Zahlungsunfähigkeit’ (impossibilità di pagare che coincide con la nostra concezione di insolvenza), la ‘drohende Zahlungsunfähigkeit’ (il pericolo d’insolvenza) e l’‘Überschuldung’ (il sovraindebitamento, inteso come sbilancio patrimoniale che consente la liquidazione coattiva di tutte le persone giuridiche, comprese le società per azioni e a responsabilità limitata).

gli strumenti volti alla ristrutturazione dell'impresa o della posizione debitoria, nel secondo operano invece le procedure di liquidazione, proprio perché non è più possibile alcuna composizione della crisi. Tale interpretazione trova definitiva conferma anche nel disposto della *Direttiva Insolvency* 1023/2019, la quale richiede espressamente agli Stati membri di conformare le legislazioni nazionali in materia concorsuale nel senso di adottare le misure necessarie per 'salvare' e ristrutturare le imprese 'sane' e di procedere con la liquidazione delle imprese irrecuperabili.

In altri termini, sia il legislatore europeo che quello interno hanno inteso suddividere il dissesto economico in due diversi momenti: quello in cui la condizione di tensione finanziaria è ancora superabile e quello in cui non resta altra alternativa che procedere con la liquidazione e la cessazione di tutte le attività, prevedendo per entrambi i casi gli opportuni strumenti da adottare per raggiungere il fine richiesto, nell'ottica dell'efficientamento del mercato.

Si può pertanto concludere che 'crisi' e 'insolvenza' integrino due diverse fasi di un medesimo processo degenerativo: la prima si riferisce allo stato di dissesto economico reversibile e ancora sanabile, la seconda costituisce l'ultimo e irreversibile stadio del dissesto, vale a dire l'epilogo peggiore della crisi³².

4. *L'evoluzione normativa del concetto di sovraindebitamento e il superamento del suo carattere prettamente patrimoniale.*

Il sovraindebitamento è stato normativamente riconosciuto e regolamentato dall'ordinamento italiano con la legge n. 3 del 27 gennaio 2012, quando il legislatore è intervenuto per offrire adeguati strumenti di gestione del fenomeno dell'eccessivo indebitamento che si stava largamente diffondendo tra i consumatori, i professionisti, le piccole imprese e tutti quei soggetti non ricompresi nel campo di applicazione della legge fallimentare. La l. n. 3 del 2012 ha rappresentato una risposta innovativa, considerato che ha permesso di colmare un vuoto normativo che lasciava senza tutela un'ampia categoria di soggetti, ma insufficiente, in ragione delle molteplici lacune, contraddizioni e incertezze che ne hanno determinato una scarsa applicazione nella prassi.

Per quanto attiene al concetto giuridico di sovraindebitamento³³, occorre primariamente evidenziare la diversa natura dell'insolvenza dell'imprenditore rispetto a quella

32 Di diversa opinione F. DI MARZIO, *L'insolvenza*, cit., 246, il quale ritiene che accogliere la tesi citata impedirebbe di scorgere la vera distinzione tra i due concetti, secondo cui la crisi sarebbe riferita esclusivamente all'attività d'impresa, mentre l'insolvenza (così come la pre-insolvenza o il pericolo dell'insolvenza) rilevarebbe soltanto con riguardo alla singola posizione debitoria. Non si può, tuttavia, prescindere dal dato testuale che vede il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza impiegare entrambi i termini con riferimento sia al debitore che all'impresa.

33 Il termine 'sovraindebitamento' è la traduzione letterale del termine tedesco 'Überschuldung', che nell'ordinamento tedesco designa il presupposto oggettivo di accesso alle procedure concorsuali dirette alle persone giuridiche o alle società prive di personalità giuridica ma costituite esclusivamente da

del debitore civile. La prima ha natura finanziaria, poiché dipende dalla perdita di credito sul mercato, mentre la seconda ha natura patrimoniale, in quanto il soggetto non fallibile risponde delle obbligazioni assunte con il suo patrimonio disponibile.

La connotazione prettamente patrimoniale dell'insolvenza civile emerge nitidamente in molteplici norme del Codice civile del 1942, a partire dagli artt. 2740 e 2741 cod. civ. che costituiscono i pilastri del diritto privato patrimoniale, dettando le regole sul patrimonio destinato all'adempimento e il concorso tra creditori sullo stesso. La medesima connotazione viene confermata anche dalla definizione di 'sovraindebitamento' fornita dalla l. n. 3 del 2012³⁴, che pone il *focus* sullo squilibrio economico del debitore non fallibile³⁵. Nello specifico, l'art. 6, comma 2, lett. a) della suddetta legge definisce il sovraindebitamento come «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile³⁶ per farvi fronte³⁷, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente»³⁸.

persone giuridiche. Precisamente, la 'Überschuldung' emerge quando il patrimonio del debitore non è più sufficientemente capiente da soddisfare tutti i debiti assunti. Sebbene il sovraindebitamento costituisca la trasposizione nel nostro ordinamento della 'Überschuldung' tedesca, i due concetti aderiscono a diversi significati: mentre l'ordinamento tedesco impiega la 'Überschuldung' per accelerare i tempi dell'apertura del concorso, l'ordinamento italiano ricorre al sovraindebitamento per permettere ad una determinata categoria di debitori, individuabili con la locuzione 'debitori civili', di accedere a procedure concorsuali che possono essere aperte solo ad istanza di quest'ultimo.

34 Per una completa disamina del concetto di sovraindebitamento disciplinato all'art. 6 della l. n. 3 del 2012 si rinvia, tra i tanti autori che se ne sono occupati, a V. DE SENSI, *Il sovraindebitamento del debitore civile*, in *Archivio Ceradi*, 2012, 1 ss.

35 Da notare che tale definizione è il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in materia di eccessivo indebitamento del debitore non fallibile, cioè non assoggettato alle procedure previste dalla Legge Fallimentare, a dimostrazione di come al legislatore italiano vada imputato il grave ritardo con cui è intervenuto a disciplinare un tema così socialmente ed economicamente rilevante e di come il ruolo dell'interprete sia risultato quanto mai indispensabile in quest'ambito.

36 Va specificato che l'avverbio 'prontamente' fa riferimento al tempo necessario per la liquidazione, mentre l'aggettivo 'liquidabile' evidenzia l'attitudine del patrimonio ad essere dismesso.

37 Tra le molteplici discrasie di questa definizione, va evidenziato come essa comprenda nel novero dei soggetti che possono accedere alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento il debitore che ha un patrimonio, anche se non prontamente liquidabile, ma non il debitore che non ha più alcun patrimonio e che quindi non è più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni.

38 Per senso di completezza, si precisa che la nozione finale di sovraindebitamento è il frutto della modifica apportata dal d.l. n. 179 del 2012 alla versione originaria della l. n. 3 del 2012, la quale definiva il sovraindebitamento come «una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni». Inoltre, nella sua versione originaria, il sovraindebitamento veniva definito dal d.l. 22 dicembre 2011 n. 212 «una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni». Ne discende che, pur avendo poco più di dieci anni di vita, questo concetto giuridico è già stato oggetto di plurime e ravvicinate modifiche, a dimostrazione della poca chiarezza legislativa e delle diverse ricostruzioni che lo riguardano.

Va, in prima istanza, osservato come questa disposizione, da un lato, aderisca direttamente al concetto di insolvenza all'epoca delineato dalla dottrina e a cui si era inizialmente conformata anche la giurisprudenza e, dall'altro, confermi la funzione che la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento è chiamata ad assolvere, ossia riequilibrare le situazioni patologiche causate dalla cosiddetta 'economia del credito'³⁹.

Da tale definizione legislativa emerge la dimensione squisitamente patrimoniale⁴⁰ del sovraindebitamento, ove rileva esclusivamente la sussistenza di una condizione patologica individuata nello squilibrio⁴¹ tra passivo e attivo prontamente liquidabile, senza il necessario ricorrere di uno squilibrio finanziario, inteso come condizione di illiquidità. Una tale concezione del sovraindebitamento spiega altresì il fatto che i poteri di autotutela attribuiti al creditore trovino fondamento e prerequisite nella diminuzione della garanzia patrimoniale, sia generica che specifica, indipendentemente dalla presenza di un dissesto finanziario⁴².

Allo stesso tempo, non si può non notare la poca chiarezza adottata dal legislatore circa il concetto che stava andando a definire, considerato che in un'unica nozione ha fatto confluire tre concetti già noti all'ordinamento, ma assai diversi (sbilancio patrimoniale, difficoltà d'adempiere, insolvenza), allo scopo – si pensa – di voler scongiurare un'applicazione estremamente restrittiva delle procedure volte all'esdebitazione (totale o parziale) del debitore civile o del consumatore. In altre parole, secondo la l. n. 3 del 2012, per accedere alle procedure non era sufficiente avere un passivo superiore dell'attivo, ma era necessario esaminare la composizione e la scadenza di ogni posta inserita nel bilancio, al fine di effettuare una valutazione prognostica sullo stesso schema di quella richiesta ai fini dell'accertamento dell'insolvenza in sede fallimentare.

La definizione di sovraindebitamento fornita dalla l. n. 3 del 2012 va quindi qualificata come straripante, poiché richiama simultaneamente la nozione di insolvenza civile – ossia l'insufficienza di beni aggredibili esecutivamente oppure il rischio per i creditori di perdere la loro garanzia patrimoniale – e quella di insolvenza commerciale, intesa come impossibilità del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

In sostanza, il legislatore ha racchiuso in un unico 'contenitore' situazioni molto diverse: quella in cui versa l'imprenditore che svolge un'attività d'impresa e quella del

39 Tra i molti autori che si sono interessati del tema si veda S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Persona e mercato*, 2014, II, 104 ss; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004.

40 Oltre alla dimensione patrimoniale del sovraindebitamento, fondata sul concetto di patrimonio come insieme di beni cui si contrappongono i debiti assunti, si scorge anche una dimensione finanziaria che assume i tratti dell'insolvenza e si identifica con l'incapacità di pagare in modo regolare i propri debiti.

41 Questo squilibrio acquista il valore di presupposto oggettivo per l'applicazione della disciplina della l. n. 3 del 2012, in quanto è un fattore da cui può derivare grave difficoltà o addirittura irreversibile incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

42 Tali conclusioni trovano ulteriore conferma nel fatto che l'insolvenza civile non richieda una valutazione prognostica dell'attività del debitore e della sua capacità di adempiere, bensì un mero giudizio dell'adeguatezza del suo patrimonio.

consumatore o persona fisica che non dispone di un patrimonio sufficientemente capiente per far fronte ai debiti assunti⁴³.

In definitiva, la nozione di ‘sovraindebitamento’ viene impiegata dal legislatore per indicare il presupposto oggettivo delle procedure concorsuali destinate alla ‘composizione della crisi’ del debitore civile e del consumatore. Tuttavia, il dato più importante da trarre da questa prima definizione normativa di sovraindebitamento è la forte connessione tra tale fenomeno e la nozione di patrimonio, la quale trova la sua massima espressione nell’art. 2740 cod. civ. Quanto detto giustifica, inoltre, la diversa natura⁴⁴ dell’insolvenza imprenditoriale, la quale presenta un profilo finanziario, in ragione della dimensione dinamica della responsabilità patrimoniale commerciale (a differenza della dimensione statica della responsabilità patrimoniale civile)⁴⁵.

Il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, all’art. 2, lett. c), definisce invece il sovraindebitamento come «lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell’imprenditore minore, dell’imprenditore agricolo, delle ‘start-up’ innovative di cui al d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal Codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza».

Ciò che emerge osservando questa successione di dettati normativi⁴⁶ è un progressivo conformarsi della nozione di sovraindebitamento con quella fallimentaristica d’insolvenza, ed ora anche con quella di stato di crisi, per giungere infine a far coincidere il sovraindebitamento con «lo stato di crisi o di insolvenza» in cui si trovi il debitore non assoggettabile alle procedure concorsuali maggiori (liquidazione giudiziale, ovvero liquidazione coatta amministrativa). Con riferimento al menzionato ‘stato di crisi’, va specificato che la crisi viene valutata come una condizione patologica che fa parte del ciclo vitale dell’impresa, ma a cui occorre porre rimedio tempestivamente, prima che giunga ad una fase irreparabile e definitiva.

In sintesi, ciò che si osserva in questa nuova nozione di sovraindebitamento è il superamento del carattere prettamente patrimoniale della precedente nozione, contenuta nella l. n. 3 del 2012, in favore della dimensione finanziaria (lo stesso può dirsi dei concetti di crisi e di insolvenza, che sono correlati esclusivamente al profilo finanziario e rinnegano invece quello patrimoniale). Inoltre, il dato normativo si limita a circoscrivere i confini del sovraindebitamento sotto il profilo soggettivo, consentendo l’accesso alle relative procedure al novero di soggetti che non rientra nel campo di applicazione

43 Di questa opinione anche S. LEUZZI, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, Bologna, 2019, 37.

44 Sulla diversa natura delle due tipologie d’insolvenza e sulla loro distinzione si era espresso già Bonelli, uno dei primi giuristi a cimentarsi su un’indagine teorica dell’insolvenza.

45 Si veda F. DI MARZIO, *L’insolvenza*, cit., 248 ss.

46 Sul tema si consiglia E. PELLECCIA, *La definizione di sovraindebitamento nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: cosa resta e cosa cambia*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2019, V, 1134 ss.

delle procedure concorsuali, come il consumatore, il professionista, l'imprenditore minore e l'imprenditore agricolo. Si perde invece il riferimento al presupposto oggettivo, contenuto nella nozione di cui all'art. 6 della l. n. 3 del 2012, che prevedeva una condizione di dissesto economico di entità tale da non permettere il regolare adempimento delle obbligazioni. Questa scelta legislativa risulta alquanto criticabile dal momento che comporta una confusione concettuale tale da condurre all'utilizzo indiscriminato dei concetti di crisi, insolvenza e sovraindebitamento e, addirittura, alla loro sovrapposizione.

5. Conclusioni. Critica alla codificazione di diversi presupposti di accesso alle procedure concorsuali.

Le riflessioni sinora compiute conducono a tracciare il perimetro dei concetti giuridici esaminati nei termini che seguono: la crisi è la fase prodromica dell'insolvenza, in quanto rende probabile ma non certa l'impossibilità del debitore di adempiere alle proprie obbligazioni; l'insolvenza è la definitiva e irreversibile incapacità di adempiere del debitore; il sovraindebitamento, nella maggior parte dei casi, coincide con la situazione di illiquidità o di semplice difficoltà ad adempiere, mentre non coincide in concreto con lo sbilanciamento patrimoniale delineato nell'ordinamento tedesco.

Queste nuove nozioni sono duttili, flessibili e quindi anche funzionali all'esercizio di un'ampia discrezionalità del giudice (comprensiva della valutazione di meritevolezza sui vari profili della condotta del debitore), ma, al contempo, risultano troppo ampie, vaghe, generiche e indefinite, tanto da rendere piuttosto difficile circoscrivere il campo di applicazione della nuova disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁴⁷.

Il dato certo che è emerso attiene al carattere dinamico e progressivo del fenomeno dell'insolvenza. Tuttavia, il *focus* va tenuto sul deterioramento che colpisce l'impresa e che può, come visto, assumere tre tipologie di squilibrio: economico, patrimoniale e finanziario. Lo squilibrio economico che colpisce l'impresa consiste nella mancata proporzionalità tra ricavi e costi di gestione e richiede un semplice intervento sulla struttura finanziaria dell'impresa, per evitare che sfoci la crisi. Il deterioramento patrimoniale si manifesta, invece, all'interno del conto economico con il rischio, quanto mai concreto e prossimo, che l'impresa possa ritrovarsi in stato d'insolvenza. Ne segue che la crisi dell'impresa si concretizza nel momento in cui essa si trovi nell'incapacità patrimoniale o finanziaria di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni e, contestualmente, tale incapacità possa essere superata, in quanto non presenta i requisiti di definitività ed irreparabilità tipici dell'insolvenza.

Quanto detto si conforma perfettamente alla *ratio* ispiratrice della riforma del diritto concorsuale, che coincide con il 'salvataggio' di quante più attività commerciali possibili,

47 Al contrario, l'ordinamento spagnolo prevede dei criteri estremamente stringenti per l'accesso alle procedure di esdebitazione. Dall'analisi comparatistica tra queste due legislazioni, emergono pertanto problematiche opposte circa la formulazione dei presupposti oggettivi necessari per l'applicazione della disciplina dell'insolvenza commerciale e civile, tuttavia il risultato finale è il medesimo, ovvero la scarsa applicazione della legge per la composizione della crisi da sovraindebitamento nella prassi.

in ossequio al principio di continuità e conservazione dell'attività d'impresa⁴⁸, che va però temperato con la funzione primaria di miglior soddisfacimento dei creditori⁴⁹. Invero, l'intera disciplina di gestione della crisi e dell'insolvenza, delineata nel nuovo Codice, si muove in una continua lotta per la supremazia tra l'interesse collettivo di composizione dell'impresa in crisi e l'interesse individuale di ciascun componente del ceto creditorio a vedere tutelato integralmente il proprio diritto di credito.

In conclusione, deve osservarsi che l'attività codificatoria è stata oggettivamente inane a delineare delle nozioni chiare dei presupposti oggettivi di accesso alle procedure previste dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, atteso che gran parte della dottrina è stata costretta a intervenire per chiarire cosa volesse intendere il legislatore con i termini 'crisi', 'insolvenza' e 'sovraindebitamento'.

Alquanto discutibile risulta anche la scelta di prevedere presupposti diversi di accesso alle procedure concorsuali proprio nel momento in cui, grazie allo strumento codicistico, si sarebbe dovuto semplificare la materia; senza contare che l'abolizione dell'amministrazione controllata e della correlata nozione di 'difficoltà di adempiere' avrebbe finalmente soddisfatto questo intento semplificatore, andando a designare un unico presupposto di accesso alle procedure concorsuali, ossia lo stato d'insolvenza.

Ne consegue che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si è rivelato, sotto il profilo della semplificazione e dell'ordine sistematico, un'altra occasione persa per il legislatore italiano, con tutti i gravi risvolti pratici che ne derivano: invero, a distanza di due anni dall'entrata in vigore del suddetto Codice, ancora non vi è un'interpretazione dirimente dei presupposti di accesso alle procedure concorsuali, con conseguente diffidenza degli operatori del diritto a ricorrervi nella prassi.

ABSTRACT: Uno dei profili più critici del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza attiene alle nozioni ivi convenute dei concetti di crisi, insolvenza e sovraindebitamento. Questo lavoro si propone di svolgere un'accurata esegesi di tali concetti, esaminando la loro evoluzione normativa, al fine di comporre l'incertezza interpretativa che li connota e di tracciare il perimetro di applicazione della nuova disciplina dell'insolvenza. Si devono, infine, evidenziare i limiti della recente attività legislativa, che non è riuscita a circoscrivere nitidamente i presupposti di accesso alle procedure concorsuali, formulando altresì una critica al difetto di semplificazione del nuovo Codice.

PAROLE CHIAVE: Insolvenza – Crisi – Sovraindebitamento – Presupposti oggettivi – Esegese – Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

48 Si rinvia a S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1258 ss.

49 L'art. 4 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sancisce difatti che «il debitore ha il dovere di: [...] c) gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori».

Maria Carla Canato

LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI DI FRONTE AL ‘RISCHIO DA INTELLIGENZA ARTIFICIALE’:

RESPONSIBILITY GAP E ‘RINNOVATA’ CORPORATE LIABILITY

SOMMARIO: 1. La responsabilità da reato degli enti: l’estensione della colpa penalmente rilevante. – 2. La regola cautelare in rapporto al nesso di rischio. – 3. L’implementazione degli *standards* tecnici e organizzativi quale modalità di risposta al rischio. – 4. La responsabilità da reato degli enti per i crimini commessi da sistemi di intelligenza artificiale. – 5. La *corporate liability* nel contesto del rischio normativo proposto dall’*AI Act*. – 6. Possibili modelli di attuazione della responsabilità da reato degli enti nel contesto dell’IA. – 7. Una ‘rinnovata’ responsabilità da reato degli enti: l’autonomia della ‘colpa dell’ente’ rispetto alla commissione ‘umana’ del reato presupposto. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *La responsabilità da reato degli enti: l’estensione della colpa penalmente rilevante.*

Nell’ordinamento italiano, il d.lgs. 231/2001¹ ha segnato un punto di svolta cruciale, superando il tradizionale dogma *societas delinquere non potest*² e introducendo una forma di responsabilità diretta degli enti per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio. Nel panorama giuridico contemporaneo, il concetto di responsabilità da reato degli enti ha ridefinito, cioè, i confini tradizionali della colpa penalmente rilevante, soprattutto in relazione alla crescente complessità delle organizzazioni moderne, nonché alla pluralità dei centri di decisione e di conoscenza³.

1 Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, ‘*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*’, Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2001.

2 Il dogma è stato sostenuto dalla dottrina contemporanea dell’Europa continentale negli ultimi due secoli. Il principio non risulta particolarmente risalente, atteso che nei secoli precedenti al diciannovesimo dominava l’orientamento divergente dell’*universitas delinquere et puniri potest*. Il delitto corporativo nasceva quindi nell’Europa continentale intorno al XII o al XIII secolo; durante tale periodo si riconosceva la capacità criminale delle corporazioni, le quali venivano di conseguenza sottoposte a sanzioni penali. La principale causa della soppressione del ‘delitto corporativo’ è stata prevalentemente di tipo economico, considerato che il sistema delle corporazioni – caratterizzato da una limitata apertura verso le altre comunità – costituiva un ostacolo rispetto alla tendenza ad un modello economico ispirato alla libera concorrenza. Parimenti, in Francia, con l’avvento della Rivoluzione e l’avvento del movimento illuminista, si è assistito all’abbandono del reato corporativo. Da questo momento e durante buona parte del Novecento si è realizzato, quindi, il sostanziale tramonto del brocardo più risalente, seguito da un progressivo consolidamento del canone del *societas delinquere non potest*.

3 Sul fronte dell’espansione della colpa in contesti plurisoggettivi, si rimanda a F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, 1 ss.

Conseguentemente, si è potuto abbattere il ‘costo’⁴ a lungo pagato dal diritto penale economico, superando l’idea che la colpa e la responsabilità ‘penale’ fossero esclusivamente connesse alla persona fisica, autrice del reato⁵, anche quando le società commerciali hanno assunto un ruolo assolutamente centrale e preponderante nello svolgimento, non sempre lecito, dell’attività d’impresa⁶. Tale impianto normativo risponde alla necessità di affrontare casi in cui l’attività di un’organizzazione possa portare alla commissione di reati, evidenziando una carenza nell’attribuzione della responsabilità solo al soggetto umano. Nel contesto di tale responsabilità estesa, emerge la nozione di ‘colpa d’organizzazione’⁷ – sulla quale si fonda quella che è stata definita come *tertium genus* rispetto alle responsabilità penale e amministrativa⁸ – applicabile

4 Al ‘costo’ della esclusione della responsabilità penale degli enti faceva riferimento il titolo di un celebre saggio di F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1970, 951 ss.

5 Numerose sono le ragioni dogmatiche e teoriche trattevolmente poste a fondamento di tale principio, come sostenuto, per lungo tempo, anche dalla più autorevole dottrina. Si vedano, ‘*ex multis*’, le risalenti riflessioni di F. RAMELLA, *La responsabilità penale e le associazioni*, in *Trattato del Cogliolo*, II, 1895, 960; F. FERRARA, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 513 ss.; più di recente, R. ORESTANO, ‘*Persona e persone giuridiche nell’età moderna*’, in *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, 1978, 209; A. FALZEA, *La responsabilità penale della persona giuridica*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, 1981, 149; A. ALESSANDRI, *Reati d’impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983, 63; poi ancora M. ROMANO, ‘*Societas delinquere non potest*’ (Nel ricordo di Franco Bricola), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1036 (il quale affermava la sussistenza di un ‘ostacolo insuperabile’ al riconoscimento di una responsabilità penale dell’ente); tale illustre Autore si è palesato perplesso anche a seguito dell’approvazione del d.lgs. n. 231/2001, in ID., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 393 ss. Per una più ampia visione di sintesi, vedasi C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002, 303 ss.; sul fronte dei rilievi comparatistici, si veda G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, spec. 381 ss.

6 Si veda M.S. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. 231/2001*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L.G. Cerqua, L. Luparia, Padova, 2014, 861 ss.

7 G. COCCO, *Illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di organizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 96. Sui contenuti del rimprovero per colpa di organizzazione, si rinvia a C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del ‘modello organizzativo’ ex D.lgs. 231/2001 (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 2013, 376 ss.; ID., *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del ‘modello organizzativo’ ex D.lgs. 231/2001 (Parte II)*, in *Cass. pen.*, 2013, 842 ss.; G. FORTI, *Uno sguardo ai ‘piani nobili’ del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile, Napoli, 2013, 25 ss.; per una ricostruzione puntuale della tematica, v. M. SCOLETTA, sub art. 6 *Profili penalistici*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso, 2024, 132 ss.

8 La prevalente giurisprudenza di legittimità aderisce a questo indirizzo ermeneutico a partire dalla nota sentenza Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Thyssenkrupp*, che argomenta peraltro come «la responsabilità della persona giuridica [sia] aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche, che resta regolata dal diritto penale comune». Il medesimo orientamento era già stato avallato da Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, *Brill Rover*, nonché da Cass. Pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, *Mussoni*, in *Cass. pen.*, 2010, 1938 ss., con nota di M. LEI, *ivi*, 1941 ss.; larga parte della dottrina, invero, sposa la tesi del *tertium genus* della responsabilità ascrivibile all’ente nell’alveo della disciplina ex d.lgs. 231/2001: cfr., *ex multis*, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato*,

ai casi di mancata predisposizione di modelli di gestione e controllo idonei a prevenire il compimento di illeciti⁹. La 'colpa d'organizzazione', infatti, è legata alla stessa struttura organizzativa dell'ente, alla sua capacità di mettere in atto misure preventive efficaci, piuttosto che all'azione o all'omissione del singolo individuo all'interno di essa¹⁰. Si realizza, conseguentemente, il superamento della dimensione individualistica dell'errore, a fronte di una riemersione dell'errore organizzativo¹¹. La rilevanza della *corporate governance* nel contesto della prevenzione e gestione dei rischi connessi all'attività di impresa¹² ha condotto ad un'amplificazione del raggio d'azione della colpa penalmente rilevante¹³; viene richiesto, cioè, un approccio proattivo nella gestione del rischio e nell'adozione di modelli di 'compliance', che miri a prevenire la commissione di reati all'interno delle organizzazioni¹⁴. Nondimeno, riemerge l'importanza, in questo

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126 e ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2014, 176; D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti e i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss. Un'ulteriore conferma della natura di *qua* emerge, peraltro, dalla Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in *Dir. e Giust.*, 2001, 12, §1.1, secondo cui la responsabilità in esame «coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia».

9 G. FLORA, *Responsabilità dell'ente per fatto proprio e determinatezza del capo di imputazione*, in *Scritti in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 1019 ss.

10 Recentemente, sulla responsabilità dell'ente, si richiamano anche i contributi di G. MANCA, *Il diritto punitivo*, in *Trattato breve di diritto Penale, Parte generale, I, Tomo 1, La legge Penale*, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, Padova, 2023, 251 s.; G. MANCA, *Sanzioni degli illeciti amministrativi e per gli enti*, in *Trattato breve di diritto Penale, Parte generale, II, Punibilità e pene*, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, Padova, 2022, 302 ss.; G. MANCA, *Vertice o sottoposto? Brevi note sul problema della qualificazione dell'R.S.P.P. nel prisma dei differenti modelli di colpevolezza dell'ente*, nota a Cass. pen., Sez. VI, 24 maggio – 21 settembre 2022 n. 34943, Pres. Dovere, Rel. Bellini, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, 2023, 1219 ss.; G. MANCA, "Non c'è vantaggio senza interesse" e l'illecito dell'ente non coincide col reato presupposto: conseguenze sul momento determinativo del vantaggio, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, 2016, 894 ss.

11 Cfr., sul punto, L. RISCATO, *Responsabilità medica e colpa di organizzazione: una breve riflessione de iure condendo*, in *Studi in onore di Fiorella*, Napoli, 2021, 840, il quale rileva come l'errore sistemico assurga a una delle forme principali di manifestazione della compartecipazione colposa.

12 Sul ruolo della *corporate governance* nel contesto del diritto penale d'impresa, si rinvia alla premessa di B.N. COVA, *Il ruolo della corporate governance nella prevenzione e nella gestione degli illeciti penali*, in *Corporate governance e illecito penale*, a cura di L. Roccatagliata, G. Stampanoni Bassi, Milano, 2024, XVII–XXXIII. In tale contesto, si ribadisce la rilevanza degli strumenti tipici del governo societario, tra cui l'assetto organizzativo, la mappatura dei rischi, il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, i flussi informativi, i comitati endoconsiliari, i regolamenti interni, le politiche e procedure, le deleghe e le procure, le attribuzioni di *budget*, la scelta e la formazione di personale qualificato.

13 Di riflesso, l'imputazione assume valore centrale nell'individuazione dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere del fatto in conseguenza dell'inadempimento di doveri e della violazione delle regole che caratterizzano il ruolo di appartenenza nel contesto sociale. Si veda G. JAKOBS, *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung*, in *Verantwortung in Recht und Moral*, a cura di U. Neumann, L. Schulz, Stuttgart, 2000, 57 ss., 65.

14 Le principali e più autorevoli linee guida in materia di governo societario sono i principi di *Corporate Governance* dell'OCSE e del G20, cfr. www.oecd-library.com. In particolare, merita richiamarsi il principio V.D.8, il quale raccomanda che le società introducano e assicurino l'efficacia di misure (controlli interni,

ambito, di «quel concetto giuridicamente palindromo che procedendo dall'individuo all'offesa assume la forma del principio di responsabilità per fatto proprio e muovendo dall'offesa all'individuo può leggersi come autoresponsabilità»¹⁵.

Questo nuovo paradigma di responsabilità degli enti diventa particolarmente rilevante quando si considerano le sfide poste dallo sviluppo tecnologico e, in particolare, dall'utilizzo crescente di sistemi di intelligenza artificiale (IA). In un'epoca in cui la tecnologia sta trasformando radicalmente le modalità operative delle imprese, si prospettano criticità fondamentali in ordine in caso di condotte illecite perpetrate attraverso l'impiego di tali sistemi¹⁶. Il problema principale risiede nella difficoltà di attribuire una responsabilità diretta agli operatori umani, specialmente quando i sistemi di IA agiscono in modo autonomo o semi-autonomo¹⁷, creando così un 'vuoto di tutela' non facilmente colmabile con gli strumenti tradizionali di imputazione penale¹⁸.

In questo contesto, la responsabilità degli enti assume un ruolo cruciale, poiché consente di superare alcune delle limitazioni intrinseche all'attribuzione della responsabilità penale individuale, quando il fattore umano è sostituito o coadiuvato da un agente tecnologico¹⁹. In teoria, il modello previsto dal d.lgs. 231/2001, fondato sulla predisposizione di adeguati modelli di organizzazione e gestione, potrebbe risultare

programmi di compliance) per l'osservanza delle leggi applicabili. Si fa, in aggiunta, esplicito riferimento a norme che prevedono sanzioni penali, quali leggi sulla prevenzione della corruzione e del riciclaggio, sulla tutela dei mercati finanziari, sicurezza e salute, fiscalità, diritti umani, ambiente e frodi. Quanto alle società quotate al Mercato Telematico Azionario, il Codice di *Corporate Governance* (la cui ultima versione, consultabile in www.borsaitaliana.it, risale al 2020), tratta, all'art. 6 del rischio di non conformità alla norma penale, richiedendo che sia l'organo di amministrazione ad attribuire le funzioni di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001 all'organo di controllo o all'organismo di vigilanza appositamente costituito.

15 F. CONSULICHI, *Il concorso*, cit., 64.

16 L. PICOTTI, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi?*, in *Sistema Penale*, 2024, 5 ss.

17 D. LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable: Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law*, in *South Carolina Law Review*, 69, 2018, 687. Nell'affrontare i possibili rapporti analogici tra IA e persone giuridiche, si osserva che le persone giuridiche non esistono in modo autonomo, atteso che esse sono strettamente connesse agli individui e rappresentano una costruzione artificiale creata da questi ultimi. Al contrario, i sistemi di intelligenza artificiale sembrano superare questa natura artificiosa, poiché sono sempre più in grado di operare senza la necessità di un intervento umano diretto.

18 L'elevato livello di autonomia del sistema infatti, in taluni casi, può essere idoneo a determinare danni riconducibili e connessi a processi di elaborazione 'imperscrutabili'. M.E. FLORIO, *Il dibattito sulla responsabilità penale diretta delle IA: 'molto rumore per nulla'?*, in *Sistema Penale*, 2024, 6 ss. In materia, si rimanda anche a U. PAGALLO, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Berlino, 2013, 47; S. BECK, *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems – New Challenges for Criminal Law?*, in *Law, Computer Science*, 2017, 243. Rispetto alle *autonomous cars*, cfr. H. SURDEN, M.A. WILLIAMS, *Technological Opacity, Predictability, and Self-Driving Cars*, in *Cardozo Law Review*, 2016, 157 ss. Quanto al problematico profilo dell'*aberratio delicti* nel contesto delle condotte imprevedibili perpetrate dal sistema di IA, cfr. U. PAGALLO, *What Robots Want: Autonomous Machines Codes and New Frontiers of Legal Responsibility*, in M. Hildebrandt, *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Berlino, 2013, 51–52.

19 V. MONGILLO, *Corporate criminal liability for AI-related crimes: possible techniques and obstacles*, in *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Palingenesi?*, a cura di L. Picotti e B. Panattoni, Antwerpen, 2023,

adatto anche a rispondere alle nuove esigenze di *governance* che emergono con l'introduzione dei sistemi di IA²⁰. Tuttavia, la costante evoluzione dell'assetto tecnologico rende necessario un ripensamento delle modalità di attuazione e delle implicazioni della responsabilità degli enti, specialmente alla luce del crescente impiego di algoritmi avanzati, che prendono decisioni in modo pressoché autonomo²¹.

L'estensione della colpa penalmente rilevante richiede, cioè, una riflessione su come il concetto di 'posizione di garanzia'²² debba essere ridefinito all'interno delle organizzazioni complesse²³. Se difatti, da un lato, la prevalente giurisprudenza di legittimità aderisce ad una visione della colpa come rimprovero basato sull'inadempimento di un dovere funzionale²⁴, appare chiaro, specie ove sussista il coinvolgimento di più

82 ss.; F. CONSULICH, *Criminal Law and Artificial Intelligence: Perspective From Italian And European Experience*, Munich, 2023, 270 ss.

20 L'approccio *risk-based*, proteso alla predisposizione e attuazione di *standards* da parte delle aziende che intendano commercializzare sistemi di IA, emerge anche dal c.d. *AI Act*, il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale). Esso è entrato in vigore il 1 agosto 2024 (180 Considerando, 113 Articoli, 13 Allegati), ossia 20 giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale UE. Il piano di attuazione dell'*AI Act* prevede diverse fasi temporali per l'entrata in vigore delle regolazioni sull'intelligenza artificiale. Dopo 6 mesi, sarà vietato l'uso di sistemi di IA che presentano rischi inaccettabili. A 9 mesi, dovranno essere applicati i codici di condotta. A 12 mesi, entreranno in vigore le regole di *governance* e gli obblighi per l'IA di scopo generale. Dopo 24 mesi, inizierà l'applicazione dell'*AI Act* per i sistemi di IA compresi nell'Allegato III. Infine, a 36 mesi, l'intero regolamento sarà pienamente applicato a tutte le categorie di rischio, incluse quelle dell'Allegato II.

21 Si fa riferimento ai c.d. *black box algorithms*, ossia alla situazione in cui tra i dati di *input* e i comportamenti tenuti come *output* vi sia un'opacità, un vuoto di comprensione da parte dell'osservatore umano esterno, così che le condotte di queste IA siano gravate, in un'ottica a priori, da un ineliminabile margine di imponderabilità. Sul punto, vedasi S. DONCIEUX, J.B. MOURET, *Beyond black-box optimization: a review of selective pressures for evolutionary robotics*, in *Evolutionary Intelligence*, 2014, 71 ss.

22 Sul punto v., *ex multis*, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2015, 232; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2019, 259; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, 141. In dottrina si è osservato, inoltre, che diversamente da quanto vale per i reati omissivi propri, la fattispecie tipica di reato omissivo improprio ex art. 40, comma II, c.p. potrà ritenersi configurata soltanto in presenza di un reato caratterizzato da un evento naturalistico, e non anche per i reati di pura condotta: cfr. M. SINISCALCO, *Causalità (Rapporto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, VI, 649. Inoltre, è stata esclusa l'applicabilità dell'art. 40, comma II, c.p. anche in relazione ai reati a forma vincolata (sul punto v., *ex multis*, A. CADOPPI, M. ZANOTTI, *Il reato omissivo*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino, 2001, II, 66 ss.). Quanto alla rilevanza della posizione di garanzia nel contesto del diritto penale del lavoro, si rimanda a D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 153 ss., spec. 173 ss.

23 A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, in *Riv. dir. pen. econ.*, 2017, 510 ss., S. PRANDI, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 654 ss.

24 Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 1678, *Lovison*, con nota di M.L. MINNELLA, *Infortunati sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss.

garanti, come i concetti di ruolo, competenza, area di rischio siano privi di argini sufficientemente stretti per contenerne la portata espansiva²⁵. Tradizionalmente, la posizione di garanzia individua una persona fisica che ha il dovere giuridico di impedire il verificarsi di un evento lesivo, ovvero di adottare tutte le misure necessarie affinché non si verifichi²⁶. Nondimeno, la sfera di protezione definita dalla posizione di garanzia è troppo generale, imponendosi la necessità di analizzare le regole cautelari rilevanti per l'impedimento di specifici eventi, le quali soltanto possono consentire di individuare l'obbligo e l'esigibilità del comportamento doveroso²⁷. Quando però la responsabilità è collegata a sistemi tecnologici autonomi, si pone il problema di chi possa essere ritenuto responsabile del fallimento del sistema di prevenzione. In altri termini, la complessità di queste tecnologie impone una revisione del concetto di controllo e di vigilanza all'interno dell'ente, nonché l'introduzione di nuovi meccanismi che garantiscano una maggiore trasparenza e siano in grado di individuare eventuali responsabilità²⁸. Infatti, nella misura in cui ci si muove dalla qualificazione tipologica del fattore di rischio concretizzatosi nell'evento, il canone della competenza rischia di essere confuso e assimilato alla c.d. concretizzazione del rischio, secondo il quale, per aversi colpa, l'evento verificatosi deve esprimere il fattore di rischio che la regola cautelare trasgredita intendeva in astratto prevenire²⁹. In quest'ottica – anche atteso che l'*AI Act*³⁰ si propone di cristallizzare nuove regole di condotta in materia di intelligenza artificiale – è fondamentale considerare il nesso tra colpa organizzativa, *standards* richiesti per l'implementazione e l'utilizzo dei sistemi di IA³¹. Gli enti che utilizzano tali tecnologie sono, cioè, chiamati a stabilire una chiara suddivisione delle responsabilità interne, in modo che la gestione dei rischi derivanti dall'uso di sistemi in questione sia conforme ai modelli di prevenzione previsti dalla legge. In questo modo, l'adozione di misure preventive adeguate, come lo sviluppo di sistemi di 'auditing' e di monitoraggio dei processi decisionali, diviene essenziale per evitare la commissione di

25 F. CONSULICH, *Il concorso*, cit., 293.

26 Solitamente, oltretutto, la giurisprudenza attribuisce la responsabilità ai controllori della fonte di pericolo da cui è scaturito il danno. Si veda, su punto, D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, 510 ss.

27 Peraltro, essendo la regola cautelare e il giudizio di colpa intrinsecamente relazionale, è possibile che la regola stessa individui la modulazione dei doveri di condotta dello stesso soggetto passivo. Si rimanda, in particolare, quanto all'indagine di colpa in prospettiva relazionale, a O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Leg. Pen.*, 2019, 14.

28 In materia di *self driving cars*, vedasi, di recente, i contributi di R. COMPOSTELLA, *Auto a guida autonoma e diritto penale. Profili di responsabilità individuale e collettiva*, Trento, 2024, 102 ss.; M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2023, 217 ss.

29 A. MASSARO, *'Concretizzazione del rischio' e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009, 4699 ss.; G. CIVELLO, *La 'colpa eventuale' nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e 'verità soggettiva' della colpa*, Torino, 2013, 71 ss.

30 Regolamento (UE) 2024/1689; vedasi nota 20.

31 C. NOVELLI, *L'Artificial Intelligence Act Europeo: alcune questioni di implementazione*, in *federalismi.it*, 2, 2024, 95.

reati attraverso l'utilizzo di tali strumenti³². L'obiettivo è di evitare che la complessità tecnologica diventi un alibi per la non attribuibilità del reato all'ente, rendendo invece quest'ultimo un soggetto responsabile autonomo, in grado di rispondere per la propria 'colpa d'organizzazione'³³. Alla luce di tali considerazioni, il tema della responsabilità da reato degli enti si trova oggi di fronte a un bivio importante. Da un lato, vi è la necessità di preservare i principi fondamentali della responsabilità penale, che richiedono un legame diretto tra il fatto illecito e l'autore del reato³⁴. Dall'altro, vi è l'urgenza di adattare tali principi a un contesto in cui il reato può essere generato o facilitato da entità non umane, come i sistemi di IA, che non possono essere direttamente imputati per la loro condotta. In questo scenario, l'ente può diventare il fulcro della responsabilità, essendo spesso il soggetto che decide di implementare, controllare e gestire questi sistemi informatici³⁵.

In conclusione, l'estensione della colpa penalmente rilevante agli enti che operano nel contesto delle tecnologie avanzate, come l'intelligenza artificiale, rappresenta una delle sfide più complesse del diritto penale contemporaneo³⁶. Se da una parte il

32 Il Regolamento ha, per l'effetto, l'obiettivo di promuovere lo sviluppo e l'utilizzo dell'IA nel pieno rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, nonché della trasparenza. Vengono così individuati limiti e modalità di utilizzo dei *software*, nonché delineate le responsabilità nell'ipotesi in cui si contravvenga a tali requisiti. Sul piano sanzionatorio, all'art. 99, si prevede, tra l'altro, che, gli Stati membri stabiliscano sanzioni dettagliate e altre misure di applicazione per la violazione dell'*AI Act* da parte degli operatori. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive, oltre che tenere conto degli interessi delle piccole e medie imprese (PMI), comprese le *startup*, e della loro redditività economica. A titolo esemplificativo, la non conformità al divieto delle pratiche di IA è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 35 milioni di euro o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 7 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore. In ipotesi di violazione di altri obblighi, tra cui quelli alla trasparenza, la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile arriva sino ai 15 milioni di euro o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 3 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore. Nel caso di trasmissione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti agli organismi notificati o alle autorità nazionali competenti, le sanzioni amministrative sono limitate a 7,5 milioni di euro o, se l'autore del reato è un'impresa, fino all'1 % del fatturato mondiale annuo, sempre se superiore. Nel decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria e nel determinarne l'importo in ogni singolo caso, si dovrà comunque tenere conto di tutte le circostanze pertinenti alla situazione specifica.

33 F. MAZZACUVA, *The Impact of AI on Corporate Criminal Liability: Algorithmic Misconduct in the Prism of Derivative and Olistic Theories*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 92, 1, 2021, 143 ss.; N. SELVAGGI, *Dimensione tecnologica e compliance penale: un'introduzione*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Lupària, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2019, 217 ss.

34 M.E. FLORIO, *Il dibattito*, cit., 14 ss.

35 In ordine alla riconduzione della responsabilità da intelligenza artificiale alla responsabilità dell'ente, si rimanda a G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal* 2010, 171 ss. Ciò che impedisce la breccia nel '*machina delinquere non potest*', per Hallevy, è dunque un pregiudizio antropocentrico e metafisico.

36 Come osservato da L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 83, infatti, di fronte alle nuove sfide poste dall'innovazione tecnologica, potenzialmente foriere di pericoli, il legislatore deve infatti compiere una scelta di tipo 'pre-penale', volta cioè a decidere se consentire lo svolgimento di una data attività oppure proibirlo a monte.

d.lgs. 231/2001 ha fornito un primo quadro normativo per gestire la responsabilità organizzativa, dall'altra si rende evidente la necessità di aggiornare tale quadro alla luce delle dinamiche che caratterizzano il contesto odierno. L'adozione di modelli di prevenzione sempre più sofisticati e l'introduzione di una cultura della responsabilità condivisa all'interno delle organizzazioni saranno fattori determinanti per affrontare le sfide poste dalla tecnologia³⁷, colmando il 'vuoto di responsabilità' creato dall'intelligenza artificiale e rafforzando il principio di *accountability*³⁸ delle imprese³⁹, specie in un contesto ove *human oversight* e *accountability* procedono di pari passo⁴⁰.

2. La regola cautelare in rapporto al nesso di rischio.

Il concetto di 'regola cautelare' è cruciale nel delineare il nesso di rischio tra l'attività di un soggetto e la commissione di un illecito. La regola cautelare definisce, infatti, nell'universo fattuale della colpa – il quale non deve sovrapporsi al dovere di diligenza⁴¹ – il modello di condotta che è in grado di prevenire eventi dannosi nel quadro di programmi preordinati alla sicurezza sociale collettiva⁴². In un contesto tradizionale,

37 Cfr., per una ricostruzione sui riflessi della *compliance* nel contesto della responsabilità dell'ente, A. NISCO, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, in *Sistema Penale*, 2022, 1 ss.

38 Ad oggi, infatti, la maggior parte delle proposte di regolazione dell'IA hanno come obiettivo la garanzia dell'*accountability* e l'affermazione di principi di *soft law* diretti allo sviluppo di un'IA etica o affidabile, piuttosto che l'elaborazione di strumenti di *hard law*. Fa eccezione la modifica al codice della strada francese adottata in Francia con l'ordinanza del Presidente della Repubblica del 14 aprile 2021 (*Ordonnance n° 2021-443 du 14 avril 2021 relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation*, TRAT2034523R). Per un'analisi approfondita di tale iniziativa in un'ottica comparata, si veda M. GIUCA, *Disciplinare l'intelligenza artificiale. La riforma francese sulla responsabilità penale da uso di auto a guida autonoma*, in *Archivio Penale*, Fascicolo n.2, 2022, 1 ss. Sui rapporti tra *accountability*, *responsibility* e *liability* nel contesto dell'IA, si rimanda a A. GIANNINI, *Intelligenza artificiale, human oversight e responsabilità penale: prove d'impatto a livello europeo*, in *disCrimen*, 2021, 6 ss.

39 V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 82 ss., ID, *Presente e futuro della compliance penale*, in *Sistema Penale*, 2022, 1 ss.; P. SEVERINO, *The Importance of Corporate Compliance in the Digital Era*, in *Revue Internationale de droit penal*, 2020, 435 ss.

40 A. GIANNINI, *Intelligenza artificiale*, cit., 16.

41 Sulla distinzione tra dovere di diligenza e regola cautelare, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 99 ss. Per L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 500 ss., le cautele sarebbero non tanto regole in senso stretto quanto modalità di condotta la cui adozione e modulazione compete al soggetto competente per il rischio. Anche G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, dissocia la cautela doverosa dalla regola scritta, rilevando che spesso si deve far fronte a situazioni di pericolo inedite, che non possono essere neutralizzate con manovre non positivizzabili *ex ante*.

42 Sul fronte della natura della regola cautelare, si rimanda a F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 87, che tratta delle regole cautelari quali «mezzi da usarsi per un certo fine». In aggiunta, M. DONINI, in *Reato colposo. Enc. Dir.*, diretto da M. Donini, Milano, 2021, XIV osserva come le cautele siano migliaia e la violazione della cautela riempia la clausola generale 'per colpa', ma non appartenga all'elemento oggettivo del reato, pur essendo sicuramente un elemento che tipizza la modalità di manifestazione della colpa in quel determinato settore di condotte. D. BIANCHI, *Automazione e diritto penale*, Torino, 2021, 113 ss. afferma la regola cautelare non appartenga al mondo dei

l'individuo viene considerato responsabile quando l'evento dannoso si pone come conseguenza dell'inosservanza di obblighi di vigilanza o controllo⁴³.

Il criterio della prevedibilità assume una valenza fondamentale nella genesi e nella definizione del comportamento prudente, atteso che la rappresentazione dell'evento si pone quale caratteristica oggettiva della situazione rischiosa, da verificare, caso per caso, alla luce degli elementi fattuali antecedenti all'azione⁴⁴.

Nello scenario attuale, connotato dalla introduzione di sistemi di intelligenza artificiale, la regola cautelare non può più limitarsi alla semplice enunciazione di doveri funzionali o di vigilanza da parte di individui specifici, ma deve evolversi per tenere conto della complessità dei nuovi modelli decisionali, nell'ambito di un mutamento paradigmatico circa i rapporti tra cautele relazionali e comportamento alternativo lecito⁴⁵. Può ritenersi sussistente una complicità colposa solo qualora l'inosservanza abbia creato *ex novo* un rischio non ammesso, abbia aumentato un rischio già illecito ovvero abbia reso il rischio inaccettabile⁴⁶. L'ambito entro cui opera la cautela relazionale, ad ogni modo, è sempre l'organizzazione entro cui si muove il soggetto che è ad essa tenuto, diversamente da quanto accade per la posizione di garanzia, la quale – in quanto 'obbligo di risultato' – consente anche l'invasione nella sfera di autonomia dei terzi⁴⁷. Ne deriva che la possibilità fattuale di controllare un rischio non coincide sempre con il dovere di attivarsi per farlo⁴⁸; diversamente opinando, si renderebbe il concorso colposo oggetto di analogia *in malam partem*, nelle ipotesi in cui il dovere di

fatti, ma abbia un'essenziale dimensione politica; di riflesso, presupponendo una scelta valoriale, non può esserne negata la giuridicità.

43 Riferirsi al concetto di obbligo appare più corretto dell'impiego del termine dovere quando si deve definire la posizione dell'agente nel perimetro della colpa; l'obbligo è più coerente con l'ambito della colpevolezza, atteso che esso presuppone la possibilità di agire diversamente in capo all'agente. Il dovere appartiene alla precedente categoria dell'antigiuridicità, che riguarda la verifica della violazione della norma. La predetta distinzione è chiarita da M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 57, 125.

44 M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 638, nt. 38, il quale evidenzia come più che di prevedibilità dovrebbe parlarsi di rappresentatività, in quanto termine più comprensivo che può riferirsi anche ad accadimenti concomitanti all'agire e addirittura antecedenti. G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 185, 201, impiega invece il termine di riconoscibilità per rilevare come la tipicità colposa sia integrata, nel caso concreto, in presenza di elementi giuridici e fattuali, i quali, in correlazione con le leggi scientifiche e le conoscenze empiriche necessarie, avrebbero permesso all'agente di manifestarsi la concreta realizzazione del fatto. Sulla rappresentabilità quale criterio strutturale della colpa, vedasi anche, più recentemente, M. MASUCCI, *Colpa per assunzione e malpractice medica*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, 2021, 632.

45 F. CONSULICH, *Il concorso*, cit., 181 ss.

46 In presenza di un'interazione tra più soggetti e dunque di doveri cautelari collegati, la valutazione circa colui che è tenuto a controllare l'azione di un terzo va dunque compiuta assumendo, controfattualmente, che quest'ultimo agisca come un agente modello. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 17 luglio 2015, n. 31244.

47 F. CONSULICH, *Il concorso*, cit., 179.

48 La cautela relazionale, avendo una dimensione puramente organizzativa, non deve in alcun modo essere confusa con l'obbligo di impedire l'evento ex art. 40, comma secondo, c.p., considerato che essa è strutturalmente autonoma da quest'ultimo. Al più, essa impone di controllare e dare avviso dell'inosservanza altrui al garante, affinché intervenga, rilevando solo nel quadro di un più ampio comportamento attivo connesso causalmente all'evento. Una contiguità, secondo alcuna dottrina, può essere identificata

coordinarsi con altri venga inteso quale obbligo di impedire che questi pongano in essere un fatto colposo⁴⁹.

Il nesso di rischio, in particolare, deve così considerare non solo la condotta dell'individuo che potrebbe omettere di adottare misure preventive, ma deve tenere conto del valore dell'organizzazione come fattore decisivo sul fronte eziologico⁵⁰. Infatti, l'errore organizzativo non riguarda più solo il comportamento di singoli soggetti, ma si estende alla gestione complessiva dei rischi connessi all'utilizzo di IA, il cui malfunzionamento o uso improprio può facilmente generare danni, anche se, spesse volte – per mancanza di prevedibilità e quindi di colpevolezza⁵¹ – non ci si trova di fronte ad una condotta umana 'imputabile'⁵². L'imputazione della responsabilità penale nelle strutture complesse deriva, invero, da una verifica integrata sul piano empirico – inerente alla genesi ed alla evoluzione del rischio – cui si affianca una ricostruzione normativa della competenza. Infatti, con la logica introdotta dal d.lgs. 231/2001, rilevando il concreto disimpegno del ruolo di centro di gestione, si è progressivamente contaminata la posizione di garanzia individuale. Conseguentemente, è intervenuta una transizione dal dovere di impedimento dell'evento all'obbligo di minimizzazione del rischio⁵³.

Nel contesto dell'intelligenza artificiale, la regola cautelare dovrà tuttavia essere riformulata, per prevedere l'obbligo di adottare tecnologie e processi in grado di monitorare, verificare e correggere continuamente il funzionamento di tali automatismi. Gli enti dovranno, quindi, integrare, nei propri modelli organizzativi, il monitoraggio delle attività svolte dalle intelligenze artificiali, prevenendo le possibili disfunzioni, predisponendo tempestivi interventi e protocolli di azione in caso di anomalie⁵⁴.

con la c.d. posizione di sorveglianza. Si veda, sul punto, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 14 ss.

49 La posizione di garanzia nell'ambito colposo pone il garante nella condizione di seguire regole cautelari di contrasto al rischio senza possibilità di astenersi dall'intervenire, atteso che vi è stretta connessione tra il dovere di agire e il dovere di intervenire con il massimo livello di perizia. Si veda, sul punto, F. GIUNTA, *Quale colpa per la protezione civile?*, in *La giustizia penale*, 2016, 127 ss.; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 88 ss.

50 N. SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa tra 'merzia' e 'induzione al reato'*, Napoli, 2012, 24.

51 Come osservato da S. BECK, *Corporate criminal liability*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, a cura di M. D. Dubber, T. Hörnle, Oxford, 2014, 578, i rischi moderni sono caratterizzati dalla difficoltà di rinvenire responsabili individuali.

52 M.E. FLORIO, *Il dibattito*, cit., 6 ss.

53 F. CONSULICHI, *Il concorso*, cit., 361; A. GARGANI, *Posizioni*, cit., 511 ss.

54 Merita di richiamarsi, sul punto, la recente pronuncia Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, *Impregilo*. La sentenza Impregilo della Corte di cassazione rappresenta un importante punto di riferimento per chiarire alcuni principi fondamentali in tema di responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001. La pronuncia si distingue per la sua capacità di delineare una 'grammatica' della colpa d'organizzazione e della responsabilità autonoma dell'ente, fissando linee guida utili sia sul piano teorico che pratico. Uno dei principi centrali è che la responsabilità dell'ente è autonoma rispetto a quella delle persone fisiche autrici del reato-presupposto. Questo significa che l'ente può essere ritenuto responsabile indipendentemente dall'esito del procedimento penale nei confronti delle persone fisiche. La Corte sottolinea che il *focus* va ricercato nella colpa organizzativa dell'ente, legata alla mancanza o all'inadeguatezza del

In altre parole, il danno da dispositivo intelligente ripropone, accentuandoli, alcuni dei profili più problematici già sorti in relazione alla responsabilità penale per danno da prodotto: l'indebita sovrapposizione tra struttura commissiva e omissiva del reato; l'ostica identificazione dei soggetti personalmente responsabili all'interno delle organizzazioni complesse; l'individuazione del nesso di causalità in relazione a prodotti caratterizzati da opacità; l'accertamento della colpa in situazioni di incertezza scientifica⁵⁵. Tale evoluzione implica che il tradizionale nesso di rischio, che si concentra sulla violazione di regole di singole condotte umane, si estenda a una dimensione collettiva e tecnologica, introducendo criteri e parametri valutativi che riflettano questa singolare complessità.

3. L'implementazione degli 'standards' tecnici e organizzativi quale modalità di risposta al rischio.

L'*AI Act*⁵⁶ propone un quadro normativo specifico per tale innovativo contesto⁵⁷; si impongono, difatti, *standards* tecnici e organizzativi che rimodellano la struttura della

modello di gestione e controllo adottato. La responsabilità dell'ente si basa sulla colpa d'organizzazione, che deve essere dimostrata dall'accusa. Non esiste un'inversione dell'onere della prova: spetta al pubblico ministero provare che il modello organizzativo dell'ente sia stato inidoneo o inefficace nel prevenire il reato commesso. La Corte ribadisce, in aggiunta, che l'idoneità del modello organizzativo va valutata *ex ante*, ossia nel momento in cui il reato è stato commesso. Non è sufficiente sostenere che il verificarsi del reato dimostri automaticamente l'inadeguatezza del modello: serve una verifica rigorosa della capacità del modello di prevenire i rischi tipici legati all'attività dell'ente. Le linee guida adottate dalle associazioni di categoria e altre norme di autoregolamentazione sono ritenute utili strumenti per valutare l'idoneità dei modelli. La Corte chiarisce che, pur non essendo vincolanti, queste indicazioni possono orientare il giudizio del giudice, il quale, nel caso in cui non le ritenga sufficienti, deve fornire una motivazione puntuale. Un altro aspetto cruciale della sentenza è la definizione del ruolo dell'organismo di vigilanza (OdV), che deve svolgere un controllo sistemico e continuativo, senza tuttavia ingerire nelle scelte gestionali dell'ente. L'efficacia dell'OdV è considerata un elemento importante per valutare l'idoneità del modello organizzativo. La Corte affronta anche il tema dell'elusione fraudolenta, evidenziando che l'ente non può essere ritenuto responsabile se il reato è stato commesso attraverso una violazione dolosa e fraudolenta delle regole organizzative. Questo limite serve a proteggere gli enti che hanno adottato modelli effettivamente adeguati ma che sono stati aggirati intenzionalmente da soggetti interni. Infine, la Cassazione stabilisce che la valutazione dell'idoneità del modello non deve essere 'totalizzante' ma deve concentrarsi sul rischio specifico del reato contestato. L'obiettivo è verificare se il modello fosse in grado di ridurre il rischio tipico legato al reato—presupposto. La pronuncia Impregilo sottolinea, in definitiva, la necessità di un modello organizzativo realmente funzionale e di un giudizio equilibrato che tenga conto della complessità delle organizzazioni moderne, proteggendo al contempo gli enti che si sono attivamente impegnati nella prevenzione dei rischi.

55 Per una disamina più approfondita circa i profili della responsabilità di danno da prodotto difetto derivante da sistemi di intelligenza artificiale, si rinvia a B. FRAGASSO, *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, in *Sistema Penale*, 2023, 1 ss.

56 Regolamento UE 2024/1689.

57 Ai sensi dell'art. 2, il Regolamento non si applica sia ai settori che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sia ai sistemi di IA sviluppati o utilizzati con scopi militari e di difesa, oltre che ai sistemi di IA o modelli di IA, ivi compresi i loro *output*, specificamente sviluppati e messi in servizio al solo scopo di ricerca e sviluppo scientifici. Parimenti, esso non trova il suo campo applicativo

regola cautelare, rendendola un elemento cardine per la gestione del rischio tecnologico. L'ente, pertanto, non può più limitarsi a designare obblighi funzionali a carico di singoli individui, ma deve adottare un approccio olistico che includa processi di monitoraggio, oltre che verifica e correzione costante dei sistemi di IA. Questo approccio integra l'osservanza della regola cautelare con l'obbligo di conformarsi alle disposizioni del nuovo assetto regolamentare⁵⁸, che prevedono misure preventive e reattive per garantire la sicurezza e l'affidabilità delle tecnologie impiegate. Il nesso di rischio si amplia, includendo non solo la condotta omissiva dei singoli, ma anche la valutazione dell'efficacia di tali sistemi, così implementati. La responsabilità organizzativa, dunque, si estende alla gestione complessiva dei rischi che derivano dall'uso di IA, il cui malfunzionamento o utilizzo improprio può provocare danni significativi anche in assenza di una condotta umana.

In questo senso, la regola cautelare si evolve per abbracciare una dimensione sia collettiva – nell'ambito della quale la mera presenza di un'organizzazione determina la possibilità di incorrere in errori nuovi e diversi da quelli propri dell'azione individuale⁵⁹

con riferimento a soggetti che sfruttino l'IA in attività non professionali. Le attività di ricerca, prova o sviluppo relative a sistemi di IA o modelli di IA, prima della loro immissione sul mercato o messa in servizio, sono svolte in conformità del diritto dell'Unione applicabile, in quanto il Regolamento lascia impregiudicate le norme stabilite da altri atti giuridici dell'Unione in materia di protezione dei consumatori e di sicurezza dei prodotti. Per converso, il campo di applicazione delle disposizioni si estende ai fornitori, importatori, distributori, fabbricanti e rappresentanti autorizzati che operano sul mercato europeo, come pure agli utilizzatori, i quali, anche se situati in un paese *extra* UE, facciano utilizzo di un prodotto del sistema di IA in Europa. È esclusa, parimenti, l'applicabilità alle autorità pubbliche di un paese terzo e alle organizzazioni internazionali, nell'ipotesi in cui queste ultime sfruttino l'IA nel quadro della cooperazione o di accordi internazionali per la cooperazione, sempre a condizione che tale paese terzo o organizzazione internazionale fornisca garanzie adeguate sul fronte della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone.

58 Sul piano sanzionatorio, all'art. 99, si prevede, tra l'altro, che, gli Stati membri stabiliscano sanzioni dettagliate e altre misure di applicazione per la violazione dell'*AI Act* da parte degli operatori. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive, oltre che tenere conto degli interessi delle piccole e medie imprese (PMI), comprese le *startup*, e della loro redditività economica.

A titolo esemplificativo, la non conformità al divieto delle pratiche di IA è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 35 milioni di euro o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 7% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore. In ipotesi di violazione di altri obblighi, tra cui quelli alla trasparenza, la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile arriva sino ai 15 milioni di euro o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 3% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore. Nel caso di trasmissione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti agli organismi notificati o alle autorità nazionali competenti, le sanzioni amministrative sono limitate a 7,5 milioni di euro o, se l'autore del reato è un'impresa, fino all'1% del fatturato mondiale annuo, sempre se superiore. Nel decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria e nel determinarne l'importo in ogni singolo caso, si dovrà comunque tenere conto di tutte le circostanze pertinenti alla situazione specifica.

59 Sul punto, L. CORNACCHIA, *Colpa d'équipe*, in *Reato colposo. Enc. dir.*, diretto da M. Donini, Milano, 2021, 45.

– che tecnologica, dove – pur a fronte dell'approvazione dell'*AI Act* – il contenuto cautelare è spesso troppo 'elastico' e insufficiente⁶⁰.

L'implementazione di adeguati *standards* tecnici e organizzativi rappresenta pertanto una risposta fondamentale per la gestione dei rischi derivanti dall'uso delle tecnologie avanzate. La complessità dei fenomeni organizzativi e procedurali spinge, difatti, ad interpretare le fattispecie colpose come veri e propri reati d'obbligo, tipizzanti azioni normative più che naturalistiche, al cui interno trova sede la classica interscambiabilità tra agire e omettere⁶¹. Tali *standards* non solo devono rispondere agli obblighi normativi già previsti dalla legislazione, ma devono anche riflettere una visione proattiva della *corporate governance*, che punti a prevenire l'insorgere di situazioni di rischio. Per esempio, per tale finalità, gli enti vengono chiamati a implementare dei sistemi di controllo interno, che monitorino costantemente l'operato dei modelli automatizzati, al fine di garantire la loro conformità alle normative e alle politiche aziendali⁶².

Queste tecniche standardizzate comprendono, innanzitutto, l'adozione di sistemi di *auditing* tecnologico che valutano preventivamente, a titolo precauzionale, il processo decisionale automatizzato, la trasparenza degli algoritmi, oltre alla tracciabilità

60 B. FRAGASSO, *La responsabilità*, cit., 13 ss.

61 Sul c.d. momento omissivo della colpa, si rimanda a A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt*, Göttingen, 1959, 167 ss.; nella dottrina italiana, vedasi F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 92 ss.; F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 1287 ss.

62 Si richiama, a tal fine, l'articolo 9 dell'*AI Act*, in tema di sistemi di gestione del rischio. Questo articolo impone agli operatori di IA di implementare un sistema di gestione del rischio per identificare e mitigare i rischi potenziali associati ai loro sistemi. Gli enti devono adottare un approccio ciclico di valutazione e aggiornamento continuo, il che si sposa con l'idea di una *governance* proattiva e adattiva. Tale gestione deve includere valutazioni sia dei rischi prevedibili sia di quelli più difficilmente individuabili. Inoltre, l'articolo 13, in materia di documentazione tecnica, prevede la necessità di mantenere una documentazione tecnica dettagliata che garantisca la trasparenza del sistema IA e delle sue operazioni. Questa documentazione deve essere accessibile per ispezioni da parte delle autorità competenti e deve includere informazioni sulle caratteristiche generali del sistema, il suo scopo e i test condotti per garantirne la sicurezza. L'articolo 14, sulla tracciabilità, stabilisce che i sistemi IA ad alto rischio devono essere progettati in modo da garantire una tracciabilità adeguata delle operazioni. Questo principio richiede che i processi e le decisioni prese dall'IA siano ricostruibili, un aspetto fondamentale per assicurare che l'ente possa rispondere in modo appropriato alle eventuali criticità o alle violazioni della legge. L'articolo 15, quanto alla trasparenza e obblighi informativi, impone che i sistemi di IA ad alto rischio debbano fornire informazioni sufficienti affinché gli utenti possano comprendere il funzionamento del sistema e prendere decisioni informate. Questo principio mira a garantire che l'uso dell'IA sia sempre accompagnato dalla consapevolezza del suo impatto e dai limiti delle sue operazioni, promuovendo un uso etico e responsabile. L'articolo 17, nel contesto degli obblighi di conformità post-vendita, richiede che gli enti mantengano un monitoraggio continuo dei loro sistemi di IA anche dopo l'immissione sul mercato, aggiornando e rettificando eventuali anomalie o rischi imprevisi. Questo aspetto riflette la necessità di un modello di *governance* flessibile e proattivo. Da ultimo, si osserva che l'articolo 54, in tema di supervisione ed *enforcement*, introduce meccanismi di controllo e sorveglianza per garantire la conformità degli enti con le normative sull'IA, incluse ispezioni e *audit* da parte delle autorità competenti. Le aziende devono essere pronte a dimostrare la propria aderenza agli obblighi di legge.

delle scelte fatte da un'intelligenza artificiale. La predisposizione di algoritmi etici, che assicurino decisioni non discriminatorie e che rispettino la *privacy* e i diritti fondamentali delle persone, deve, in questa logica, diventare parte integrante della struttura organizzativa del soggetto giuridico interessato. Le normative in materia di protezione dei dati personali, come il GDPR⁶³, pongono inoltre un ulteriore livello di attenzione, richiedendo che l'uso dei sistemi IA sia conforme ai principi fondamentali di minimizzazione dei dati, di limitazione della finalità e di massima trasparenza⁶⁴.

La censurabilità dell'ente e la colpa di organizzazione, conseguentemente, vanno analizzate in una logica 'progettuale' e 'pianificatoria', e consiste, quindi, in una corretta e completa regolazione preventiva dell'attività caratteristica, tale da non produrre esiti negativi⁶⁵, e quindi in grado di non deludere l'aspettativa collettiva.

4. *La responsabilità da reato degli enti per i crimini commessi da sistemi di intelligenza artificiale.*

Tradizionalmente, la responsabilità penale delle aziende si fonda su atti illeciti commessi da persone fisiche, in particolare dai loro dipendenti o dirigenti. Tuttavia, all'esito dell'adozione diffusa di intelligenze artificiali, i crimini possono essere commessi autonomamente dai sistemi, senza un intervento umano diretto. Questa 'autonomia'⁶⁶ ha generato il fenomeno del *responsibility gap*⁶⁷, che rende difficile identificare il colpevole, specie in caso di danni causati dall'uso di IA⁶⁸.

In primo luogo, questa particolare forma di responsabilità può intervenire quando i crimini commessi dai sistemi di IA sono riconducibili a negligenza organizzativa. Ad esempio, un sistema di IA che agisce in modo discriminatorio nei confronti di una determinata categoria di persone potrebbe essere causato da un errore di progettazione, dalla mancanza di controllo sui *bias* nei dati di addestramento, o da una violazione

63 Il GDPR (*General Data Protection Regulation*), Regolamento (UE) 2016/679, entrato in vigore il 25 maggio 2018.

64 Nell'ambito di quanto è qui di interesse, si richiama, in particolare, l'articolo 5 del GDPR in tema di principi relativi al trattamento dei dati personali, il quale stabilisce i principi fondamentali della liceità, correttezza e trasparenza, la limitazione delle finalità, la minimizzazione dei dati, l'esattezza, la limitazione della conservazione e l'integrità e riservatezza. Questi principi devono essere rispettati anche quando si utilizzano sistemi IA per elaborare dati personali.

65 G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Parte generale*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2008, 170, infatti, afferma l'insensibilità dell'ente rispetto alle esigenze di prevenzione del rischio reato.

66 Nell'ipotesi di sistemi non autonomi, la responsabilità penale può essere ascritta all'ente sul fronte dei modelli della stretta responsabilità o della responsabilità vicaria basata sulla colpa di organizzazione o sulla mancata prevenzione di specifici reati. Si veda, V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 78.

67 A. MATTHIAS, *The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata*, in *Ethics and Information Technology*, 6, 2004, 1 ss.

68 C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1753; F. MAZZACUVA, *The Impact of AI on Corporate Criminal Liability: Algorithmic Misconduct in the Prism of Derivative and Holistic Theories*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2021, 143 ss.

degli *standards* di sicurezza. In questi casi, la responsabilità dell'ente si attiva non tanto per il comportamento illecito di un singolo individuo, quanto per l'omissione di azioni preventive, in grado di adottare adeguati modelli precauzionali.

Per esempio, se un ente utilizza un sistema di IA per decisioni automatiche nelle assunzioni, e il sistema discrimina determinati gruppi o generi, la responsabilità penale potrebbe derivare dal fatto che non sono state adottate misure sufficienti per garantire l'equità e la non discriminazione nel processo di sviluppo e validazione dell'algoritmo.

Un sistema di IA implementato per il *trading* ad alta frequenza potrebbe causare crolli di mercato o perdite significative se progettato senza adeguati controlli sui parametri di rischio e senza audit interni di sicurezza. In tal caso, la responsabilità penale dell'ente deriverebbe dalla mancata supervisione di un algoritmo in grado di influenzare mercati finanziari in maniera autonoma. Analogamente, un'azienda che utilizza un sistema di IA per il riconoscimento facciale in contesti pubblici può essere ritenuta responsabile se l'algoritmo viola i diritti alla *privacy* o discrimina determinati gruppi etnici, evidenziando una negligenza nella verifica della conformità e nell'implementazione di *test* etici. La responsabilità dell'ente può estendersi anche al settore sanitario, come nel caso di un ospedale che adotta sistemi di diagnosi automatizzate basati su IA. Qualora questi sistemi commettano errori diagnostici a causa di una scarsa diversificazione dei dati di addestramento o di insufficiente supervisione, la colpa dell'ente deriverebbe dalla mancata adozione di misure atte a garantire la sicurezza e l'affidabilità del sistema. La stessa responsabilità si potrebbe configurare anche nella gestione del rischio ambientale, dove un sistema di IA utilizzato per la logistica dei rifiuti potrebbe adottare decisioni contrarie alle normative, come lo smaltimento inappropriato di materiali pericolosi, con conseguente violazione di leggi ambientali e trascuratezza organizzativa.

Un'ulteriore fattispecie rilevante può riguardare i veicoli a guida autonoma. Se un'azienda sviluppatrice non adotta misure idonee per testare i *'software'* in scenari complessi e tali veicoli provocano incidenti, la responsabilità penale dell'ente si potrebbe estendere alla mancata predisposizione di protocolli di sicurezza e alla gestione negligente dell'intero processo di sviluppo.

In tutti questi casi, portati a mero titolo di esempio, la responsabilità dell'ente non si limita ai crimini diretti, ma si estende anche alle omissioni di politiche di governance adeguate, che avrebbero potuto evitare il danno. In altre parole, un soggetto giuridico potrebbe essere ritenuto penalmente responsabile se non ha preso misure adeguate a prevenire i rischi derivanti dall'uso dell'IA, anche se questi rischi si concretizzano in crimini non direttamente commessi da individui.

La colpa organizzativa, dunque, è una *culpa in causa*, ossia una negligenza che attiene alla *mala gestio* di un'attività complessa e che determina le precondizioni di realizzazione dell'evento avverso, fuorviando anche le attività di coloro che dovranno inserirsi nella procedura o eseguire le direttive nella veste di subordinati o esecutori. Si tratta, in definitiva, di una forma autentica di colpa, la quale rinviene la sua peculiarità nella

circostanza di essere propedeutica alle colpe altrui, in ragione di una connessione di rischio che lega la norma cautelare violata con l'evento concreto⁶⁹.

5. La *'corporate liability'* nel contesto del rischio normativo proposto dall'*'AI Act'*.

Come accennato, il rischio normativo derivante dall'adozione di intelligenza artificiale è stato formalizzato in modo significativo dall'*'AI Act'* europeo⁷⁰, che si propone di regolare l'uso dell'IA per tutelare i diritti fondamentali, la sicurezza e la *privacy* dei cittadini. In questo contesto, la *corporate liability* assume un ruolo cruciale, in quanto le aziende sono chiamate a garantire che i sistemi di IA che utilizzano rispettino rigorosamente i principi e gli obblighi da esso previsti.

L'*'AI Act'* introduce una classificazione dei rischi associati all'uso dell'IA, suddividendo i sistemi in categorie in base al rischio che ne può derivare⁷¹. Per i sistemi ad alto rischio⁷², ad esempio quelli utilizzati nella sanità, in ambito legale o nelle decisioni relative alla sicurezza pubblica, sono richiesti requisiti molto più stringenti rispetto ai sistemi a basso rischio⁷³. Le imprese devono attuare una serie di misure preventive e di controllo per garantire che questi sistemi non compromettano i diritti dei potenziali utenti o dei cittadini. In termini di *corporate liability*, l'*'AI Act'* prevede che le aziende siano penalmente responsabili in caso di non conformità, con sanzioni che vanno dalla sospensione dell'uso dei sistemi fino a pesanti sanzioni pecuniarie⁷⁴. La responsabilità non si limita solo a garantire che i sistemi siano conformi alla normativa, ma si estende anche all'obbligo di formazione di una cultura aziendale, in cui l'adozione di IA è strettamente controllata, e monitorata con finalità precauzionali.

69 F. CONSULICH, *Il concorso*, cit., 374.

70 Regolamento UE 2024/1689, più volte citato.

71 Cfr. artt. 5 ss. Regolamento UE 2024/1689.

72 Per un'analisi più completa, vedasi, in particolare, l'Allegato III al Regolamento. Merita poi precisare che, in deroga al paragrafo 2, un sistema di IA non è considerato ad alto rischio se non presenta un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare materialmente il risultato del processo decisionale. È questo il caso quando sono soddisfatte una o più delle seguenti condizioni: a) il sistema di IA è destinato a eseguire un compito procedurale limitato; b) il sistema di IA è destinato a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata; c) il sistema di IA è destinato a rilevare schemi decisionali o deviazioni da schemi decisionali precedenti e non è inteso a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un'adeguata revisione umana; d) il sistema di IA è destinato a eseguire un compito preparatorio per una valutazione pertinente ai fini dei casi d'uso elencati nell'allegato III. Fatto salvo il primo comma, un sistema di IA di cui all'allegato III è sempre considerato ad alto rischio qualora esso effettui profilazione di persone fisiche.

73 Quanto ai sistemi a rischio limitato e a rischio minimo, cfr. artt. 52 e 69 Regolamento UE 2024/1689.

74 Si veda, sul punto, l'art. 99 del Regolamento *de quo*. Le aziende possono incorrere in sanzioni significative per la non conformità. Le pene includono multe fino al 6% del fatturato globale annuo, la sospensione o il ritiro dei prodotti non conformi, e l'obbligo di dimostrare una *governance* trasparente con procedure per il monitoraggio e la formazione continua.

Inoltre, l'*AI Act* pone l'accento sulla necessità di una *governance* trasparente, in cui le imprese devono dimostrare di aver adottato politiche e procedure di monitoraggio, formazione, e revisione continua per garantire che i loro sistemi di IA operino nel rispetto delle normative europee e dei diritti dei consumatori⁷⁵. In questo scenario, la responsabilità aziendale non solo deve coprire i crimini commessi attraverso l'IA, ma anche le omissioni in termini di prevenzione dei rischi⁷⁶. La categorizzazione proposta da questa nuova 'Costituzione europea' in tema di IA⁷⁷ sconta, peraltro, i limiti propri di un approccio 'statico' al fenomeno, tipico del c.d. mero *legal risk*⁷⁸ e non di un rischio di natura fattuale. L'intelligenza artificiale è, cioè, considerata dall'*AI Act* quale mero 'prodotto', in linea con la regolamentazione europea in tema di *EU product safety legislation*⁷⁹. Parimenti, l'*AI Act* non tiene conto dell'interazione e interconnessione tra le fonti di pericolo. Ciò si accompagna, peraltro, alla mancanza di un giudizio di proporzionalità tra le misure di mitigazione del rischio e i principi e i diritti coinvolti, che richiederebbe, invece, un approccio semi-quantitativo⁸⁰.

Le criticità che emergono dal testo dell'*AI Act* attengono, primariamente, alla natura normativa del rischio considerato. In aggiunta, il modello di valutazione adottato dal legislatore europeo non soddisfa neppure la natura distintiva del *legal risk*, atteso che non valuta in modo comparativo e proporzionato il peso specifico delle norme giuridiche, ma rimanda la stima del rischio a canoni di matrice esclusivamente tecnica⁸¹.

75 Per garantire un'attuazione armonizzata del Regolamento, oltre all'istituzione di un apposito Comitato europeo per l'IA, spetterà ai singoli Stati membri nominare Autorità di controllo nazionali con il preciso compito di vigilare sull'effettiva applicazione, da parte degli operatori economici, delle prescrizioni e degli obblighi stabiliti dall'*AI Act*. Nel contesto italiano, in una recente segnalazione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali al Parlamento e al Governo, datata 25.03.2024, si segnala la necessità di affidare tale controllo ad un'autorità terza e indipendente. In particolare, il Presidente dell'autorità Garante evidenzia che l'*AI Act* si fonda sull'articolo 16 del TFUE, che è la base giuridica della normativa di protezione dei dati, e che lo stesso Regolamento sull'intelligenza artificiale prevede il controllo delle Autorità di protezione dei dati personali su processi algoritmici che utilizzino dati personali. Si suggerisce, in tal senso, una sinergia tra le due discipline e la loro applicazione da parte di un'unica Autorità, nella prospettiva di fornire effettività alla tutela dei diritti e delle garanzie sanciti nell'*AI Act*.

76 Si rinvia a quanto disposto dagli artt. 65 ss. del Regolamento.

77 C. NOVELLI, *L'Artificial*, cit., 95.

78 Per un approfondimento in tema di *legal risk*, vedasi T. MAHLER, *Defining legal risk*, Turku, 2007, 1 ss.

79 Tuttavia, esso è compatibile con uno *standard* di gestione del rischio utilizzato in settori ad alta sicurezza in altri ordinamenti. Un esempio ne è il principio adottato dal Regno Unito del '*As Low As Reasonably Practicable*' (ALARP).

80 Per una disamina sul punto, vedasi il recente contributo di C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, in *Digital Society*, 2024, 18 ss.

81 N. SMUHA, E. AHMED-RENGERS, A. HARKENS, L. WENLONG, J. MACLAREN, R. PISELLI, K. YEUNG, *How the EU can achieve legally trustworthy AI: A response to the European commission's proposal for an artificial intelligence act*, in *Artificial Intelligence – Law, Policy, & Ethics eJournal*, 2021, 1 ss.

La natura normativa del rischio da intelligenza artificiale fa riemergere, difatti, l'importanza di effettuare una distinzione tra 'colpa organizzativa' dell'individuo e 'colpa di organizzazione' dell'ente⁸².

In particolare, mentre la prima rimprovera l'omessa eliminazione o riduzione di rischi fattuali, attinenti ad eventi avversi penalmente rilevanti ai sensi di una specifica fattispecie incriminatrice, la seconda censura l'omessa neutralizzazione di rischi normativi, relativi alla commissione di una classe di reati da parte di organi e personale dipendente di un ente collettivo⁸³. La regola su cui la violazione fonda questo rimprovero non sembra, in questo senso, cautelare – come pure sostenuto da autorevole dottrina⁸⁴ – bensì progettuale o pianificatoria, atteso che essa non è funzionale alla prevenzione di un determinato tipo di evento, diversamente da ciò che accade, al contrario, nell'ambito della responsabilità individuale⁸⁵. Il dovere di organizzazione disciplinato nell'ambito del d.lgs. n. 231 del 2001 funge, così, da condizione di preesistenza delle regole cautelari, non potendosi rinvenire alcuna assimilazione con la colpa quale categoria sistematica del diritto penale delle persone fisiche, la quale richiede una verifica circa il comportamento alternativo lecito da adottare⁸⁶. Ne deriva, conseguentemente, che non sussiste alcun automatismo tra violazione di una disposizione di sicurezza da parte dell'individuo e corresponsabilità dell'ente⁸⁷, potendo quindi ipotizzarsi – in un

82 Sul punto, si rimanda, *ex multis*, a F. CONSULICH, *Il concorso*, cit., 368 ss.; C.E. PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Reato colposo. Enc. Dir.*, diretto da M. Donini, Milano, 2021, 70 ss.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 167 ss.; C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione e di impresa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, Bologna, 2013, 161 ss.; ID., *Paradigma dell'autocontrollo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2049 ss.; A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 267 ss.; G. DE SIMONE, *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 1883 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., 63 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 435 ss.; A.F. TRIPODI, *'Situazione organizzativa' e 'colpa in organizzazione': alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 482 ss.

83 Si veda D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 235.

84 C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa*, cit., 176.

85 F. CONSULICH, *Il concorso*, cit., 370.

86 Sul momento omissivo della colpa, cfr., tra gli altri, F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., Padova, 1993, 90 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 138 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 55 ss.; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 1985 ss.

87 Sul punto, vedasi, a titolo esemplificativo, Cass. pen., Sez. IV, 27 novembre 2019, n. 49775, con nota di G. GAROFALO, *Dalla 'colpa in vigilando' alla 'colpa di organizzazione': corsi e ricorsi nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità ex crimine dell'ente*, in *Sistema Penale*, 2020, 1 ss. La Suprema Corte, in tale ipotesi, esclude la responsabilità dell'ente, pur condannando il delegato alla sicurezza e nonostante l'assenza del modello di organizzazione. L'esonero di responsabilità si fonda sulla mancata prova del carattere non meramente occasionale dell'operazione. Emerge, così, un'accezione di colpa e di organizzazione quale *colpa in vigilando*, la quale si allontana dalla violazione del dovere di progettare e auto-normare procedure e relazioni – interorganiche, tra dipendenti e verso i terzi – efficienti nella prevenzione di illeciti.

contesto di indipendenza dei giudizi di ascrizione – che la *corporate liability* sussista pur in un contesto di 'autonomia di azione' dello strumento di IA⁸⁸.

6. Possibili modelli di attuazione della responsabilità da reato degli enti nel contesto dell'IA.

Come accennato, il recente *AI Act* evidenzia l'importanza di analizzare i rischi specifici del contesto in cui operano i sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito della responsabilità legata al loro utilizzo. Questo regolamento si basa su un approccio fondato sul rischio, implicando che vi sia sempre una certa dose di alea associata all'IA, considerata quindi 'inevitabile'. Di conseguenza, la responsabilità penale, specialmente in questo settore peculiare, deve tenere conto di quei rischi residui che non possono essere mitigati o eliminati completamente, anche adottando tutte le misure tecnicamente praticabili, sostenibili economicamente. L'obiettivo consiste nel mantenere un equilibrio tra i diversi interessi che devono essere garantiti, che permetta di preservare l'utilità sociale ed economica di un'attività produttiva, comunque potenzialmente rischiosa. Quello che resta – eliminando ciò che può essere prevenuto – è il cosiddetto 'rischio consentito'⁸⁹, ovvero il rischio che persiste nonostante l'applicazione delle misure imposte dalla legge, parte integrante e inevitabile di ogni attività umana, intrinsecamente soggetta a errore. Attualmente, nel diritto penale, il concetto di rischio consentito ha mero valore argomentativo⁹⁰. Questa idea si inserisce in una visione della colpa 'non strettamente giuridica', dove le crescenti richieste di prevenzione nelle

88 La Suprema Corte aderisce all'impostazione secondo cui «la struttura dell'illecito addebitato all'ente risulta incentrata sul reato presupposto, rispetto al quale la relazione funzionale intercorrente tra reo ed ente e quella teleologica tra reato ed ente hanno unicamente la funzione di irrobustire il rapporto di immedesimazione organica». Si intende dimostrare, in questo modo, la conformità dello schema di responsabilità dell'ente con il principio di responsabilità per fatto proprio. Difatti, la Corte richiama la categoria della colpa di organizzazione, al fine di escludere che il paradigma punitivo *de societate* costituisca un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Ne deriva, pertanto, che la responsabilità da reato dell'ente rispetta entrambi i 'livelli' del principio di colpevolezza sancito dall'art. 27 della Costituzione. Si veda, sul punto, Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 32899; Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2022, n. 18413. Inoltre, Cass. pen., Sez. IV, 11 gennaio 2023, n. 570, 6., riprende le considerazioni svolte dalla Suprema Corte nei due arresti citati *supra*. Si rinvia, sul punto, a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, 332 s., nonché a O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, 71.

89 In realtà, la nozione di rischio consentito ha due possibili letture: quella che lo accosta a tutte le attività pericolose ma socialmente ammesse e quella che lo impiega per definire il rischio residuale che sopravvive all'applicazione di tutte le cautele possibili e dunque ammesso semplicemente perché ineliminabile, naturalmente ove la norma giuridica non lo vieti all'esito di un bilanciamento costi-benefici (qui il criterio dello scopo della norma violata assume una possibile utilità). Sulla duplicità di significati, vedasi, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 456. Sulla nozione di rischio consentito come rischio generale della vita quotidiana o rischio residuale tollerato, si veda W. FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in *G.A. StR.*, 2003, 723; nello stesso senso C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5, I, München, 2020, 488.

90 G. MARINI, 'Rischio consentito' e tipicità della condotta. *Riflessioni*, in *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 539 ss. (v. in particolare 542 ss.).

attività complesse difettano di accompagnarsi a una prevedibilità chiara delle misure di prudenza necessarie, spesso valutate solo dopo il verificarsi dell'evento negativo. Il concetto, come delineato in ambito penalistico, resta quindi utile principalmente per l'interpretazione delle disposizioni di legge, per giustificare, dal punto di vista politico-criminale, le attività pericolose, nonché per mettere in luce la differenza tra la legalità formale della condotta e il danno effettivo⁹¹. La risposta penale per i danni creati dall'IA, di riflesso, si allontana dall'individuo, spostandosi verso una dimensione 'necessariamente collettiva'⁹², atteso che il principio di precauzione appare – come sostenuto peraltro da autorevole dottrina – quale unico possibile metodo di indagine della colpa nella c.d. 'incertezza del rischio' da IA⁹³. In tale ambito, la responsabilità penale degli enti per i crimini commessi tramite IA può essere qualificata avvalendosi di diversi modelli giuridici⁹⁴. Il primo è quello di attribuire responsabilità penale e sanzioni direttamente in capo al sistema di IA, previo riconoscimento della sua personalità giuridica⁹⁵ ovvero previa estensione del modello di responsabilità vicaria applicato

91 F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in *Reato colposo. Enc. Dir.*, diretto da M. Donini, Milano, 2021, 1102 ss.

92 La 'prevenzione mediante autonormazione', imposta dal legislatore, richiede inevitabilmente un'attività collettiva, e può parimenti coinvolgere singoli individui sia all'inizio che alla fine del processo. Ciò significa che la responsabilità sarà considerata legittimamente attribuita a terzi solo laddove questi soggetti possiedano effettivamente il potere legale e pratico di influenzare l'organizzazione. Tuttavia, data la complessità del contesto, è essenziale spostare il centro di responsabilità verso le organizzazioni complesse. Queste entità sono, difatti, le più adatte a gestire i rischi in modo proattivo e a conformarsi agli obblighi richiesti. Sul punto, C. MINELLI, *La responsabilità 'penale' tra persona fisica e corporation alla luce della Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 66 ss. A. GIANNINI, *Intelligenza artificiale*, cit., 25, si interroga, in aggiunta, sulla difficoltà di effettuare un'indagine eziologica qualora il sistema di IA sia il risultato della cooperazione tra più organizzazioni complesse.

93 Per una completa disamina dei rapporti tra colpa e rischio nel contesto dell'intelligenza artificiale, si rinvia a L. D'AMICO, *Colpa, precauzione e rischio. Le tensioni penalistiche nella moderna era tecnologica*, in *La Legislazione Penale*, 2023, 1 ss. L'autrice evidenzia, infatti, come la colpa, nel settore dell'intelligenza artificiale, sia un capitolo in evoluzione. Con riferimento a tale ambito, si potrebbe dunque pensare di non intendere più la colpa come un'imputazione per la causazione di un evento bensì come un rimprovero per la perdita del controllo (*rectius*, per l'omesso controllo) di una fonte di rischio.

94 V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 82 ss.; M.E. DIAMANTIS, *The Extended Corporate Mind: When Corporations use AI to Break the Law*, in *N.C. L. Rev.*, 98; M.E. DIAMANTIS, *Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law*, in *The George Washington Law Review*, LXXIX, 2021, 809; M.E. DIAMANTIS, *Vicarious Liability for AI*, in *Cambridge Handbook of AI and Law*, a cura di K. Johnson, C. Reyes, Cambridge, 2022, 1 ss.; M.E. DIAMANTIS, *Employed Algorithms: a Labor Model of Corporate Liability for AI*, in *Duke L.J.*, 2022, 72.

95 G. HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Berlin-New York, 2014, 185 ss.; G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Societal Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 2010, 171. Per una disamina recente circa la possibile attribuzione della personalità giuridica al sistema di intelligenza artificiale, vedasi anche C. NOVELLI, L. FLORIDI, G. SARTOR, *AI as Legal Persons: Past, Patterns, and Prospects*, in *Social Science Research Network*, 2024, 1 ss. Gli autori evidenziano che, sebbene l'idea di conferire la persona giuridica all'intelligenza artificiale (IA) sia una questione interessante, al momento appare poco probabile. Il riconoscimento della persona giuridica per l'IA richiede significativi cambiamenti legislativi, poiché attualmente non esistono leggi o precedenti che supportano tale attribuzione. Le decisioni giuridiche passate mostrano che la persona giuridica è tipicamente conferita a entità che possono assumere ruoli sociali concreti e avere diritti e responsabilità, come

negli Stati Uniti⁹⁶. In tale ipotesi, le persone giuridiche potrebbero 'pensare' e operare non solo tramite i propri dipendenti, ma anche attraverso i loro algoritmi. Per realizzare questa visione, sarebbe necessario che molti sistemi giuridici, indipendentemente dal tipo di responsabilità penale adottato, riconoscano i sistemi di IA come soggetti in grado di agire per conto dell'organizzazione, in una posizione subordinata a essa. In questo modo, l'ente potrebbe essere considerato responsabile per eventuali atti illeciti commessi dagli algoritmi, poiché l'operato di questi ultimi verrebbe assimilato a quello della persona giuridica, rendendoli un'estensione diretta della società stessa. Il secondo prevede l'attuazione di sanzioni nei confronti della *corporation* che produca o faccia utilizzo di sistemi di IA, sulla base di un modello che, come quello del d.lgs. 231/2001, fonda la responsabilità dell'ente sulla mancata o inidonea adozione di misure preventive⁹⁷. Un terzo modello si fonda sulla responsabilità dell'ente per la mera violazione degli *standards* e degli obblighi richiesti per l'introduzione nel mercato di tali sistemi di IA o previsti per il loro monitoraggio⁹⁸. Le criticità del primo modello sono correlate all'assenza attuale di una vera e propria colpevolezza in capo al sistema di IA, intesa quale coinvolgimento soggettivo, personalistico, dell'autore al fatto commesso⁹⁹. Parimenti, anche nell'estensione della responsabilità vicaria di matrice statunitense¹⁰⁰, l'attribuzione di un errore algoritmico alla persona giuridica sarebbe possibile solo se questo errore derivasse da un problema organizzativo del soggetto collettivo. Nondimeno, ciò non risolverebbe la questione centrale: il comportamento del sistema di IA rimarrebbe imprevedibile e quindi non imputabile alla 'colpevolezza' della persona giuridica, che deve basarsi su mancanze organizzative relative a rischi prevedibili in anticipo¹⁰¹. La seconda impostazione, pur valida, riporta il limite evidente di sotto-

nel caso delle corporazioni, ma l'IA non possiede caratteristiche simili, come la capacità di possedere beni o di sottoscrivere contratti. Inoltre, la ricerca mostra che la tendenza giuridica attuale non porta verso il riconoscimento dell'IA come entità giuridica, e le decisioni future dipenderanno molto dallo sviluppo legislativo e politico. Sebbene la questione non sembri urgente nel breve periodo, la continua evoluzione delle tecnologie di IA potrebbe rendere la discussione più rilevante in futuro, soprattutto in contesti come l'integrazione dell'IA con l'intelligenza umana (ad esempio, tramite interfacce cervello-macchina). Tuttavia, per un riconoscimento giuridico dell'IA, sarebbe necessario un grande cambiamento nel modo in cui viene concepita la persona giuridica, trasformando l'IA da entità separata a possibile estensione dell'identità umana.

96 Questa, specificatamente, è la ricostruzione che effettua Diamantis. Cfr. M.E. DIAMANTIS, *The Extended*, cit., 98; M.E. DIAMANTIS, *Algorithms*, cit., 809; M.E. DIAMANTIS, *Vicarious*, cit., 1 ss.; M.E. DIAMANTIS, *Employed*, cit., 72.

97 B. PANATTONI, *AI and Criminal Law: the Myth of 'Control' in a Data-Driven Society*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2021, 138.

98 V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 85.

99 F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2019, 31; R. BORSARI, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Medialaws*, 2019, 262 ss.

100 J. KEILER, D. ROEF, *Comparative Concepts of Criminal Law*, a cura di J. Keiler, D. Roef., Brussels, 2019, 336.

101 A. CAPPELLINI, *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, in *Diritto penale e intelligenza artificiale. Nuovi scenari*, a cura di G. Balbi, F. De Simone, A. Esposito, S. Manacorda, Torino, 2022, 34.

porre l'ente alla gestione di qualsiasi rischio, anche imprevedibile, derivante dal sistema di IA¹⁰². Il terzo sistema appare sicuramente più rispettoso dei canoni di *extrema ratio* propri della *matière penale*¹⁰³. Eppure, esso correla la responsabilità dell'ente alla mera violazione degli *standards* richiesti, in cui la 'colpa di organizzazione' viene scissa totalmente dalla 'colpa dell'organizzazione'. Tale approccio, fa emergere, in questo modo, la necessità di affrontare la risposta al tema del 'rischio da intelligenza artificiale' secondo un canone di 'responsabilità oggettiva'; l'ente è ritenuto responsabile per il danno causato dal sistema di IA esclusivamente sulla base di tale «deficit organizzativo»¹⁰⁴. Questo approccio si basa sull'idea che l'ente debba garantire il corretto funzionamento dei propri sistemi e l'eliminazione dei rischi derivanti dall'uso di tecnologie autonome, in possibile contrasto con la piena applicazione, alla responsabilità dell'ente, dei canoni propri dell'art. 27 Cost.¹⁰⁵.

7. Una 'rinnovata' responsabilità da reato degli enti: l'autonomia della 'colpa dell'ente' rispetto alla commissione 'umana' del reato presupposto.

Il *responsibility gap*¹⁰⁶ si verifica quando le azioni di un sistema di IA non possono essere attribuite direttamente a un agente umano, ma causano danni o violazioni¹⁰⁷.

In tal caso, come si è osservato, il rischio normativo da intelligenza artificiale impone una risposta penale che – nell'ambito del rischio 'consentito' – assuma un'allocatione

102 V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 84. In tema di *risk assessment* e *corporate compliance*, si veda A. NISCO, *Riflessi*, cit., 1 ss.

103 Secondo V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 85 questo modello appare come un corretto compromesso, in linea con il principio di *ultima ratio* proprio del diritto penale.

104 C. PIERGALLINI, *Intelligenza*, cit., 1754.

105 Tale approccio è distante da quello adottato dalla recente giurisprudenza di legittimità. In particolare, in Cass. pen., Sez. IV, 11 gennaio 2023, n. 570, la Suprema Corte afferma difatti che, secondo una lettura sostanziale, il giudice non può fermarsi al dato formale della previsione di una determinata regola cautelare, ma deve compiere una approfondita analisi del reale assetto organizzativo adottato dalla *societas* al fine della prevenzione del rischio–reato concretizzatosi nel caso concreto. Un simile approccio è adottato, sempre in materia di sicurezza sul lavoro, da altre recenti sentenze di legittimità in cui, in mancanza di un modello organizzativo, si afferma la necessità di accertare la colpa di organizzazione dell'ente prescindendo da automatismi fondati su meccanismi presuntivi. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2022, n. 18413, in cui si afferma che la mancanza del modello non implica un automatico addebito di responsabilità, poiché a tal fine, alla stregua del principio di colpevolezza, occorre altresì ravvisare la sussistenza della colpa di organizzazione; Cass. pen., Sez. IV, 28 novembre 2022, n. 45131, in cui la Corte afferma la sussistenza della colpa di organizzazione dell'ente compiendo una sorta di giudizio controfattuale, giungendo alla conclusione che se fosse stato adottato un modello organizzativo si sarebbe evitata la realizzazione del reato. Insufficiente, a tale scopo, è stata ritenuta la predisposizione da parte dell'ente di un apparato di norme prevenzionistiche adottate in conformità al d.lgs. n. 81 del 2008, senza tuttavia predisporre un modello organizzativo ai sensi dell'art. 30 del Testo Unico.

106 A. MATTHIAS, *The Responsibility*, cit., 1 ss.

107 Sui due modelli di imputazione (*robot* come 'strumento' e come 'soggetto' del reato), per tutti, vedasi S. RIONDATO, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, a cura di P. Moro, C. Sarra, Milano, 2017, 85 ss.

collettiva¹⁰⁸. La responsabilità dell'ente, così, aiuta a risolvere il problema dell'impossibilità di attribuire il crimine a un singolo individuo o gruppo, pena la lesione dei canoni di responsabilità penale personale colpevole, *ex art. 27 Cost.* Si impone, di riflesso, una 'rinnovata' responsabilità degli enti, atteso che gli stessi non sono più solo responsabili per gli atti illeciti commessi dai propri dipendenti, ma anche per i rischi e danni derivanti dall'adozione e dall'uso di tecnologie che operano in maniera autonoma. La responsabilità deve essere quindi rivista e ampliata per tenere conto di queste nuove forme di 'agire tecnologico', in cui l'ente, nondimeno – aderendo a una lettura estesa della 'colpa di organizzazione'¹⁰⁹ – potrebbe essere ritenuto responsabile per non aver fatto fronte a tutti i rischi legati all'uso dei sistemi di IA¹¹⁰. In una logica *de iure condendo*, si potrebbe ipotizzare che la responsabilità penale degli enti per i crimini derivanti dall'IA possa evolversi verso una colpa dell'ente autonoma, scissa dalla commissione 'umana' del reato presupposto. Questa soluzione eviterebbe la necessità di individuare un coefficiente soggettivo riferito all'agente umano, operazione che può risultare impossibile data la capacità dei moderni sistemi di IA di operare in maniera autonoma e imprevedibile. In tal modo, si argomenta, l'ente finirebbe per diventare un «imputato sostitutivo»¹¹¹. Secondo questa teoria, quindi, la base di tale responsabilità, «formalmente vicariale ma autonoma e incentrata esclusivamente sull'organizzazione»¹¹², troverebbe il suo fondamento nell'art. 8 del d.lgs. 231/2001¹¹³. Se è pur vero, difatti, che la responsabilità della persona giuridica resta comunque subordinata al reato realizzato dalla persona fisica, essa risulta al tempo stesso autonoma dalla responsabilità di quest'ultima¹¹⁴. Il fatto dell'uomo, invero, è solo il presupposto del fatto

108 S. BECK, *Corporate*, cit., 578 s.

109 Si fa riferimento, in tal caso, al secondo modello ipotizzato da V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 83–84, secondo cui, nel contesto dei reati commessi da IA, si potrebbero applicare sanzioni nei confronti della 'corporation' che produca o faccia utilizzo degli stessi, sulla base di un modello che, come quello del d.lgs. 231/2001, fonda la responsabilità dell'ente sulla mancata o inadeguata adozione di misure preventive.

110 Come osservato anche da F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1053 ss., nei contesti tecnologici l'evento avverso può essere spesso una variabile indipendente dall'implementazione della cautela, giungendo così alla creazione di rischi illeciti anche quando siano rispettate tutte le misure di sicurezza.

111 C. PIERGALLINI, *Intelligenza*, cit., 1754.

112 F. CONSULICH, *Flash offenders*, cit., 1043.

113 L'art. 8 del d.lgs. 231/2001, rubricato *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, dispone che: «1. La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

2. Salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione. 3. L'ente può rinunciare all'amnistia».

114 Una conferma, in questo senso, si rinviene anche nell'ambito della già richiamata pronuncia sul caso Impregilo. Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401. Vedasi, peraltro, circa la funzione dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 – quale modalità idonea a dare risposta nelle situazioni di frammentazione del dolo e di autorità del fatto – F. CONSULICH, *Il nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, Milano, 2018, 195 ss.

proprio dell'ente, il quale viene successivamente addebitato mediante il ricorso a criteri d'imputazione differenziati. Sotto questo profilo, l'art. 8 del d.lgs. 231/2001, che sancisce tale autonomia, sembrerebbe essere la spia dell'adesione alla concezione olistica¹¹⁵, che individua nella persona giuridica un centro imputativo diverso e separato rispetto a quello dell'individuo¹¹⁶. Nel contesto dell'IA, in altre parole, l'ente potrebbe essere ritenuto penalmente responsabile anche in assenza di una condotta criminosa da parte di un individuo, purché non abbia adottato gli *standards* richiesti dalla normativa in materia – specificatamente dall'*AI Act* – per la commercializzazione o il monitoraggio dei sistemi¹¹⁷. Questo approccio offre una 'nuova forma di responsabilità', che riconosce l'autonomia della tecnologia e il ruolo centrale dell'organizzazione nell'assumersi la responsabilità, indipendentemente dalla prova di un nesso tra 'colpa di organizzazione' e concreto evento dannoso. La 'rinnovata' responsabilità dell'ente, secondo questa logica, assumerebbe connotati peculiari, apparendo compatibile – nell'ambito del rischio 'consentito' ma 'imprevedibile' da IA – con forme di responsabilità c.d. oggettiva non accolte in dottrina¹¹⁸ e in giurisprudenza¹¹⁹, in quanto proprie di una forma di responsabilità non penale¹²⁰.

8. Considerazioni conclusive.

L'espansione dell'intelligenza artificiale nelle dinamiche aziendali e nei processi decisionali comporta, in buona sostanza, una vera e propria e sfida per la responsabilità

115 Sul punto, in tema di *self-driving cars*, M. LANZI, *Self-driving*, cit., 225 ss., rileva che le fattispecie di pericolo a carico dell'ente previste dall'*AI Act* potranno essere applicate in caso di violazione degli obblighi organizzativi e di gestione del rischio legati alla guida autonoma, senza la necessità di attribuire la responsabilità penale ai singoli soggetti coinvolti nei processi decisionali. La responsabilità dell'ente per reato – coerentemente con la logica dell'art. 8 citato – risulta adeguata a fronteggiare la complessità e la frammentarietà organizzativa e decisionale che caratterizzano le imprese del settore, soprattutto nei casi in cui non sia possibile individuare un responsabile fisico specifico per la violazione.

116 C. MINELLI, *La responsabilità*, cit., 67.

117 Si fa riferimento, in tal caso, al terzo modello ipotizzato da V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 83 ss.

118 La dottrina osserva, invero, che, allo stato, una forma di responsabilità «diretta e originaria della società» costituirebbe «nel suo sviluppo la punta estrema dell'autonomizzazione della responsabilità dell'ente fondata sulla colpevolezza organizzativa», ferma restando, come già sottolineato, la necessità di «vincolare il giudizio di colpevolezza a uno stringente accertamento della correlazione funzionale tra il fatto illecito e la lacuna organizzativa». Si veda, A. TRIPODI, *Abusi di mercato e trading algoritmico*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione e giustizia*, a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, Milano, 2022, 745 ss. In questo senso, anche C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, 30; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 400, nt. 255.

119 Sul punto, si rimanda alle considerazioni svolte circa la richiamata pronuncia di Cass. pen., Sez. IV, 11 gennaio 2023, n. 570, con nota di L. PARODI, *Illecito dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità*, in *Sistema Penale*, 2023.

120 La dottrina e la giurisprudenza prevalente, come già precisato (v. nt. 8), aderiscono alla tesi del c.d. *tertium genus*.

penale degli enti, esigendo un aggiornamento dei concetti di rischio e di regola cautelare in una logica di c.d. rischio consentito¹²¹.

Nondimeno, è ormai chiaro che l'approccio tradizionale, basato sulla condotta omissiva o negligente di individui, deve evolversi per considerare la gestione complessiva dei rischi legati all'uso di tecnologie autonome. L'*AI Act* rappresenta, in questo contesto, un punto di riferimento cruciale, poiché stabilisce requisiti chiari e contiene le necessarie direttive affinché le organizzazioni adottino un monitoraggio costante e proattivo delle proprie tecnologie, riducendo il potenziale *responsibility gap* creato dall'autonomia decisionale propria dell'IA¹²². Le implicazioni normative richiedono una visione allargata della regola cautelare, che non si limita più alla condotta umana ma si estende alla valutazione della progettazione, alla implementazione e controllo dei sistemi IA. Di conseguenza, la responsabilità dell'ente non può più essere confinata al mero rispetto formale delle norme da parte dei singoli, ma deve riflettere una gestione globale e integrata dei rischi tecnologici¹²³. Il modello di responsabilità penale deve evolvere per includere non solo la prevenzione degli eventi dannosi, ma anche l'adozione di meccanismi di *governance* che promuovano la trasparenza e l'affidabilità dei processi aziendali¹²⁴.

La nuova struttura proposta dall'*AI Act* richiede alle organizzazioni di attuare sistemi di sorveglianza e di risposta che integrino la conformità legale e la tutela dei diritti fondamentali, con un'enfasi sull'*accountability* collettiva. Le misure preventive devono essere inserite nei modelli organizzativi in modo che l'ente assuma piena responsabilità per l'efficacia dei sistemi autonomi impiegati, limitando così l'insorgenza di falle normative e la gestione dei rischi senza attribuire la responsabilità esclusivamente a soggetti specifici. Nel quadro così delineato, anche se necessariamente sommario, la responsabilità penale degli enti si sta evolvendo verso un paradigma in cui la colpa non è più associata unicamente alle azioni di una persona fisica. La 'colpa dell'ente', in questa prospettiva, acquisisce una valenza 'progettuale'¹²⁵ sempre più autonoma rispetto all'accertamento del reato presupposto¹²⁶. Si può così ipotizzare un'evoluzione norma-

121 F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1102 ss.

122 R. COMPOSTELLA, *Auto*, cit., 102 ss.

123 F. CONSULICH, *Il nastro*, cit., 232 ss. L'autore – riferendosi alle nuove forme di abuso di mercato tramite *High Frequency Trading (HTF)* – precisa, difatti, che l'art. 8 svolge un'inaspettata funzione preventiva, consentendo l'intervento penalistico rispetto a ipotesi di irresponsabilità organizzata (che ha come *output* l'anonimato dell'agente persona fisica). Dal punto di vista civile, poi, il meccanismo imputativo della responsabilità oggettiva può essere utilmente applicato entro le coordinate dell'art. 2050 c.c.

124 B.N. COVA, *Il ruolo*, cit., XVII ss.

125 F. CONSULICH, *Il concorso*, cit., 370.

126 Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, *Impregilo*. La sentenza *Impregilo* offre spunti cruciali per un'applicazione avanzata del d.lgs. 231/2001, utile a gestire le nuove sfide poste dall'IA. Essa impone un aggiornamento delle modalità di gestione e controllo, evidenziando la necessità di modelli organizzativi non solo idonei, ma anche flessibili, per far fronte alla complessità dei contesti tecnologici. Questo approccio può rappresentare una pietra angolare per affrontare il *responsibility gap* che si manifesta nell'impiego di sistemi di IA, con l'obiettivo di garantire *accountability* e trasparenza nelle organizzazioni. Vedasi anche F. CONSULICH, *Il nastro*, cit., 232 ss.

tiva che riconosca la responsabilità collettiva per la mancata gestione dei rischi derivanti dall'adozione e uso di tecnologie di IA, rafforzando la posizione dell'ente come principale soggetto tenuto a garantire la sicurezza operativa e la conformità legale¹²⁷, anche sul fronte della deterrenza¹²⁸. Tale revisione è necessaria per adeguare il quadro normativo alla realtà odierna, dove l'IA opera sempre più spesso senza supervisione diretta e il potenziale per decisioni autonome comporta rischi sistemici. La risposta sanzionatoria verso i danni causati da tali strumenti si sposta, in altri termini, dall'individuo all'ente, atteso che solo il principio di precauzione appare idoneo a esaminare la colpa in contesti di imprevedibilità del rischio, come quello da IA¹²⁹. La dottrina¹³⁰ ha suggerito vari modelli giuridici per attuare la responsabilità penale degli enti quando le violazioni si verificano attraverso l'impiego di sistemi di IA. Un primo approccio propone di attribuire responsabilità penale ai sistemi di IA, trattandoli come soggetti giuridici o estendendo la responsabilità vicaria delle persone giuridiche. Tuttavia, esso presenta criticità significative: la principale è la mancanza di una vera colpevolezza soggettiva del sistema di IA, ossia il coinvolgimento personale nell'atto commesso. In aggiunta, anche nel caso di estensione della responsabilità vicaria, un errore algoritmico sarebbe imputabile alla persona giuridica solo se derivasse da un difetto organizzativo. Un secondo modello di responsabilità prevede l'imposizione di sanzioni alle corporazioni che sviluppano o utilizzano sistemi di IA, basandosi su uno schema di 'colpa di organizzazione' analogo a quello del d.lgs. 231/2001. In questo quadro, la responsabilità dell'ente deriva dalla mancata adozione o dall'adozione inadeguata di misure preventive. Questo modello, sebbene efficace, ha la criticità di estendere la responsabilità dell'ente a tutte le *species* di rischi imprevedibili associati all'IA, senza che si renda concretamente praticabile alcuna 'prova liberatoria'. Il terzo approccio si focalizza sulla responsabilità dell'ente per la violazione degli *standards* obbligatori relativi all'immissione e al monitoraggio dei sistemi di IA sul mercato. Questo modello sottolinea l'obbligo dell'ente di assicurare il corretto funzionamento dei propri sistemi e di ridurre al minimo i rischi derivanti dall'uso di tecnologie autonome, prevedendo comunque la possibilità di identificare un'area di 'rischio consentito' qualora venga

127 C. MINELLI, *La responsabilità*, cit., 66 ss.

128 In tema di c.d. *hard crimes*, vedasi il contributo di E. NERANTZI, G. SARTOR, *'Hard AI crimes': The Deterrence Turn*, Oxford, 2024, 1 ss. Il 'paradigma di deterrenza dell'IA', secondo gli autori, contribuirebbe a concretizzare il 'dovere di diligenza' che i committenti dovrebbero esibire al momento dell'impiego di un agente di IA con le caratteristiche tecniche di una macchina economica. In particolare, i distributori di agenti di IA, da parte loro, sarebbero tenuti a mantenere un meccanismo di conformità (nel caso in cui le tecnologie appropriate siano disponibili nei domini applicativi pertinenti), istituendo (i) *machinae economicissimae*, che includono le sanzioni attese nel loro calcolo di utilità; (ii) *machinae legales*, dotate di un modulo di conformità imperativo; oppure (iii) *machinae legales et economicae*, che combinano i due approcci.

129 L. D'AMICO, *Colpa*, cit., 1 ss.

130 V. MONGILLO, *Corporate*, cit., 83 ss.; M.E. DIAMANTIS, *The Extended*, cit., 98; M.E. DIAMANTIS, *Algorithms*, cit., 809; M.E. DIAMANTIS, *Vicarious*, cit., 1 ss.; M.E. DIAMANTIS, *Employed*, cit., 72.

fornita prova dell'assenza di carenze organizzative¹³¹. Tuttavia, un simile approccio potrebbe entrare in conflitto con l'art. 27 della Costituzione, che sancisce il principio della responsabilità penale personale. Nonostante ciò, va osservato che il rischio normativo introdotto dall'*AI Act* suggerisce che l'approccio al 'rischio da intelligenza artificiale' sia strutturato come un rischio precostituito, non suscettibile di adattamenti *ex ante*¹³². Questa impostazione rafforza l'idea di una 'nuova configurazione di responsabilità', che riconosce l'autonomia intrinseca delle tecnologie e attribuisce un ruolo centrale alle organizzazioni, chiamate a rispondere delle conseguenze derivanti dall'uso dell'intelligenza artificiale. In particolare, quando gli *standards* normativi o tecnici non vengono rispettati, l'ente può essere ritenuto responsabile anche in assenza di un nesso causale diretto tra la 'colpa organizzativa' e l'evento dannoso specifico. Ciò riflette una responsabilità che si fonda più sull'inadeguatezza strutturale che su un nesso individuale e diretto tra azione e risultato¹³³. In tale quadro, la responsabilità dell'ente di fronte al 'rischio da intelligenza artificiale' assumerebbe il carattere di una *strict liability*¹³⁴ 'non penale'¹³⁵, finora largamente respinta sia dalla dottrina¹³⁶ che dalla

131 Il contenuto del rimprovero mosso all'ente corrisponderebbe esclusivamente a tale «deficit organizzativo», diversamente da quanto sostenuto da C. PIERGALLINI, *Intelligenza*, cit., 1754.

132 C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment*, cit., 9 ss.

133 In questa logica, l'ente potrebbe evitare l'attribuzione di responsabilità solo dimostrando di aver rispettato tutti gli *standards* previsti, così da far sì che l'evento si verifichi al di fuori della sua sfera di controllo, rientrando quindi in un'area di 'rischio consentito'.

134 C. NOVELLI, L. FLORIDI, G. SARTOR, *AI as Legal Persons*, cit., 11 ss. Gli autori segnalano, difatti, che la proposta del Parlamento europeo di conferire la 'personalità giuridica elettronica' all'IA ha suscitato reazioni contrastanti e non ha ottenuto ampio supporto. I critici sostengono che le lacune di responsabilità, spesso citate come giustificazione per la personalità giuridica dell'IA, siano esagerate e che conferire tale status all'IA potrebbe consentire ai produttori di evitare responsabilità. Gli esperti suggeriscono che l'*accountability* debba rimanere con le persone e le entità coinvolte, e che gli sviluppatori debbano essere responsabili per difetti, inclusi quelli derivanti da modifiche *post-market*. Il recente quadro normativo europeo, inclusi l'*AI Act* e le direttive sulla responsabilità dei prodotti e sull'intelligenza artificiale, conferma che l'IA è un prodotto e non un'entità giuridica autonoma, con la responsabilità da attribuire a chi la progetta e la usa, applicando principi di precauzione e sanzioni in caso di non conformità.

135 In via analogica, si osserva che la giurisprudenza, ad esempio, ha ritenuto applicabile la responsabilità oggettiva ex art. 2052 c.c. anche nell'ipotesi di danni causati dagli animali selvatici parte del patrimonio indisponibile dello Stato e di competenza delle Regioni. Cfr., tra gli altri, Cass. civ., Sez. III, 24 aprile 2024, ord. n. 11063; Cass. Civ., Sez. III., 24 maggio 2024, ord. n. 14555. La Regione potrà quindi solo dimostrare di aver messo in atto tutte le misure di controllo e gestione possibili, esorbitando il danno dalla sua sfera di controllo.

136 A. TRIPODI, *Abusi*, cit., 745–755; C.E. PALIERO, *La responsabilità*, cit., 30; V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 400, nt. 255. Si veda, inoltre, più recentemente, A. GIANNINI, *Responsabilità da reato degli enti e intelligenza artificiale*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Segrate, 2023, 1437 ss. In materia di autore anonimo, merita richiamarsi anche il contributo di M.A. BARTOLUCCI, *L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 18 ss. L'autore osserva che, quando l'autore del reato non viene identificato, il rimprovero all'ente si configura in modo diverso a seconda della trasparenza organizzativa adottata. Se l'ente non ha garantito un'organizzazione trasparente, la responsabilità è assimilabile a quella dei vertici aziendali, derivante dalla consapevole trascuratezza verso il rischio di eventi-reato. Al contrario, se l'organizzazione è trasparente e conforme (ad esempio con un

recente giurisprudenza¹³⁷. Nondimeno, nell'ambito di un impianto sanzionatorio multilivello e considerando il ruolo di *ultima ratio*¹³⁸ del diritto penale¹³⁹, una 'rinnovata' responsabilità dell'ente – che affronti il rischio normativo legato all'IA su un piano di responsabilità oggettiva¹⁴⁰, separandolo dalla previa commissione 'umana'¹⁴¹ del reato presupposto¹⁴² – potrebbe consentire un bilanciamento efficace tra l'effettività della

modello organizzativo adeguato), non basta imputare una generica colpa di organizzazione, poiché si rischierebbe di scivolare in una responsabilità oggettiva. In tali casi, per non impoverire il principio di colpevolezza dell'ente, occorre dimostrare una colpa d'organizzazione qualificata, configurabile come una grave negligenza strutturale che giustifichi la sanzione. Sul punto, vedasi, poi, R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta ... o forse mai esistita*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, 16 ss. In particolare, si osserva che l'art. 8 solleva questioni interpretative sulla relazione tra la responsabilità dell'ente e l'identificazione dell'autore del reato. Da un lato, si può intendere che sia sufficiente individuare se l'autore abbia un ruolo apicale o subordinato, anche senza conoscerne l'identità fisica. Questa lettura si allinea con un approccio oggettivo, che guarda al legame funzionale tra l'ente e la persona, ma entra in conflitto con norme che richiedono l'identificazione dell'autore per accertare, ad esempio, l'elusione fraudolenta (art. 6). Dall'altro lato, si potrebbe ritenere che la responsabilità dell'ente sussista anche senza identificare né l'identità né il ruolo dell'autore. Questa interpretazione, pur compatibile con un concetto di vantaggio come utilità realizzata 'ex post', rischia di configurare una responsabilità per fatto altrui, salvo che si enfatizzi il difetto organizzativo come criterio principale, superando la distinzione tra apicali e subordinati.

137 Si veda, sul punto, Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 32899; Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2022, n. 18413. Inoltre, Cass. pen., Sez. IV, 11 gennaio 2023, n. 570, 6., riprende le considerazioni svolte dalla Suprema Corte nei due arresti citati *supra*.

138 La giurisprudenza sovranazionale di Strasburgo, infatti, in materia di responsabilità medica, ha escluso la necessaria previsione di sanzioni penali da parte degli Stati in ipotesi di negligenza sanitaria, purché sia assicurata l'effettiva della tutela del diritto alla vita di cui all'art. 8 CEDU. Vedasi, per una disamina in materia, D. PRANKA, *The price of medical negligence – Should it be judged by the criminal court in the context of the jurisprudence of the European Court of Human Rights?*, Kaunas, 2021, 124 ss.

139 C. MINELLI, *La responsabilità*, cit., 67.

140 M. LANZI, *Self-driving*, cit., 228 ss. sottolinea – pur concentrandosi sull'ambito specifico delle auto a guida autonoma – che l'intensificazione degli obblighi di gestione del rischio a carico dei pochi e qualificati operatori del settore, a differenza della normativa generale sulla sicurezza sul lavoro, rende la mancata o inadeguata attuazione dei modelli di gestione direttamente censurabile e sanzionabile. Si profila così una sovrapposizione tra illeciti amministrativi di natura preventiva e illeciti previsti dal d.lgs. 231/2001, quale conseguenza di un fatto–reato colposo. Dato che la responsabilità dell'ente deve tuttora essere legata all'accertamento di un reato comprensivo di tutti i suoi elementi, incluso il nesso causale tra la violazione delle linee guida e l'evento dannoso, risulta preferibile optare per sistemi di risposta preventiva, che non richiedono tali presupposti per essere attivati.

141 L'*AI Act*, come già osservato, tratta l'intelligenza artificiale come un 'prodotto'. In questo contesto, la normativa si allinea con la soluzione adottata dalla responsabilità civile e amministrativa, prevista dagli artt. 2050 ss. c.c., che prevede l'attribuzione di responsabilità oggettiva per l'evento dannoso al proprietario del bene, anche se demaniale o di uso collettivo.

142 C. PIERGALLINI, *Intelligenza*, cit., 1754; F. CONSULICH, *Flash offenders*, cit., 1043. F. CONSULICH, *Il nano*, cit., 230 ss., osserva, in particolare, che, ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, il rimprovero rivolto all'ente si eleva a una forma sublimata di responsabilità, identificabile come una carenza organizzativa antidoverosa, del tutto autonoma e distinta dal dolo o dalla colpa individuale delle persone fisiche. La possibilità di esonero, fondata sulla dimostrazione di un'elusione fraudolenta (art. 6) o sull'adozione preventiva di un modello organizzativo idoneo (art. 7), appare non solo teoricamente ardua per l'assenza di un soggetto

sanzione, l'allocazione collettiva del rischio consentito¹⁴³ ma 'imprevedibile' e la natura di *tertium genus* di tale specie di responsabilità.

ABSTRACT: Con l'evoluzione della responsabilità da reato degli enti si sono estesi i confini della colpa penalmente rilevante, mettendo in discussione, nell'ambito delle organizzazioni complesse, il tradizionale concetto di 'posizione di garanzia' individuale a favore di una 'cautela relazionale'. Questo studio – focalizzandosi in particolare sull'ipotesi di crimini commessi da sistemi di intelligenza artificiale – analizza come l'implementazione degli *standards* tecnici e organizzativi richiesti possa rappresentare una risposta efficace al rischio. Con l'*AI Act*, che propone nuovi scenari di c.d. rischio normativo 'consentito', emerge, peraltro, la necessità di una *corporate liability* adeguata. L'articolo esplora, pertanto, diversi possibili modelli di attuazione della responsabilità da reato degli enti nel contesto dell'IA, suggerendo come una responsabilità autonoma dell'ente possa colmare il *responsibility gap* dell'agente umano. Infine, in un'ottica *de iure condendo* volta a superare i limiti dell'attuale modello *ex d.lgs. 231/2001*, lo studio valorizza, in prospettiva futura, l'autonomia della 'colpa di organizzazione' rispetto alla commissione del reato presupposto da parte dell'agente umano, proponendo un tendenziale progressivo allontanamento – nel contesto del 'rischio da intelligenza artificiale' – da una responsabilità di natura 'penale'.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità da reato degli enti – Rischio normativo da IA – *AI Act* – Rischio consentito – *Responsibility gap* – Colpa di organizzazione – *Corporate liability* e responsabilità oggettiva.

attivo identificabile nell'organigramma aziendale, ma anche processualmente superflua: è infatti proprio l'anonimato della persona fisica a fungere da prova definitiva della colpa organizzativa imputabile all'ente.

143 Sul punto, M. LANZI, *Self-driving*, cit., 292 s., osserva che le sanzioni previste per gli operatori di *smart card*, sebbene giustificate da finalità di prevenzione generale e speciale, dovrebbero essere considerate misure transitorie. Tali sanzioni sarebbero infatti destinate a perdurare solo fino al raggiungimento di una diffusa accettazione sociale delle potenziali esternalità negative legate ai sistemi di intelligenza artificiale. L'obiettivo sarebbe quello di creare le condizioni necessarie per riconoscere l'esistenza di un'area di rischio consentito, includendo gli eventi lesivi derivanti da decisioni autonome e imprevedibili del sistema intelligente, non evitabili né dal produttore né dall'operatore. La soluzione, secondo l'autore, andrebbe quindi rinvenuta nella predisposizione di un'adeguata 'rete' risarcitoria a tutela delle vittime, in grado di garantire un giusto ristoro per i danni subiti.

Carla Capizzi

ALLE ORIGINI DEL DIRITTO D'ASILO E DELL'ACCOGLIENZA:
RIFLESSIONI A PARTIRE DALLE SUPPLICI DI ESCHILO

SOMMARIO: 1. Introduzione: cenni sul diritto d'asilo nel mondo greco. – 2. La richiesta di accoglienza nelle *Supplici* eschilee. – 3. La ragione del rifiuto del matrimonio da parte delle Danaidi e la superiorità (gerarchica) del diritto d'asilo. – 4. L' *ἀστοξενία* delle *Supplici*. – 5. Considerazioni conclusive (anche secondo un passo della *Medea*).

1. *Introduzione: cenni sul diritto d'asilo nel mondo greco.*

In un periodo storico com'è quello odierno, tra le diverse problematiche nazionali e internazionali, un posto di primo piano è di certo rivestito dalla questione dell'accoglienza e da quella, correlata, dell'attuazione del diritto d'asilo. Non è, peraltro, intenzione di chi scrive procedere a una dissertazione in merito ai profili di diritto positivo degli argomenti sopra menzionati; tuttavia, in una lettura di carattere storico-giuridico, non potrà essere ignorata la rilevanza del pensiero greco, in specie delle *Supplici* eschilee¹, per quanto riguarda proprio le prime rappresentazioni del dilemma tra diritto d'asilo ed equilibri, interni ed esterni, tra Stati.

Un'interessante dottrina riferisce, infatti, che «la cornice narrativa delle *Supplici* di Eschilo sembra un irresistibile invito a ripensare ... la drammatica questione che gli odierni flussi migratori pongono alle democrazie europee»²: tale tragedia non potrebbe essere più attuale, se inserita nel quadro delle questioni relative all'attuazione del diritto d'asilo, nonché, più in generale e più a fondo, alla natura e all'origine dello stesso. L'opera³ si potrebbe quasi considerare come un trattato politico in tema d'asilo, nel

1 La tragedia narra della vicenda delle Danaidi, le quali – per volontà del padre Danao, nel mito; per una volontà che deve ritenersi anche sussistente (*ab origine*) in capo alle stesse donne, nell'opera – fuggono dall'Egitto, loro patria nata, in Grecia (in specie, ad Argo), per evitare il matrimonio con i cugini, figli di Egitto. Giunte nella città, le donne straniere si rifugiano nel recinto sacro a Zeus *Hikesios*, dove procedono, poi, con la supplica al sovrano argivo, Pelasgo; supplica con cui chiedono che sia loro riconosciuto il diritto d'asilo nella città medesima.

2 M. VEGETTI, *Le supplici e noi. La questione dei migranti riletta alla luce della tragedia di Eschilo*, in *Bollettino della società filosofica italiana*, III, 2019, 72.

3 Cfr., per un'analisi del tema dello straniero, del supplice e della supplica nell'opera di Eschilo, A. ELISEI, *Le Danaidi nelle Supplici di Eschilo*, in *SIFC*, VI, 1928, 19 ss.; R.P. WINNINGTON INGRAM, *The Danaid Trilogy of Aeschylus*, in *The Journal of Hellenic Studies*, LXXXI, 1961, 141 ss.; A.F. GARVIE, *Aeschylus' Supplikes: Play and Trilogy*, Cambridge, 1969; G. THOMSON, *The Suppliants of Aeschylus*, in *Eirene*, IX, 1971, 25; F. FERRARI, *Il dilemma di Pelasgo*, in *ASNP*, IV, 1974, 375 ss.; J.K. MCKINNON, *The Reason for the Danaids' Flight*, in *The Classical Quarterly*, XXVIII, 1978, 74 ss.; R. SEAFORD, *The Tragic Wedding*, in *The Journal of Hellenic Studies*, CVII, 1987, 106 ss.; E. HALL, *Inventing the Barbarian. Greek Self-Definition through Tragedy*, Oxford,

quale viene data rappresentazione di un istituto giuridico che, non a caso, si ritiene aver trovato proprio nell'ordinamento greco una delle sue prime formulazioni e applicazioni: non è, per esempio e anzitutto, un caso che, sin dall'etimologia, asilo derivi dall'aggettivo sostantivato τὸ ἄσυλον, il quale, a sua volta, è formato da α privativo e dal verbo σιλάω, che, letteralmente, significa (tra gli altri, anche) 'sequestrare' ed era, in origine, utilizzato con riferimento all'azione predatoria svolta dai pirati⁴. In un momento successivo, σιλάω estese il proprio significato, fino a indicare ogni tipologia di generica offesa, attuata perlopiù nella forma del rapimento, nei confronti di persone: seguendo tale logica interpretativa, τὸ ἄσυλον sarebbe, dunque, una forma di protezione da simili offese. Si potrebbe dire, quindi, che τὸ ἄσυλον corrisponderebbe al diritto d'asilo inteso quale all'invulnerabilità. Ora, questo τὸ ἄσυλον sarebbe tuttavia derivato non da un provvedimento formale⁵, bensì dal fatto che un individuo si trovasse all'interno

1989; A.H. SOMMERSTEIN, *The Theatre, the Audience, the 'Demos' and the Suppliants of Aeschylus*, in *Greek Tragedy and the Historians*, a cura di C. Pelling, Oxford, 1997, 63 ss.; G. CUNIBERTI, *Le Supplici di Eschilo, la fuga dal maschio e l'invulnerabilità della persona*, in *Museum Helveticum*, LVIII, 2001, 140 ss.; M.R. BACHVAROVA, *Suppliant Danaids and Argive Nymphs in Aeschylus*, in *The Classical Journal*, CIV.4, 2008, 289 ss.; C. PASSARIELLO, *La supplica paradossale delle Danaidi in Eschilo*, in *Hormos*, III, 2011, 305 ss.; G.W. BAKEWELL, *Aeschylus's Suppliant Women: The Tragedy of Immigration. Wisconsin Studies in Classics*, Madison, 2013; A. BELTRAMETTI, *Giovani donne dalla pelle nera, fiori bruniti dal Nilo e dal sole, straniere della nostra stirpe. Le Supplici di Eschilo verso nuove frontiere tra alterità e identità, tra giusto e ingiusto*, in *Annale della fondazione INDIA*, V, 2015, 31 ss.; Eschilo, *Le Supplici*, a cura di G. Paduano, Pisa, 2016; G. SEVESO, *Esuli e aggressori che vengono dal mare: la costruzione dell'immagine dello straniero nelle Supplici di Eschilo*, in *El Futuro del Pasado*, VII, 2016, 241 ss.; M. VEGETTI, *Le supplici*, cit., 72 ss.; A. KOSTANTINOU, *Ares and the Danaids in Aeschylus' Suppliants*, in *Classical World*, CXIV, 2020, 25 ss.

4 Cfr. M. GIRIODI, *Asilo (Diritto di) - (Storia del Diritto)*, in *Digesto italiano*, IV.1, Torino, 1896, 777; G. CRIFÒ, *Asilo (diritti antichi)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 191; F. MASTROMARTINO, *L'asilo nella società e nella cultura greco antica*, in *Acropoli*, X, 2009, 173. L'etimologia è, inoltre, accettata comunemente dalla letteratura in tema di diritto d'asilo, fra cui si rimanda a L. BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *Le droit d'asile*, Leiden, 1962, 14; F. CRÉPREAU, *Droit d'asile*, Bruxelles, 1995, 29; K.J. RIGSBY, *'Asylia'*, Berkeley, 1996, 131; L. FERRARI BRAVO-E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, I, II, Napoli, 2002; R. TRUJILLO HERRERA, *La Union Europea y el derecho de asilo*, Madrid, 2003, 40; F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto d'asilo*, in *Il diritto d'asilo*, a cura di B.M. Bigotta e F.A. Cappelletti, Padova, 2006, 31.

5 Sull'asilo nel mondo greco, si v. anche P. GAUTHIER, *'Symbola'. Les étrangers et la justice dans les cités grecques*, Nancy, 1972. Come ricordano, inoltre, F. MASTROMARTINO, *L'asilo*, cit., 174 ss.; nonché E. ALEXANDRI - S. TZIRTIVITZI, *'Hiketieia' and 'Asylia' in Ancient Greek Mythical and Political Thought*, in *Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, IX, 2019, 173 ss., accanto al diritto d'asilo sopra menzionato (e, quindi, derivante dal semplice fatto di trovarsi all'interno di un luogo sacro, tale da garantire l'invulnerabilità di cui si discute), sempre legati a tale contesto, seppur diversi, sono i trattati di ἀσυλία che, al contrario, consisterebbero in veri e propri atti giuridici – privi, dunque, di qualsivoglia natura religiosa – con i quali l'autorità competente andrebbe ad attribuire dei privilegi di diversa natura, a singoli individui, oppure a gruppi di individui, se non addirittura a intere comunità. Tali trattati, inoltre, troverebbero una propria ratio talora nella specifica professione esercitata da parte dei destinatari degli stessi (come, a titolo d'esempio, nel caso di ambasciatori o atleti, limitatamente alla durata della loro permanenza nella città straniera concedente il privilegio); altre volte invece, essi sarebbero concessi a cittadini di πόλεις straniere come merito di taluni loro servizi resi a quella che abbia emanato il trattato. Ciò che, di conseguenza, distingueva l'ἀσυλία dall'ἄσυλον era il fatto che, da una parte, quest'ultimo era una forma di protezione universale, divina e topografica, in quanto legata a uno stringente limite di carattere spaziale; l'ἀσυλία, dall'altra,

di un luogo sacro (τέρος)⁶: di conseguenza, chiunque si fosse recato in quel determinato luogo, fonte di ἄσυλον, avrebbe goduto di un'immunità di carattere divino, senza limiti temporali, ma soltanto spaziali. Il soggetto interessato, infatti, fintanto che fosse rimasto nel luogo sacro, avrebbe goduto per un tempo potenzialmente infinito di immunità e di protezione; qualora vi fosse uscito – e qui sta il limite spaziale cui si è accennato – l'immunità e la protezione sarebbero venute meno. Tutto ciò si giustifica per via della connessione (tipica degli ordinamenti antichi; nel caso di specie, di quello greco) tra la sfera del divino e quella dell'umano; onde, tra il diritto divino (che, all'interno di tali medesimi ordinamenti, corrispondeva al diritto naturale) e quello positivo. La forma di inviolabilità dell'ἄσυλον sarebbe stata, dunque, di carattere 'divino' e, al contempo, 'topografico', in quanto subordinata, come detto, al luogo sacro, e indipendente dalla volontà della persona fisica richiedente asilo, che ne avrebbe beneficiato per il semplice fatto di trovarsi in esso.

E un esempio di tale rilevanza divina dell'ἄσυλον si può ritrovare, inoltre, in un passo di Tucidide⁷:

consisteva in privilegi di diversa natura e destinati solo a soggetti specificamente individuati (all'interno del trattato stesso), sulla base di una decisione di una data πόλις. Si v., in materia, U.E. PAOLI, *'Asylia'*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, 1035. Valga, ancora, a titolo d'esempio quanto riportato da A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 87 ss., che fra i privilegi eventualmente oggetto di trattati di ἀστυλία inserisce la rinuncia all'esercizio del diritto di rappresaglia, nei confronti dei cittadini destinatari dello stesso decreto.

6 Esistono numerosi esempi, nelle fonti, di luoghi sacri che siano fonte di ἄσυλον, e che, in genere, consistono in recinti, altari, templi, in certi casi, anche in sepolcri: si fa riferimento, in particolare, al recinto in cui si trovano le Danaidi, nelle *Supplici* di Eschilo (e sul quale si tornerà nel paragrafo successivo); alla tomba di Agamennone, nelle *Coefore*, ai templi di Apollo (a Delfi) e di Atena (ad Atene) nelle *Eumenidi*; all'altare di Apollo a Tebe, nell'*Edipo re* di Sofocle; all'altare di Zeus ed Estia, nelle *Eraclidi* euripidee; ma anche al tempio di Demetra e Persefone, nelle *Supplici*, questa volta, di Euripide; o, ancora, alla tomba di Proteo, nell'*Elena*. Evidenziano, inoltre, E. ALEXANDRI - S. TZIRTZITZI, *'Hiketia'*, cit., 178 nt. 15, che i supplici, nei vari luoghi sacri in cui si trovino per beneficiare dell'immunità da essi derivanti, sono rappresentati diversamente nelle tragedie: talora con dei rami consacrati (sempre come, ancora una volta, nelle *Supplici* di Eschilo e nelle *Eraclidi* di Euripide), ma in altri casi inginocchiate (atto sul quale si indugerà più avanti, e per cui si permette di rimandare a nt. 10), come nel caso di una serie di tragedie euripidee (*Andromaca*, le *Supplici*, *l'Ecuba*, ma anche la *Medea* e *l'Oreste*).

7 Diversi solo, inoltre, gli ulteriori esempi in tema. Fra essi, a spiccare, accanto a quello descritto da Tucidide, è quello relativo alla strage dei Ciloniani che, rifugiatisi in un tempio, furono persuasi dalla famiglia degli Alcmeonidi (fra cui a spiccare è la figura di Megacle) ad uscirvi, con la promessa di aver salva la vita. Tuttavia, una volta usciti, i seguaci di Cilone furono massacrati e l'atto compiuto da parte degli Alcmeonidi fu ritenuto, appunto, fonte di ἀσέβεια, poiché avvenuto in violazione dell'ἄσυλον derivante dal fatto di trovarsi in un luogo sacro. Cfr., in particolare, Her. Hist. 5.71: Οἱ δ' Ἐναγέες Ἀθηναίων ὄδῃ ὀνομάσθησαν. Ἦν Κύλων τῶν Ἀθηναίων ἀνὴρ Ὀλυμπιονίκης· οὗτος ἐπὶ τυραννίδι ἐκόμησε, προσποιησάμενος δὲ ἑταιρικήν τῶν ἡλικιωτέων καταλαβεῖν τὴν ἀκρόπολιν ἐπειρήθη· οὐ δυνάμενος δὲ ἐπικρατῆσαι ἰκέτης ἕζετο πρὸς τὸ ἄγαλμα. Τοῦτους ἀνιστάσι μὲν οἱ πρυτάνεις τῶν ναυκράρων, οἱ περ ἔνεμον τότε τὰς Ἀθήνας, ὑπεγγύους πλὴν θανάτου· φονεῦσαι δὲ αὐτοὺς αἰτίη ἔχει Ἀλκμεωνίδας. Ταῦτα πρὸ τῆς Πεισιστράτου ἡλικίης ἐγένετο. Quindi tra gli Ateniesi i sacrileghi furono denominati così. Vi era tra gli Ateniesi Cilone, vincitore olimpico; questi aspirò alla tirannide guadagnandosi il sostegno dei coetanei e tentò di occupare l'acropoli, però non essendo riuscito a impadronirsene si sedette supplice presso la statua. I pritani dei naucrari, che in

Thuc. 1.128:

Ἄντεκέλευον δὲ καὶ οἱ Ἀθηναῖοι τοὺς Λακεδαιμονίους τὸ ἀπὸ Ταινάρου ἄγος ἐλαύνειν· οἱ γὰρ Λακεδαιμόνιοι ἀναστήσαντές ποτε ἐκ τοῦ ἱεροῦ τοῦ Ποσειδῶνος [ἀπὸ Ταινάρου] τῶν Εἰλῶτων ἰκέτας ἀπαγαγόντες διέφθειραν, δι' ὃ δὴ καὶ σφίσιν αὐτοῖς νομίζουσι τὸν μέγαν σεισμὸν γενέσθαι ἐν Σπάρτῃ.

Gli Ateniesi intimarono agli Spartani di espiare il sacrilegio perpetrato nel Tenaro: infatti, gli Spartani, dopo aver strappato fuori dal tempio di Poseidone (appunto presso Tenaro) gli iloti, massacrarono gli stessi supplici, mentre si allontanavano; e ancora adesso reputano che quel gesto nefando sia stata causa del potente terremoto che colpì Sparta⁸.

Nel testo si legge, invero, che gli Spartani avevano ucciso degli iloti, i quali, a loro volta, avevano trovato asilo (quindi nella forma dell'ἄσυλον) in un tempio: tale massacro era avvenuto attraverso un doppio atto di forza spartano, in quanto, secondo il racconto dello storiografo, gli Spartani avevano dapprima 'strappato' dal tempio gli iloti e, una volta fuori, li avevano trucidati. Una simile violazione della protezione derivante dal tempio doveva essere stata fonte di μῑασμα⁹ ('contaminazione'), come dimostrato dal grave terremoto avvenuto poco dopo nella stessa Sparta¹⁰.

Peraltro, è da presumersi che l'ἄσυλον del luogo sacro si estendesse a chiunque, senza distinzione «fra il delinquente comune che cerca nel tempio la salvezza e il fuggiasco che le circostanze politiche abbiano costretto a cercar protezione in qualche luogo»¹¹;

quel tempo reggevano Atene, li fecero alzare, promettendo loro che sarebbero stati sottoposti a qualsiasi pena eccetto la morte; mentre vi è l'accusa che gli Alcmeonidi li abbiano uccisi. Questo avvenne prima del tempo di Pisistrato (traduzione di F. Ferrari). Dell'episodio narra, inoltre, lo stesso Tucidide, in Thuc. 1.126: οἱ δὲ μετὰ τοῦ Κύλωνος πολιορκούμενοι φλαύρως εἶχον σίτου τε καὶ ὕδατος ἀπορία. ὁ μὲν οὖν Κύλων καὶ ὁ ἀδελφὸς αὐτοῦ ἐκδιδράσκουσιν· οἱ δ' ἄλλοι ὡς ἐπιέζοντο καὶ τινες καὶ ἀπέθνησκον ὑπὸ τοῦ λιμοῦ, καθίζουσιν ἐπὶ τὸν βωμὸν ἰκέται τὸν ἐν τῇ ἀκροπόλει. ἀναστήσαντες δὲ αὐτοὺς οἱ τῶν Ἀθηναίων ἐπιτετραμμένοι τὴν φυλακὴν, ὡς ἐώρων ἀποθνήσκοντας ἐν τῷ ἱερῷ, ἐφ' ᾧ μὴδὲν κακὸν ποιήσουσιν, ἀπαγαγόντες ἀπέκτειναν· καθεζομένους δὲ τινὰς καὶ ἐπὶ τῶν σεμνῶν θεῶν τοῖς βωμοῖς ἐν τῇ παρόδῳ ἀπεχρήσαντο. καὶ ἀπὸ τούτου ἐναγείας καὶ ἀλιτήριαι τῆς θεοῦ ἐκεῖνοί τε ἐκαλοῦντο καὶ τὸ γένος τὸ ἀπ' ἐκείνων. L'assedio, e soprattutto la scarsità di cibo e d'acqua intaccavano pesantemente la resistenza di Cilone e dei suoi: finché Cilone e il fratello riescono a fuggire. I loro compagni, prostrati e decimati dagli stenti si trascinano supplici all'altare collocato sull'acropoli. Gli Ateniesi che vigilavano li fecero alzare, come si accorsero che stavano spirando in uno spazio consacrato, e assicurando incolumità assoluta, li trassero fuori e li giustiziarono. Giunsero ad assassinarne per via alcuni, che si erano rifugiati nel santuario delle Venerande Dee e si appigliavano ai loro altari. Queste uccisioni fecero pesare sul capo dei loro esecutori la colpa di sacrilegio e di impietà al cospetto della Dea (traduzione di F. Ferrari). Sulla vicenda di Cilone e sul sacrilegio commesso dagli Alcmeonidi, cfr. A. GIULIANI, *Il sacrilegio ciloniano: tradizioni e cronologia*, in *Aevum*, I, 1999, 21 ss.

8 Traduzione di F. Ferrari.

9 Cfr., per tutti, R. PARKER, *Miasma: Pollution and Purification in Early Greek Religion*, Oxford, 1983.

10 L'episodio sarebbe confermato anche da Paus. 7.25.3: Λακεδαιμονίους δέ, ἀποκτεῖνασι καὶ τούτους ἄνδρας ἐς τὸ ἱερόν καταπεφευγότας τὸ ἐπὶ Ταινάρῳ τοῦ Ποσειδῶνος, οὐ μετὰ πολὺ ἐσείσθη σφίσιν ἡ πόλις συνεχεῖ τε ἡμῶ καὶ ἰσχυρῶ τῷ σεισμῷ, ὥστε οἰκίαν μηδεμίαν τῶν ἐν Λακεδαίμονι ἀντισχεῖν.

11 G. CRIFÒ, *Asilo*, cit., 193.

cosa che, dalla lettura delle fonti in materia non fu esente da pesanti critiche, fra le quali a spiccare è una tratta dai versi dello *Ione* di Euripide:

Eurip. *Ion*. 1313-9:

δεινόν γε θνητοῖς τοὺς νόμους ὡς οὐ καλῶς
 ἔθηκεν ὁ θεὸς οὐδ' ἀπὸ γνώμης σοφῆς·
 τοὺς μὲν γὰρ ἀδίκους βωμὸν οὐχ ἴζειν ἔχρην
 ἀλλ' ἐξελαύνειν· ...
 ἱερὰ καθίζειν <δ'> ὅστις ἠδικεῖτ' ἔχρην,
 καὶ μὴ 'πί ταῦτὸ τοῦτ' ἰόντ' ἔχειν ἴσον
 τόν τ' ἐσθλὸν ὄντα τόν τε μὴ θεῶν πάρα.

Ma, cosa tremenda, il dio ha posto per gli uomini delle leggi in modo ingiusto, e senza una buona ragione! Infatti, non avrebbero dovuto consentire agli ingiusti di sedersi presso gli altari, ma allontanarli. Invece avrebbero dovuto consentire che vi si sedessero solo i giusti e non porre sul medesimo piano chi è buono e chi è malvagio¹².

Il protagonista della tragedia si lamenta qui della crudeltà delle leggi divine, in questo caso equiparando la posizione di 'buoni' e 'malvagi' che si trovino in un tempio: per quanto, infatti, si ritenga ingiusto che i secondi, alla stregua dei primi, possano avvicinarsi alle are e ottenere la protezione da esse derivante, non è ritenuto possibile, in ogni caso, esimersi dal rispetto delle stesse, e ciò in quanto previsto da disposizioni di diritto divino, superiori a quelle di diritto positivo e fra le quali, come già dichiarato precedentemente, dovranno rientrare quelle inerenti il diritto d'asilo¹³.

Ora, se ἄσυλον è il termine che starebbe a indicare un'invulnerabilità che dal luogo si irradia ad un dato soggetto, vero è che tale soggetto veniva indicato, in genere, con un vocabolo del tutto differente, che sempre dovrà ritenersi riferito all'ambito del diritto d'asilo, senza, tuttavia valere da sinonimo di ἄσυλον. Il richiedente asilo è detto, infatti, ἱκέτης, 'supplice'¹⁴: tale sarebbe, dunque, la qualifica attribuita a tutti coloro che – stranieri, ma anche, soprattutto anzi, esuli – si recano in una terra diversa dalla propria, al fine di richiedere asilo. Richiesta che viene compiuta attraverso lo specifico

12 Traduzione di M.S. Mirto.

13 *Contra* v. G. CRIFÒ, *Asilo*, cit., 193, il quale ritiene, invece, che l'immunità dell'ἄσυλον fosse stata, progressivamente, limitata a livello soggettivo, sì da non essere più applicabile nei confronti di chi avesse violato la legge. Tale tesi, tuttavia, non potrà essere considerata accettabile se ci si attiene alla lettura delle fonti, fra cui spicca, da un lato, lo stesso *Ione* sopra menzionato, ma anche, dall'altro e come si vedrà nel corso dei paragrafi successivi, anche le *Supplici* (di Eschilo) e la *Medea*.

14 Cfr. P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étimologique de la langue grecque*, Paris, 1968; J. GOULD, 'Hiketia', in *The Journal of Hellenic Studies*, XCIII, 1973, 74 ss.; M. GIORDANO, *La supplica. Rituale, istituzione sociale e tema epico in Omero*, in *Annali dell'Istituto Universitario Orientale di Napoli*, Napoli, 1999; F. MASTROMARTINO, *L'asilo*, cit., 174; A. BERTOLLINI, *La supplica. Violenza simbolica e linguaggio*, in *Versus*, I, 2023, 101.

rituale dell'ἵκεσία¹⁵, con cui si dovrà intendere, al contempo, sia il privilegio derivante dal semplice fatto di trovarsi in un santuario (e che, secondo questo primo significato, sarà sovrapponibile all'ἄσυλον), sia la supplica compiuta, attraverso il suddetto rituale, da parte dell'ἱκέτης perché venga riconosciuta una forma di protezione definitiva¹⁶. Quest'ultima assumerà, quindi, i caratteri di una vera e propria accoglienza, atta a consentire un'integrazione dello stesso supplice all'interno della comunità.

Come detto, infatti, l'ἄσυλον riconosceva un'inviolabilità di carattere spaziale; va da sé, dunque, la sua temporaneità: qualora l'ἱκέτης se ne fosse allontanato, avrebbe

15 Sull'ἵκεσία v. P.H. BURIAN, *Suppliant Drama: Studies in the Form and Interpretation of Five Greek Tragedies*, Princeton, 1972; J. GOULD, 'Hiketia', cit., 74 ss.; F. MASTROMARTINO, *L'asilo*, cit., 174 ss.; E.G. CSAPO, 'Hikesia' in the 'Telephus' of Aeschylus, in *Quaderni urbinati di Cultura Classica*, XXXIV, 1990, 41 ss.; P. CASSELLA, *La supplica all'altare nella tragedia greca*, Napoli, 1999; M. DREHER, 'Hikesie' und 'Asylie' in den 'Hiketiden' des Aeschylus, in *Das antike Asyl. Kultische Grundlagen, rechtliche Asylgestaltung und politische Funktion (Akten der Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtsgeschichte)*, XV, 2003, 59 ss.; F.S. NAIDEN, *Ancient Supplication*, Oxford, 2006, *passim*; ID., *So Called 'Asylum' for Suppliant*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, CLXXXVIII, 2014, 136 ss.; A. BELTRAMETTI, *Scene di supplica nel Teatro eschileo: simmetrie strutturali ed equivalenze politiche*, in *La storia sulla scena. Quello che gli storici antichi non hanno raccontato*, 2011, 127 ss.; M. PEDRINA, *La supplication sur les vases grecs. Mythes et images*, in *Biblioteca di 'Eidola'*, II, Pisa-Roma, 2017; C. BLAME, *Suppliant Guests. 'Hikesia' and the Aporia of 'Asylum'*, in *Dramaturgy of Migration*, London, 2019. Come ricorda, inoltre, J. GOULD, 'Hiketia', cit., 75 ss., è, probabilmente, già dall'*Iliade* che è possibile individuare il primo esempio di supplica, sebbene, in questo caso, non riferita alla concessione di asilo, bensì con riguardo a quella di Teti, rivolta a Zeus (Hom. *Il.* 1.498-527), da una parte, ma anche, dall'altra, a quella di Priamo rivolta ad Achille (Hom. *Il.* 24.477 ss.).

16 Per quanto riguarda il rituale, si v. in particolare A. BERTOLLINI, *La supplica*, cit., 104 ss. L'ἵκεσία consisterebbe, in particolare, in una serie di gesti altamente significativi, cui, a partire da una προσκύνεσις del supplice, sarebbe poi seguita un'opposta ἀνάστασις; secondo l'autore, attraverso il primo atto, appunto di prostrazione, si sarebbe evidenziata la subalternità del supplice rispetto all'ospite supplicato. Come afferma l'autore «l'hiketes è una figura tellurica, fortemente legata alla terra. La posizione tipica lo vuole prossimo al suolo, suo elemento caratterizzante», cosa che, dunque, spiegherebbe la ragione del primo atto del rituale, appunto la summenzionata προσκύνεσις. Il supplice, quindi, si riconosce in una posizione inferiore, e si affida totalmente al supplicato che, significativamente, qualora accolga la sua supplica, consentirà l'ἀνάστασις – che, sempre secondo le parole di Bertollini «risolve positivamente la tensione» –, ammettendo che lo stesso supplice possa infine trovarsi sul suo medesimo piano, non più prostrato al suolo. Per gli ulteriori gesti del rituale (fra cui il contatto del supplice con alcune parti del corpo del supplicato, come mento e ginocchia) si rimanda a É. BENVENISTE, *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*. II. *Pouvoir, droit, religion*, Paris, 1969, 476; M. GIORDANO, *La supplica*, cit., 24. Rimangono, da ultimo, accanto a προσκύνεσις e ἀνάστασις, da un lato, e all'ulteriore gestualità, dall'altro, altresì delle precise parole che il supplice avrebbe dovuto pronunciare, affinché l'atto di ἵκεσία producesse effetti: di questo parla, in particolare A. BERTOLLINI, *La supplica*, cit., 105 ss.; tuttavia, significativi sono anche i versi delle *Supplici* eschilee (vv. 191-6: ἀλλ' ὡς τάχιστα βᾶτε, καὶ λευκοστεφεῖς/ ἱκτηρίας, ἀγάλματ' αἰδοῖου Διός,/ σεμνῶς ἔχουσαι διὰ χερῶν εὐωνύμων,/ αἰδοῖα καὶ γοεδνά καὶ ζαχρεῖ' ἔπη/ ξένους ἀμείβεσθ', ὡς ἐπὶ λυδᾶς πρέπει,/ τορῶς λέγουσαι τάσδ' ἀναιμάκτους φυγᾶς. Avanti, affrettatevi; e stringendo con venerazione nella mano sinistra il ramo cinto di lana bianca ch'è attribuito di Zeus Supplice, rispondete agli stranieri con tono supplicevole e dolente e bisognoso di tutto, come s'addice a forestieri, narrando apertamente di questa nostra fuga incruenta. Traduzione di L. Medda) in cui Danao consiglia alle figlie non solo l'atteggiamento da tenere (e i gesti da compiere per il rituale) dinanzi al sovrano argivo Pelasgo, ma anche i toni e le parole da utilizzare, di modo che la supplica abbia esito positivo, e affinché le Danaidi appaiano consapevoli degli usi greci, specie di quelli relativi alla richiesta d'asilo.

perso quel privilegio di cui aveva goduto, e si sarebbe trovato nuovamente in balia del suo persecutore. Ciò spiegherebbe, quindi, la necessità dell'ulteriore atto dell'ἵκεσία che avrebbe compiuto il supplice, volto, da una parte, ad evidenziarne la subalternità rispetto a colui cui viene richiesto asilo (o, *rectius*, accoglienza), e, dall'altra, a dare avvio al successivo procedimento che avrebbe condotto al soddisfacimento (o meno) della domanda di accoglienza. Sebbene, infatti, l'ἵκεσία si mostri come un atto di natura puramente religiosa, ad essa sarebbe seguito un vero e proprio procedimento, di natura giuridica, con il quale l'autorità sovrana della πόλις in cui si fosse trovato il luogo sacro avrebbe stabilito se concedere l'accoglienza richiesta dall'ἵκέτης.

È questa, forse, una delle massime espressioni della teorizzata labilità della linea di demarcazione tra la sfera divina e la sfera umana, nel mondo greco: sebbene la protezione derivasse dal santuario, e dunque dal dio cui era dedicato lo stesso, la supplica era, invece, rivolta all'autorità della città, la quale avrebbe dovuto seguire un preciso iter decisionale (con valore giuridico) atto alla determinazione, positiva o negativa, della stessa richiesta di accoglienza. E, tuttavia – e qui si pone la questione rilevante –, tale accoglienza (derivante dal diritto d'asilo e ad esso complementare), trovando la sua fonte in un santuario e, di rimando, in una divinità, altro non poteva essere se non, a sua volta, diritto divino, appartenente a quei νόμοι ἄγραφοι che secondo l'opinione pubblica dovevano derivare dalla legge divina stessa¹⁷.

Nonostante, invero, la dottrina¹⁸ abbia evidenziato, negli anni, che con l'espressione νόμοι ἄγραφοι possano intendersi diversi concetti, è, tuttavia, indubbio che essi,

17 Sulla derivazione dei νόμοι ἄγραφοι dal diritto divino, peraltro, non vi è univocità nelle fonti. Se, invero, i logografi ritengono che questi derivassero o proprio dalla volontà divina, oppure da un legislatore di epoca così risalente da non essere neppure identificabile, al contrario i filosofi ritengono che i νόμοι ἄγραφοι di fatto corrispondessero alla consuetudine, formatasi sulla base della morale. Si v., in tema, soprattutto l'orazione *Contro Andocide* di Lisia e la *περὶ τῶν Μυστηρίων* di Andocide. Quanto al testo lisiano, particolarmente significativo per l'origine dei νόμοι ἄγραφοι è Lys. 6.10: καίτοι Περικλέα ποτέ φασὶ παραίνεσαι ἡμῖν περὶ τῶν ἀσεβοῦντων, μὴ μόνον χρῆσθαι τοῖς γεγραμμένοις νόμοις περὶ αὐτῶν, ἀλλὰ καὶ τοῖς ἀγράφοις, καθ' οὓς Εὐμολπίδαι ἐξηγοῦνται, οὓς οὐδεὶς πω κύριος ἐγένετο καθελείν οὐδὲ ἐτόλμησεν ἀντειπεῖν, οὐδὲ αὐτὸν τὸν θέντα ἴσασι· ἡγείσθαι γὰρ ἂν αὐτοὺς οὕτως οὐ μόνον τοῖς ἀνθρώποις ἀλλὰ καὶ τοῖς θεοῖς διδόναι δίκην. Eppure raccontano che Pericle vi consigliò un tempo di applicare contro gli empi non solo le leggi scritte, ma anche quelle non scritte, secondo le quali danno le loro interpretazioni gli Eumolpidi, leggi che nessuno ha mai avuto il potere di abrogare né l'audacia di contraddire e di cui si ignora persino chi sia l'autore! Pericle riteneva infatti che, in tal modo, gli empi avrebbero pagato la loro colpa non solo di fronte agli uomini, ma anche di fronte agli dei (traduzione di E. Medda). Come si legge, invero, Lisia ricorda che i νόμοι ἄγραφοι siano leggi di cui 'persino se ne ignora l'autore'. Ma non solo. La natura divina dei νόμοι ἄγραφοι sarebbe confermata anche dalla frase finale del passo, quando l'oratore precisa che, proprio in virtù della loro applicazione, gli empi avrebbero pagato non solo dinanzi agli uomini (appunto autori dei νόμοι γεγραμμένοι), ma anche dinanzi agli stessi dei (forse perché fonte di questi νόμοι ἄγραφοι?). Cfr., inoltre, L. PEPE, 'Nomoi', cit., 125 ss., anche per quanto riguarda il commento alla seconda orazione indicata, ossia la *περὶ τῶν Μυστηρίων* di Andocide, in cui (in 1.115-6) accusa e difesa controbattano proprio sulla natura dei νόμοι ἄγραφοι: in specie, se questi possano (o debbano) essere parificati alle leggi scritte, e ciò in quanto «appartenenti all'ordine positivo della πόλις» (qui L. PEPE, 'Nomoi', cit., 126); oppure se, linearmente a quanto sostenuto da Lisia, questi siano superiori rispetto alle leggi scritte.

18 Sui νόμοι ἄγραφοι v., M. OSTWALD, *Was there a Concept of ἄγραφοι νόμοι in Classical Greece?*, in *Exegesis and Argument. Studies in Greek Philosophy presented to G. Vlastos*, a cura di E.N. Lee, P.D. Mourelatos, R.M.

quantomeno fino al V secolo a.C. (sia che si tratti di vere e proprie leggi, sia che si tratti di principi giuridici non ancora ascrivibili a delle norme) rientrano in quella branca del diritto che è, appunto, quello naturale¹⁹, o, *rectius*, per il fatto di essere nel mondo greco, divino²⁰. Di conseguenza, per il semplice fatto di essere tale ne deriverà la sua superiorità (in un'ipotetica gerarchia delle fonti) rispetto al diritto positivo delle singole πόλεις; onde, ammettendo che il diritto d'asilo sia parte dei νόμοι ἄγραφοι e, dunque, del diritto naturale-divino, la sua superiorità rispetto a eventuali leggi scritte dagli uomini, come, a titolo d'esempio e connesso all'argomento, le leggi sulla cittadinanza. E, poiché l'accoglienza richiesta attraverso l'ἵκεσία si configura quale diritto complementare rispetto a quello d'asilo, varrà il medesimo discorso: anch'essa doveva configurarsi come superiore rispetto alle leggi umane.

Rorty, Assen, 1973, 84; L. PICCIRILLI, 'Nomoi' cantati e 'nomoi' scritti, in *Civiltà Classica e Cristiana*, II, 1981, 7 ss.; A. MAFFI, *La consuetudine nella Grecia arcaica e classica*, in *Recueils de la Société Jean Bodin. La coutume. Custom*, LI, Bruxelles, 1990, 75; M. TALAMANCA, Ἐθῆ e νόμοι ἄγραφοι nel 'Corpus oratorum Atticorum', in *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, a cura di L. Bove, Napoli, 2008, 39; M. BONAZZI, *La virtù di Creonte: qualche osservazione sul rapporto tra 'epieikeia' e 'dike'*, in *Aevum antiquum*, IX, 2009, 37 ss.; G. CERRI, *Il significato dell'espressione 'leggi non scritte' nell'Atene del V secolo: formula polivalente o rinvio ad un 'corpus' giuridico di tradizione orale?*, in *Mediterraneo Antico: economia, società, culture*, XIII, 2010, 139 ss.; C. PELLOSO, 'Themis' e 'dike' in Omero. *Ai primordi del diritto dei Greci*, Alessandria, 2012; E. STOLFI, *Nóμοι e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXX, 2014, 467 ss.; P. DI LUCIA, *Il nomotropismo di Antigone*, in *Dike*, XVII, 2014, 153 ss.; L. PEPE, 'Nomos agraphos, nomos gegrammenos'. *Osservazioni su 'leggi non scritte' e 'leggi scritte' nell'ordinamento ateniese*, in *RDE*, VII, 2017; A. STAVRU, *Gli 'agraphoi nomoi' da Sofocle a Senofonte*, in *Il problema della normatività nel mondo antico*, Roma, 2021, 39 ss.

19 Si badi che, peraltro, la considerazione dei νόμοι ἄγραφοι come leggi di diritto naturale viene compiuta da parte dei soli filosofi. Si v., in particolare. Arist. *Rhet.* 1.1373b: Τὰ δ' ἀδικήματα πάντα καὶ τὰ δικαιώματα διέλωμεν ἀρξάμενοι πρῶτον ἐντεῦθεν. ὄρισται δὴ τὰ δίκαια καὶ τὰ ἀδίκια πρὸς τὸ νόμους δύο καὶ πρὸς οὓς ἐστὶ διχῶς. λέγω δὲ νόμον τὸν μὲν ἴδιον, τὸν δὲ κοινόν, ἴδιον μὲν τὸν ἐκάστοις ὀρισμένον πρὸς αὐτούς, καὶ τοῦτον τὸν μὲν ἄγραφον, τὸν δὲ γεγραμμένον, κοινὸν δὲ τὸν κατὰ φύσιν. Classifichiamo ora tutte le azioni giuste e ingiuste, cominciando in primo luogo da questo fatto. Abbiamo definito le cose giuste e le cose ingiuste in rapporto a due generi di leggi e in due modi in rapporto alle persone. Con legge voglio dire tanto quella particolare quanto quella comune, e con legge particolare intendo quella che ogni singolo popolo ha fissato per se stesso – ed essa può essere scritta e non scritta – con legge comune quella che è conforme a natura (traduzione di S. Gastaldi). Come si legge, appartiene alla filosofia la dicitura 'legge di natura': in una società arcaica com'era quella greca, infatti, parlare di diritto naturale era (forse) fin troppo elaborato, se non per chi si dedicasse alla riflessione filosofica. Si spiega, quindi, la ragione per cui con Aristotele i νόμοι ἄγραφοι potrebbero, eventualmente, corrispondere (o derivare) dal diritto naturale; al contrario, per l'opinione pubblica del tempo (e, quindi, per le fonti che qui interessano, i tragici, da un lato, e i retori, dall'altro), νόμοι ἄγραφοι erano perlopiù le leggi 'poste dagli dei' e, dunque, derivanti dal diritto divino.

20 Diversa (o non indubbia) era la considerazione dei νόμοι ἄγραφοι negli ultimi anni del V secolo e (di certo) nel IV secolo a.C., come dimostra proprio la *περὶ τῶν Μυστηρίων* di Andocide (appunto successiva al 403 a.C.). Nell'opera, invero, è controverso se questi siano superiori rispetto ai νόμοι γεγραμμένοι (in quanto derivanti o dagli stessi dei, oppure emanati da legislatori di un'epoca così risalente da non essere conosciuti), oppure se debbano essere ad essi parificati, poiché entrambi appartenenti all'ordinamento giuridico di Atene. Si rimanda sia alla nt. 17, sia a L. PEPE, 'Nomoi', cit., 125 ss., per quanto riguarda proprio la dubbia considerazione di tali νόμοι ἄγραφοι

Ora, se è vero quanto sinora sostenuto, ossia la pretesa superiorità del diritto d'asilo (e d'accoglienza) sulle leggi umane, ne dovrebbe logicamente seguire che il procedimento cui fosse stato sottoposto il supplice da parte delle autorità della πόλις ospitante avrebbe avuto un esito pressoché ovvio, quasi scontato e naturale, e consistente, appunto, nell'accettazione dell'individuo nella comunità. In caso contrario, invero, la decisione si sarebbe posta in contrasto con il diritto naturale, e quindi, secondo l'opinione greca²¹, con gli stessi dei (in particolare, quello d'asilo era diritto la cui fonte e tutela risiedeva in Zeus *Hikesios*, ossia Zeus protettore dei supplici): un'ipotesi che, da un lato, si riteneva causa di μίσημα, e che, dall'altro, per il fatto di porsi in contrapposizione con le leggi divine e per determinare, nel caso, una contaminazione per la città, difficilmente sarebbe stata accettata. E di ciò l'esempio più significativo è dato proprio dalle *Supplici* di Eschilo, menzionate in apertura: come evidenzia la dottrina²², infatti, le Danaidi, protagoniste della tragedia, possono essere considerata come ἔκεται nel senso più pieno del termine. Esse sono la perfetta rappresentazione del supplice, così com'era considerato nel mondo antico, e, soprattutto, perfetta è la rappresentazione delle modalità di concessione del diritto all'accoglienza, del ruolo dell'ἑκέτης e della sua forza, anche giuridica, rispetto all'ospite.

Sulla base di simili considerazioni, si potrà ipotizzare come, a partire dall'analisi della suddetta tragedia, quello all'accoglienza fosse, in verità, un diritto la cui concessione era quasi dovuta, in quanto necessario completamente di quello (automatico in virtù del suddetto criterio spaziale) d'asilo. Di conseguenza, anche il procedimento necessario per l'accettazione della supplica pronunciata dal richiedente accoglienza non poteva che essere una mera formalità, il cui esito non avrebbe mai potuto essere diverso dalla stessa accoglienza. Sebbene, dunque, una simile richiesta venisse giustificata da una serie di argomentazioni (come accade nelle stesse *Supplici*), esse dovevano risultare perlopiù superflue, e atte unicamente a indurre una forma di benevolenza, nei supplicati, per il supplice.

A ciò si potrebbe aggiungere un'ulteriore conclusione, secondo la quale, nonostante la radice etimologica di asilo sia ἄσυλον, quello che viene oggi inteso come 'diritto d'asilo' (sotto un profilo concreto) sia riconducibile più all'ἑκεσία: come si è visto, infatti, il primo altro non era se non, sì, una forma di immunità, la quale, tuttavia, aveva natura spaziale ed era legata unicamente alla sacralità del luogo fonte dello stesso ἄσυλον; immunità che si sarebbe irradiata a chiunque si fosse ivi trovato, ma solo fintanto che non si fosse allontanato. Al contrario, sarebbe stato con l'ἑκεσία che la città ospitante avrebbe potuto attribuire l'accoglienza derivante dal vero e proprio diritto d'asilo: un'accoglienza, quindi, slegata dalla presenza nel luogo sacro e riferita alla persona del supplice, ora rifugiato²³.

21 Si rimanda alla nt. 19 per l'opinione, più che greca in generale, dei *filosofi* greci, che già avevano elaborato il concetto di diritto naturale.

22 Si v. J. GOULD, *Hiketia*, cit., 89 ss.

23 A conferma si porrebbe anche un decreto di accoglienza, IG *IP* 218 (seppur di epoca più tarda: esso, infatti, fa data al 346-5 a.C.), di Atene per tre cittadini macedoni, Carmide e Anassipoli: costoro, al

2. La richiesta di accoglienza nelle *Supplici eschilee*.

Come anticipato, quella che può considerarsi la fonte più importante in materia di diritto d'asilo nel mondo greco sono, di certo, le *Supplici* di Eschilo, risalenti al 462 a.C. circa²⁴. La vicenda, che tutta ruota attorno alla questione in merito alla possibilità di concedere accoglienza o meno alle Danaidi (le cinquanta figlie di Danao, uno dei due sovrani che, secondo il mito, governavano l'Egitto), ha inizio con l'arrivo di costoro ad Argo, presso il recito sacro a Zeus *Hikesios*. Qui le donne, forti dell'appoggio del padre, chiedono accoglienza attraverso la modalità dell'*ἵκεσία* al sovrano della città, Pelasgo: secondo l'antefatto, invero, nella patria natia delle supplici governavano, al contempo poiché gemelli, due re (lo stesso Danao, ed Egitto) che avevano avuto, rispettivamente, cinquanta figlie e cinquanta figli, fra i quali era stato combinato il matrimonio. E il netto rifiuto del matrimonio – che, sebbene secondo il mito derivi dalla volontà paterna, dalla lettura dell'opera risulta avere origine, invece, dalle Danaidi stesse –, è causa e giustificazione della loro fuga ed esilio forzato nella città di Argo²⁵.

Ora, sin dai primi versi della tragedia, a spiccare è, intanto, il fatto che le donne si trovino nel recinto sacro a Zeus²⁶: e non potrebbe essere altrimenti, né più coerente con quanto sostenuto circa la natura del diritto d'asilo. Perché costoro potessero godere, quantomeno in via iniziale e temporanea, di protezione, sarebbe stato necessario (ma anche sufficiente) beneficiare degli effetti dell'*ἄσυλον*, derivanti, come si è visto, dal semplice fatto di trovarsi in un luogo sacro. Affinché la protezione divenisse, tuttavia, definitiva, e si potesse parlare di un vero e proprio diritto d'asilo 'completo' – poiché accompagnato anche dall'accoglienza – era necessaria, in aggiunta, l'*ἵκεσία*, subordinata alla successiva approvazione (con valore giuridico) dell'autorità competente. La supplica in questione, peraltro, si caratterizza per la particolarità (e veemenza) di alcune sue affermazioni:

Aesch. *Suppl.* 154-61:

Zeὺς μὲν ἀφίκτωρ ἐπίδοι προφρόνως...

εἰ δὲ μή, ...

Ζῆνα τῶν κεκμηκότων

termine della Terza guerra sacra, erano stati esiliati da Filippo II. Di conseguenza, in quanto filo-ateniesi, si erano recati nella πόλις, dove, proprio attraverso un'*ἵκεσία*, avevano compiuto richiesta di accoglienza. Accoglienza che, come ovvio, era stata loro concessa: ciò sia per il fatto di aver agito in maniera meritevole per la stessa Atene, ma anche, come vuole ipotizzarsi, poiché all'*ἵκεσία* era prassi rispondere positivamente. Cfr., F. BERLINZANI, *Gesti e forme di contatto nella letteratura e nel rituale della Grecia arcaica e classica*, in *Altre modernità*, XII, 2023, 12.

24 Per le questioni relative alla datazione delle *Supplici* di Eschilo, cfr. G. SALANITRO, *La data e il significato politico delle Supplici di Eschilo*, in *Helikon*, VIII, 1968, 311 ss., ma anche E. MEDDA, *La trilogia delle Danaidi e l'Atene di Pericle*, in *Eikasmos*, XXXIV, 2023, 93 ss.

25 J.K. MACKINNON, *The Reason*, cit., 74 ss.

26 Cfr., E. ALEXANDRI - S. TZIRVITZI, *'Hiketia'*, cit., 178 ss.

ἰξόμεσθα σὺν κλάδοις
ἀρτάναις θανοῦσαι.

Altrimenti noi ... andremo con supplici rami dallo Zeus dei morti: uccise da un cappio²⁷.

Aesch. *Suppl.* 461-5:

εἰ μὴ τι πιστὸν τῷδ' ὑποστήσεις στόλῳ - ...
ἐκ τῶνδ' ὅπως τάχιστ' ἀπάγξασθαι θεῶν.

Se non farai una sicura promessa a questo stuolo ... Mi impiccherò immediatamente a queste statue²⁸.

A ben vedere, le Danaidi – prima durante la supplica pronunciata al momento del loro ingresso nel recinto sacro a Zeus, poi in quella rivolta a Pelasgo – utilizzano toni inaspettatamente decisi, quasi tracotanti e aggressivi²⁹, e a dimostrarlo è, soprattutto, la minaccia di suicidio (ἀρτάναις θανοῦσαι; ἀπάγξασθαι) qualora venga loro negata accoglienza. Una minaccia che rende più che evidente la natura «rovesciata»³⁰ della supplica compiuta dalle donne straniere: anziché trovarsi in una posizione di subalternità, come sarebbe tipico per il supplice, e anziché, quindi, mostrare reverenza (αἰδώς³¹) nei confronti dell'ospite, cui, appunto, viene chiesta accoglienza e a cui, proprio per tale ragione, è dovuto questa reverenza di cui si discute, le figlie di Danao risultano determinate e sicure, al punto che la loro richiesta viene ad assumere i connotati di una pretesa.

E la ragione di una tale sicurezza non potrà che ricondursi alla stessa natura del diritto d'asilo, che si è detto essere un diritto di origine divina e che, in quanto tale, è superiore rispetto a ogni altra legge di diritto positivo, la quale dovrà essere, eventualmente, disapplicata, a favore del primo. Ne consegue, quindi, che lo stesso potrà dirsi del diritto all'accoglienza: poiché complementare a quello d'asilo, la sua natura non poteva che essere, anch'essa, divina. Onde anche la superiorità di questo rispetto alle leggi di diritto positivo. Non a caso, dunque, le Danaidi, del tutto consapevoli del

27 Traduzione di L. Medda.

28 Traduzione di L. Medda.

29 Si rimanda, inoltre, all'intera supplica, dai versi 380 a 499 delle *Supplici*. Cfr. C. PASSARIELLO, *La supplica*, cit., 311 ss.; A. BELTRAMETTI, *Giovani donne*, cit., 35 ss.; A. BERTOLLINI, *La supplica*, cit., 105 nt. 13; M. VEGETTI, *Le Supplici*, cit., 76 ss.

30 C. PASSARIELLO, *La supplica*, cit., 311.

31 V. in particolare, J. GOULD, *Hiketia*, cit., 85 ss., il quale ricorda come l'atto di αἰδώς dovesse essere, in verità, reciproco: dunque dovuto anche da parte del supplicato, nei confronti del supplice. L'autore si concentra qui, a titolo d'esempio, sull'αἰδώς di Creonte per *Medea* (dopo che quest'ultima ha, appunto, terminato la supplica), oltre che di quello dello stesso Pelasgo nelle *Supplici*. Cfr., inoltre, D.L. CAIRNS, *AIDOS', the psychology and ethics of honour and shame in ancient Greek literature*, Oxford, 1993, 48; A. BELTRAMETTI, *Giovani donne*, cit., 41.

dovere, imposto dal diritto divino, di Pelasgo di accoglierle – a pena, in caso contrario, di causare un μίασμα³² (come già accennato) –, «si barricano nella loro condizione di supplici³³», così sfruttando la forza, non solo morale ma anche giuridica dell'ἵκεσία.

Emblematici sono qui, soprattutto, i versi in cui le donne, sempre minacciando di togliersi la vita qualora vengano allontanate da Argo, richiamano quella particolare giustizia divina nota come θέμις:

Aesch. *Suppl.* 359-64:

ἴδοιτο δῆτ' ἄνατον φυγὰν [ἀντ. α.
 ἵκεσία Θέμις Διὸς κλαρίου.
 σὺ δὲ παρ' ὀψιγόνου μάθε γεραίοφρων·
 ποτιτρόπαιον αἰδόμενος τοῦνπερ
 ἱεροδόκα †...
 θεῶν λήματ' ἀπ' ἀνδρὸς ἀγνοῦ.

Temi, protettrice dei supplici, la dea moglie di Zeus che dà la sorte, guardi a noi, ad una fuga che non sia origine di sofferenza! Ma tu, che pure hai pensieri venerandi, impara da chi è più giovane: se hai rispetto di un supplice, avrai prosperità. Sono doni graditi agli dei ... le decisioni di un uomo pio³⁴.

Anche in tal caso, come per quanto riguarda la minaccia di suicidio, il richiamo alla θέμις non può ritenersi casuale, bensì atto a dimostrare la superiorità della propria pretesa (ma, anche, della propria posizione) dinanzi a Pelasgo, così da evidenziare il suddetto dovere morale di quest'ultimo. Un dovere morale che è tanto più forte proprio in quanto la sua fonte risiede in θέμις, la quale ben a ragione si può ritenere corrisponda all'ordine cosmico e, di rimando, al diritto divino³⁵: a essa, di conseguenza,

32 Significativi sono i vv. 472-3, in cui parla Pelasgo: εἰ μὲν γὰρ ὑμῖν μὴ τόδ' ἐκπράξω χρέος/ μίασμ' ἔλεξας οὐχ ὑπερτοξεύσιμον. Perché se non farò ciò che chiedete, la macchia che hai prospettato non potrà essere cancellata (traduzione di L. Medda).

33 Come riferisce C. PASSARIELLO, *La supplica*, cit., 312 ss., non solo, dunque, viene a mancare quella posizione di subalternità che dovrebbe caratterizzare la posizione del supplice, ma nemmeno è presente l'eventuale reciprocità che, ove manchi la subordinazione di chi richiede accoglienza rispetto a chi la offre, potrebbe tuttalpiù sussistere, in questo caso tra la posizione, ancora, del supplice, e quella, invece, del supplicato che è tenuto, in ogni caso, a onorare l'ἵκέτης. Mentre, invero, Pelasgo riconosce tale onore, le Danaidi, all'opposto, paiono dimenticarlo del tutto, sempre forti della protezione di Zeus *Hikesios*, come dimostrato proprio dalla minaccia di suicidarsi, nel caso in cui non ottengano l'accoglienza richiesta, *rectius* pretesa.

34 Traduzione di L. Medda.

35 Cfr., in particolare, E. BENVENISTE, *Le vocabulaire*, cit., 357 ss.; E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979; EAD., *Tra diritto e prediritto: un problema aperto*, in *DHA*, XIII, 1987, 149 ss.; C. CAREY, 'Nomos', in *Attic Rhetoric and Oratory*, in *JHS*, CXVI, 1996, 33 ss.; ID., *The Shape of Athenian Law*, in *The Classical Quarterly*, XLVIII, 1998, 93 ss.; J. RUDHART, 'Thémis' et les 'Horai'. *Recherche sur les divinités grecques de la justice et de la paix*, Genève, 1999, 19 ss.; M. FARAGUNA, *Tra oralità e scrittura. Diritto e forme della comunicazione dai poemi omerici e Teofrasto*, in *Dike*, IX, 2006, 66 ss., il quale definisce θέμις anzitutto come il «metro su cui basare, in accordo con la volontà di Zeus, i giudizi e le decisioni

vanno ricondotti gli stessi νόμοι ἄγραφοι, diritto d'asilo (e, di rimando, di accoglienza) compreso.

3. La ragione del rifiuto del matrimonio da parte delle Danaidi e la superiorità (gerarchica) del diritto d'asilo.

Ora, nonostante la consapevolezza della propria superiorità rispetto all'ospite supplicato, le Danaidi, su consiglio del padre, ritengono necessario giustificare la loro pretesa, e lo fanno con due ordini di argomentazioni che, se da una parte hanno come finalità quella di mostrare il rispetto dei costumi del popolo ospite (vv. 181-203), dall'altra (e come, nei fatti, risulterà) servono a dimostrare la *legittimità* della propria pretesa: la *ratio* alla base del loro rifiuto, dalle donne ritenuto giusto, del matrimonio, e la loro discendenza, che risulta comune a quella degli stessi Argivi.

Aesch. *Suppl.* 5-10:

Δίαν δὲ λιπούσαι
χθόνα σύγχορτον Συρία φεύγομεν,
οὔτιν' ἐφ' αἵματι δημηλασίαν
ψήφω πόλεως γνωσθεῖσαι,
ἄλλ' αὐτογενεῖ φουξανορία ...

In fuga lasciammo la terra divina ai confini della Siria: non è una colpa di sangue che per voto della città ci condanna all'esilio, ma la spontanea avversione al matrimonio³⁶.

Come si legge, per quanto riguarda la prima delle due argomentazioni, ossia il vero e proprio astio, seppur giustificato, per il vincolo matrimoniale, i versi dell'opera hanno suggerito alla dottrina due diverse teorie³⁷: secondo alcuni³⁸, il rifiuto si spiegherebbe

politiche»; C. PELLOSO, *Themis' e 'dike' in Omero. Ai primordi del diritto dei Greci*, Alessandria, 2012, *passim*; ID., *The Myth of Priority of Procedure over Substance in the Light of Early Greek 'Epos'*, in *RDE*, XIII, 2013, 227 ss.; G. MORETTI, *Allegorie della Legge. Prosopopea delle leggi e appello alle leggi personificate: un 'topos' retorico (e le sue trasformazioni) dal Critone platonico alla tradizione declamatoria*, in *Persona Ficta: la personificazione allegorica nella cultura antica fra letteratura, retorica e iconografia*, a cura di G. Moretti e A. Bonandini, Trento, 2012, 55 ss.

36 Traduzione di L. Medda.

37 Cfr., in generale, F. FERRARI, *La misandria delle Danaidi*, in *ASNP*, VII, 1977, 1303 ss.; S. POMEROY, *Goddess, whores, and slaves*, New York, 1975; J.K. MACKINNON, *The Reason*, cit., 74 ss.; E. LUPPINO, *Libici ed Egizi, 'xenoï' ad Argo nelle Supplici di Eschilo*, in *Contributi dell'Istituto di Storia antica*, VI, a cura di M. Sordi, Milano, 1979, 139 ss.; M. LEFKOWITZ, *Heroines and Hysterics*, London, 1981; I. SAVALLI, *La donna nella società della Grecia antica*, Bologna, 1983; R. FLACELIÈRE, *Amore e matrimonio*, in *La civiltà greca, storia e cultura*, IV, Roma-Bari, 1990, 205 ss.; R. SEALEY, *Women and Law in Classical Greece*, Chapell Hill-London, 1990; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, Milano, 1995; G. CUNIBERTI, *Le Supplici*, cit., 140 ss.; C. PASSARIELLO, *La supplica*, cit., 305.

38 Fra questi, A. ELISEI, *Le Danaidi*, cit., 197 ss.; S. IRELAND, *The problem of the motivation in the Supplices of Aeschylus*, in *RhM*, CXVII, 1974, 14 ss.; F. FERRARI, *La misandria*, cit., 1303 ss.; J.K. MACKINNON, *The reason*, cit., 74 ss.; G. THOMSON, *Aeschylus and Athens*, London 1940, 285 ss.

per via della natura dei pretendenti delle stesse Danaidi. Costoro, infatti, sono presentati come uomini colmi di ὕβρις³⁹, ma non solo. Il matrimonio è, inoltre, un matrimonio endogamico, in quanto i promessi sposi delle donne sono, come già anticipato, i loro medesimi cugini (essi vengono definiti ἐγγύτατα γένους⁴⁰, poiché figli di Egitto, gemello di Danao): ed è da tale, iniziale, caratteristica dell'unione indesiderata che Eschilo comincia a delinea l'alterità delle Danaidi.

Per i Greci, per quanto in certi (anzi, limitati) casi (esemplare è quello relativo alla vicenda, anch'essa incestuosa, di Edipo⁴¹, ma anche nell'ipotesi di fratelli δημοῦτριοι) la stipulazione di vincoli coniugali tra parenti fosse considerato contrario sia rispetto alle leggi di diritto positivo, sia a quelle di diritto naturale, in molte altre ipotesi (specie in quelle in cui l'unione matrimoniale fosse tra fratelli δημοπάτριοι, o, come nella tragedia ora in argomento, tra cugini⁴²), tali vincoli non solo erano possibili, ma, anzi, incentivati e guardati con favore. Essi, infatti, avrebbero consentito, in origine, di assicurare la sopravvivenza delle antiche tribù familiari⁴³, e, successivamente, di preservare il patrimonio del *de cuius* che, qualora fosse morto senza lasciare eredi maschi e fosse stato trasmesso alla donna, con un matrimonio (per esempio) tra cugini non sarebbe 'uscito' dalla famiglia di appartenenza⁴⁴. Si comprende quindi la ragione che porta a concludere che il netto rifiuto delle Danaidi di un matrimonio endogamico sarebbe il primo degli elementi di diversità delle donne rispetto agli Argivi, i quali, si è detto, non rigettavano simili unioni; al contrario, si potrebbe ritenere che le norme egizie non ammettessero l'endogamia.

39 Aesch. *Suppl.* 30: ἀρσενοπληθῆ δ' / ἐσμὸν ὕβριστήν Αἰγυπτογενῆ. Ma quello sciame violento d'uomini, della stirpe d'Egitto; 104-10: ἰδέσθω δ' εἰς ὕβριν [ἀντ. ε. βρότειον, οἶα νεάζει, / πυθμὴν δι' ἄμὸν γάμον τεθαλῶς. Guardi Zeus alla superba violenza dei mortali: con quali radici si rinnova per le nostre nozze!; 426: γνῶθι δ' ὕβριν ἀνέρον / καὶ φύλαξαι κότον. Riconosci la sfrenata prepotenza dei maschi e guardati dal loro rancore! (Traduzione di L. Medda).

40 Aesch. *Suppl.* 387-9: εἴ τοι κρατούσι παῖδες Αἰγύπτου σέθεν / νόμῳ πόλεως, φάσκοντες ἐγγύτατα γένους / εἶναι, τίς ἂν τοῖσδ' ἀντιωθῆναι θέλοι; Se per la legge della tua città i figli di Egitto hanno potere su di te, affermando d'essere i tuoi più vicini parenti, chi vorrà loro opporsi? (Traduzione di L. Medda).

41 A.W.R. HARRISON, *The Law of Athens, I, The Family and Property*, Oxford, 1968, 22 ss.; E. LÉVY, *Inceste, mariage et sexualité dans les Suppliantes d'Eschyle*, in *Année*, X, 1985, 29 ss.

42 Si aggiunga, inoltre, che non erano questi i soli matrimoni ammessi, tra membri di una stessa famiglia: accanto, invero, a quelli tra fratelli δημοπάτριοι e a quelli tra cugini, era previsto anche il matrimonio con quello che, tra i parenti, fosse stato il più prossimo (spesso, quindi e a titolo d'esempio, uno zio). Si v., in tema, A. BISCARDI, *Diritto*, cit., 121 ss.

43 Lo confermano G. THOMSON, *Aeschylus*, cit., 25 ss.; E. LÉVY, *Inceste*, cit., 29 ss.; C. PASSARIELLO, *La supplica*, cit., 305. Si v., soprattutto, W.E. THOMPSON, *The Marriage of First Cousins in Athenian Society*, in *Phoenix*, XXI, 1967, 237 ss., per quanto riguarda il matrimonio tra cugini.

44 Sull'epiclerato si v. Plut. *Sol.* 20.1-6. Per la letteratura, si rimanda, in particolare, a L. GERNET, *Sur l'épiclerat*, in *Revue des études grecques*, XXXIV, 1921, 336 ss.; E. KARABÉLIAS, *L'épiclerat attique*, Paris, 1974; D. SCHAPS, *Economic Rights of Women in Ancient Greece*, Edinburgh, 1979; A. BISCARDI, *Diritto*, cit., 123 ss.; S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993, 218 ss.; E. KARABÉLIAS, *Recherches sur la condition juridique et sociale de la fille unique dans le monde grec ancien excepté Athènes*, Athènes, 2004; E. CANTARELLA, *Gender, Sexuality, and Law*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, a cura di M. Gagarin e D. Cohen, Cambridge, 2005, 248 s.; M. VALENTE, *Un'attestazione dell'epiclerato attico nelle Supplici di Eschilo*, in *RDE*, XI, 2021, 181 ss.

Tuttavia, a ben vedere, tale prima teoria non può essere considerata del tutto accettabile. Essa, intanto, verrebbe a porsi in contrasto con gli stessi versi eschilei delle *Supplici*:

Aesch. *Suppl.* 37-9:

πρίν ποτε λέκτρων, ὧν θέμις εἶργει,
σφετεριζόμενοι πατραδέλφειαν
τήνδ' ἀκόντων ἐπιβῆναι.

Prima che a forza possano salire (i figli di Egitto) su quei talami, che θέμις allontana, appropriandosi di noi, loro cugine⁴⁵.

Come faranno anche successivamente (e come, inoltre, si è anticipato), le protagoniste dell'opera non si appellano alle leggi patrie, bensì invocano la giustizia divina, quell'ordine cosmico impersonificato da θέμις che è il primo metro di misura dell'agire umano, cui è giusto conformarsi, da cui, anzi, derivano il diritto e la giustizia umana, i quali, nel caso di specie, sono stati violati proprio dalla pretesa dei cugini egizi⁴⁶. Ora, poiché, andando avanti con la lettura della tragedia, Pelasgo richiama proprio il νόμος πολέως⁴⁷ della terra natia delle Danaidi al fine di giustificare, d'altro canto, il matrimonio voluto dai pretendenti delle donne, il fatto che queste ultime, invece, si appellino a θέμις e al diritto di origine divina per dimostrare la legittimità del loro rifiuto è indice che fatto che la *ratio* dello stesso non potrà essere individuata nell'endogamia del vincolo matrimoniale in argomento e nel fatto che il diritto patrio non prevedesse matrimoni di tal genere. In quel caso, infatti, non si spiegherebbe l'allusione del re argivo al diritto dell'Egitto, che ammetteva anch'esso simili vincoli.

Seguendo, invece, un'altra parte della dottrina⁴⁸, si dovrà ritenere che il rifiuto del matrimonio da parte delle protagoniste della tragedia sia un rifiuto che prescinde dalla qualità dei pretendenti: esse, invero, aborriscono *ex toto* qualsiasi unione matrimoniale. Non solo, dunque, la tracotanza dei pretendenti, né il fatto che questi siano ἐγγύτατα γένους sarebbero causa di un tale astio, che, invece, sussiste per la natura stessa del matrimonio, per il semplice fatto che alle Danaidi sia richiesto di sposarsi. Ed è qui che si trova il primo vero elemento di alterità di queste donne straniere, rispetto a quelle di Argo, in specie, e della Grecia, in generale: costoro rappresentano un «modello di

45 Traduzione di L. Medda.

46 Cfr. E. LÉVY, *Inceste*, cit., 31 ss.

47 Aesch. *Suppl.* 387-9: εἰ τοι κρατούσι παῖδες Αἰγύπτου σέθεν/ νόμου πόλεως, φάσκοντες ἐγγύτατα γένους/ εἶναι, τίς ἂν τοῖσδ' ἀντιωθῆναι θέλοι; Se per la legge della tua città i figli di Egitto hanno potere su di te, affermando d'essere i tuoi più vicini parenti, chi vorrà loro opporsi? (Traduzione di L. Medda).

48 A.F. GARVIE, *Aeschylus' Supplikes*, cit., 220 ss.; T. GANTZ, *Love and Death in the Suppliants of Aeschylus*, in *Phoenix*, XXXII, 1978, 279 ss.; E. LÉVY, *Inceste*, cit., 29 ss.; R. SEAFORD, *The Tragic Wedding*, cit., 110 ss.; E.I. ZEITLIN, *La politique d'Eros. Feminin et masculine dans les Suppliantes d'Eschyle*, in *Metis*, III, 1988, 231 ss.

negazione della norma femminile⁴⁹, che avrebbe voluto che una donna accettasse il matrimonio – fosse poi, tale matrimonio, tra consanguinei o meno –, quando, al contrario, una simile unione viene vista come un atto non solo ingiusto, ma fonte di ἀσεβεια.

Aesch. *Suppl.* 8-10:

γάμον Αἰγύπτου παίδων ἀσεβῆ τ'
ὄνοταζόμεναι <διάνοιαν>.

Ci ripugnano le nozze con i figli di Egitto e la loro empia follia⁵⁰.

Aesch. *Suppl.* 334-5:

Χο. ὡς μὴ γένωμαι δμῶις Αἰγύπτου γένει.
Βα. πότερα κατ' ἔχθραν, ἢ τὸ μὴ θέμις λέγεις;

Co.: Non voglio diventare schiava dei figli di Egitto.

Re: Forse perché li odi? O intendi dire che è cosa contraria a θέμις⁵¹.

Le Danaidi, sposandosi, subirebbero un'usurpazione della propria persona e non è, infatti, un caso che si servano dei termini δμῶις, 'schiava' (nel senso proprio di 'prigioniera di guerra'), e δαμάζομαι, 'sono catturato', in quanto il divenire mogli di chiunque equivarrebbe, per tali donne, a una forma di schiavitù che, ancora una volta, ne fa risaltare l'alterità rispetto al mondo greco. Ma non è ancora questo a essere sufficiente per rendere il matrimonio ἀσεβής. È sì vero che le supplici non vogliono sposarsi poiché ciò andrebbe a eliminare la loro individualità, che esse invece desiderano affermare; tuttavia, è il semplice 'non volersi sposare', a essere causa di ἀσεβεια⁵². Essendo loro imposto, il vincolo matrimoniale diviene contrario al diritto divino: l'empietà del matrimonio e l'invocazione di θέμις si spiega, dunque, per via della violenza con cui verrebbe a realizzarsi tale stessa unione di cui si discute (non è, invero, un caso che Pelasgo ipotizzi, in riferimento alle supplici, che τὸ μὴ θέμις λέγεις, ossia 'che ciò che intendi dire è cosa contraria a θέμις').

49 C. PASSARIELLO, *La supplica*, cit., 306. Per la sterminata bibliografia in merito alla condizione della donna nel mondo greco, per quanto estesa, si rimanda a S. POMEROY, *Goddess, whores, and slaves*, New York, 1975; J. GOULD, *Law, Custom and Myth. Aspects of the social position of women in classical Athens*, in JHS, C, 1980, 38 ss.; M. LEFKOWITZ, *Heroines and Hysterics*, London, 1981; C. MOSSÉ, *La femme dans la Grèce antique*, Paris, 1983; I. SAVALLI, *La donna nella società della Grecia antica*, Bologna, 1983; R. JUST, *Women in Athenian Law and Life*, London-New York, 1989; R. FLACELIÈRE, *Amore*, cit., 205 ss.; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., *passim*.

50 Traduzione di L. Medda.

51 Traduzione di L. Medda.

52 E. LÉVY, *Inceste*, cit., 32 ss.; A. CARSON, *Putting her in her place: women, dirt and desire*, in *Before sexuality*, a cura di D. Halperin, J. Winker e F. Zeitlin, Princeton 1990, 135 ss.; C. PASSARIELLO, *La supplica*, cit., 309; A. BERTOLLINI, *La supplica*, cit., 45 ss.

Ora, per quanto non si intenda indugiare in via eccessiva sull'alterità delle Danaidi rispetto alle donne del mondo greco, l'analisi non solo della loro concezione del matrimonio, ma, soprattutto, dell'importanza che viene data alla 'volontà' nel matrimonio e alla presenza di un 'comune accordo' risulta fondamentale ai fini dell'inquadramento del diritto d'asilo. Si è detto, infatti, che quest'ultimo rientra di certo nell'ambito del diritto divino e che, in quanto tale, risulta gerarchicamente superiore ai νόμοι emanati dagli individui; cionondimeno, è altresì vero che pure quello del matrimonio, poiché dovere morale, non poteva che avere anch'esso un'origine divina, ed essere legato alla θέμις. Ne consegue che tanto l'ospitalità – da cui, anche, l'asilo, prima, e l'accoglienza, di conseguenza –, quanto il matrimonio (γάμος) possono tutti essere considerati, per il mondo antico, dei «patti sociali»⁵³, i quali sono «investiti ... di una sacralità che respinge ogni possibile trasgressione nell'impurità irrimediabile e contagiosa»⁵⁴. Tuttavia, il diritto derivante dall'ἵκεσία – quindi, quello all'accoglienza – si rivela infine superiore rispetto al γάμος: se, invero, quest'ultimo sembra ammettere una condizione perché possa dirsi conforme alla stessa θέμις, ossia la volontà di entrambi i soggetti interessati; così non è per il diritto all'accoglienza, che pare essere dovuto in maniera incondizionata, al punto tale da rendere accettabile il rischio di conflitti tanto di politica interna, quanto di politica estera, come si vedrà nel paragrafo successivo.

Ciò potrebbe spiegare (quantomeno in parte) la ragione per cui le Danaidi ritengono necessario giustificare la propria richiesta: per quanto il diritto all'accoglienza – essendo un 'completamento' di quello d'asilo – dovesse essere concesso sempre e comunque (per non rischiare contaminazioni a causa della violazione della θέμις), sarebbero potuti sussistere dubbi, circa tale concessione, qualora questa si fosse posta in violazione con altre norme di diritto divino: in tal caso, il matrimonio. Onde la necessità di determinare quale tra i due diritti dovesse prevalere e, di conseguenza, quale potesse essere disapplicato: qui starebbe, dunque, la superiorità del diritto d'asilo (non soggetto a condizioni) sul matrimonio (subordinato alla volontà di *entrambe* le parti).

4. *L'ἄστοξενία delle Supplici.*

Si è detto che la supplica delle Danaidi si fonda su due argomentazioni, di cui la prima, come visto, è l'ingiustizia della pretesa dei cugini egizi, in quanto il matrimonio *non è voluto* dalle donne. Poiché, inoltre, non solo il diritto d'asilo (e, di rimando, all'accoglienza) trova la sua fonte in θέμις ed è, dunque, un diritto divino, ma lo stesso vale per il γάμος, ben si spiega la ragione alla base di una simile argomentazione: per le Danaidi è necessario dimostrare la superiorità della propria pretesa d'accoglienza su un altro diritto, che è anch'esso derivante da quello divino. Una volta compiuta tale dimostrazione, a un primo sguardo parrebbe superflua la seconda argomentazione; tuttavia,

53 A. BERTOLLINI, *La supplica*, cit., 40.

54 A. BERTOLLINI, *La supplica*, cit., 40.

si è anche detto, in apertura, che la protezione dell'ἄσυλον per diventare 'assoluta' – quindi efficace anche fuori dal luogo sacro, assumendo i connotati di un'accoglienza – richiede, oltre che una supplica, anche una deliberazione, con valore ed effetti giuridici, emanata da parte dell'autorità competente. Nel caso di specie, da parte dell'assemblea degli argivi⁵⁵. Per quanto la concessione dell'accoglienza appaia una formalità, infatti, nulla vietava di rifiutarlo: un rifiuto, certo, si sarebbe posto in contrasto con il diritto divino e avrebbe causato un μίαισμα, tuttavia non era contrario ad alcuna norma positiva. Sarebbe stato proprio il timore di tale contaminazione e l'assoluto rispetto per la θέμις a garantirne la costante applicazione e a renderlo una mera formalità, da un lato; dall'altro, sarebbe stata questa formalità 'non positivizzata' del diritto all'accoglienza a rendere preferibile per il richiedente la presentazione di una (o più) giustificazioni.

È, dunque, per tale ragione che le Danaidi, accanto alla prova della legittimità del loro rifiuto del vincolo coniugale, affermano altresì la propria identità greca, garantita dalla discendenza da Io⁵⁶:

Aesch. *Suppl.* 274-6:

βραχὺς τορός θ' ὁ μῦθος· Ἀργεῖται γένος
ἐξευχόμεσθα, σπέρματ' εὐτέκνου βροός· ...

Breve sarà il nostro racconto: noi ci gloriamo d'essere di stirpe argiva e di discendere da una giovenca dalla felice prole⁵⁷.

Tale discendenza, che dovrebbe essere comune a quella degli abitanti di Argo – e che dovrebbe fungere da *captatio benevolentiae* –, tuttavia, si contrappone nettamente alla descrizione fisica (ma anche attitudinale) delle protagoniste tragiche, le quali sin dalle prime righe dell'opera sono, infatti, descritte come donne dai tipici tratti stranieri⁵⁸.

55 In questo senso, la tragedia risulta anacronistica e poco lineare rispetto al mito, ambientato in un momento storico in cui ancora vigeva la monarchia – come dimostrato dal semplice fatto per cui Pelasgo sia un vero e proprio sovrano –, e in cui, logicamente, sarebbe stata sufficiente la volontà del re per decidere se accordare o meno asilo alle supplici. Si potrebbe pensare, dunque, che Eschilo abbia voluto richiamare le istituzioni democratiche coeve, imponendo a Pelasgo la sottoposizione della questione a un'assemblea dei cittadini (Cfr. E. ALEXANDRI - S. TZIRVITZI, *Hiketieia*, cit., 177).

56 Sulla discendenza delle Danaidi v., in particolare, R.D. MURRAY Jr., *The Motif of Io in Aeschylus' Suppliants*, Princeton, 1958, 88 ss.; R.P. WINNINGTON INGRAM, *The Danaid*, cit., 142; A. BELTRAMETTI, *Giovani donne*, cit., 35 ss.

57 Traduzione di L. Medda. V., inoltre, i vv. 290-324, in cui le Danaidi narrano del mito di Io, argiva che, sedotta da Zeus e trasformata in giovenca da Era, dopo lunghe peregrinazioni era, infine, giunta in terra egizia.

58 Aesch. *Suppl.* 118: καρβᾶνα δ' αὐδὸν εἶ, γᾶ, κονηεῖς. Ma tu, terra, intendi bene la mia voce straniera; 154: μελανθῆς [στρ. θ./ ἠλιόκτυπον γένος/ τὸν γάιον. Noi, fosca schiatta brunita dal sole ...; 234-8: ποδαπὸν ὄμιλον τόνδ' ἀνελληνόστολον/ πέπλοισι βαρβάροισι κάμπυκώμασι/ χλίοντα προσφωνοῦμεν; οὐ γὰρ Ἀργολίς/ ἔσθῃς γυναικῶν οὐδ' ἄφ' Ἑλλάδος τόπων. Da quale paese proviene questa folla fatosamente abbigliata di barbari pepi e bende, cui noi rivolgiamo la parola? L'abito non è certo greco: non sono argoliche le vesti delle donne, né appartengono ad altra località della Grecia (traduzione di L. Medda).

La loro alterità – nonostante la discendenza comune – si manifesta così non solo con riferimento al rifiuto del matrimonio con i pretendenti (cosa, si è detto, del tutto differente rispetto alle donne della Grecia), ma anche dalla carnagione (v. 154), dall'accento (v. 118), dagli abiti portati (vv. 234-8); ciononostante, le donne insistono sull'appartenenza alla stirpe greca. Eschilo va così a costruire «abilmente il profilo identitario delle supplici, distribuendo ... elementi che sostengono su piani diversi ... tanto i motivi che facilitano il loro riconoscimento, favorendone l'assimilazione, quanto quelli che vi si oppongono»⁵⁹. Tali donne vengono in questo modo ad assumere una doppia natura, poiché straniere (ξέναι) sotto un profilo esteriore ed estetico, ma al contempo ἄσται sotto il diverso profilo della discendenza, e proprio su quest'ultimo punto esse pongono particolare attenzione.

Qui si pone la drammatica attualità delle *Supplici*: sebbene il diritto d'accoglienza (poiché complementare a quello d'asilo) sia un diritto non solo divino, ma anche superiore rispetto ad altri della medesima specie (si pensi al γάμος), l'arrivo dello straniero – per quanto giustificato più che validamente – va in maniera quasi fisiologica a creare un contrasto tra il mondo greco, 'civilizzato' ma, soprattutto conosciuto, e quello barbaro, al contrario ritenuto 'non civilizzato' e, anche in tal caso soprattutto, sconosciuto⁶⁰.

Proprio un tale contrasto spiega il bisogno percepito dalle protagoniste di precisare che anch'esse, come Pelasgo e i suoi cittadini, sono greche, e proprio un tale contrasto spiega l'uso del termine ἀστοξένοι⁶¹ da parte del sovrano, con riferimento alle donne: sia legate agli Argivi, e dunque ἀσται, sia straniere, e dunque ξέναι. Nonostante la loro consanguineità, esse non possono essere, invero, assimilate del tutto a un greco, e il concetto di ἀστοξενία è indice dell'impossibile normalizzazione dello straniero – supplice che chiede accoglienza – all'ospite, il quale, cionondimeno, per via della natura stessa del diritto richiesto, si trova a dover affrontare un conflitto. Conflitto che è dato dalla necessaria ottemperanza a un diritto ritenuto di origine divina – la cui fonte è θέμις –, da una parte, e, dall'altra, dalla preservazione dell'ordine politico, tanto interno quanto esterno.

È questa, infine, l'ultima questione attorno alla quale ruotano le *Supplici* eschilee: non basta aver riconosciuto che quello d'accoglienza, per il fatto di porsi a complemento di quello d'asilo, sia un diritto gerarchicamente superiore a ogni altro e, di

59 M. VEGETTI, *Le supplici*, cit., 73.

60 E. HALL, *Inventing the Barbarian. Greek Self-Definition through Tragedy*, Oxford, 1989; L. MOULINIER, *Le pur et l'impur dans la pensée des Grecs. D'Homère à Aristote*, Paris, 1952; W. NIPPEL, *La costruzione dell'altro*, in *Noi e i Greci*, a cura di S. Settis, Torino, 1996, 165 ss.; T. HARRISON, *Greek and Barbarians*, Edimburgh, 2002; C. PASSARIELLO, *La supplica*, cit., 313 ss.; G. SEVESO, *Esuli*, cit., 244 ss.; A. BELTRAMETTI, *Giovani donne*, cit., 47 ss.; EAD., *Mediterraneo polifonico: 'xenoï' prima che 'barbaroi'*. *Rappresentazioni greche del Mediterraneo antico*, in *La storia è di tutti*, a cura di A. Brusa e L. Cajani, Roma 2008, 46 ss.; M. VEGETTI, *Le supplici*, cit., 74 ss.

61 Aesch. *Suppl.* 356-9: εἴη δ' ἄνατον πρᾶγμα τοῦτ' ἀστοξένων./ μηδ' ἐξ ἀέλπτων κάπρομηθῆτων πόλει/ νεῖκος γένηται· τῶν γὰρ οὐ δέεται πόλις. Oh, se le vicende di queste concittadine-straniere non fossero causa di mali, e da eventi inaspettati e impensati alla città non derivasse discordia: di questo non ha bisogno la città! (Traduzione di L. Medda).

conseguenza, dovuto; né è sufficiente aver anche legittimato la propria pretesa di accoglienza medesima sulla base di argomentazioni del tutto valide. Se le Danaidi hanno, ormai, compiuto quanto necessario per ottenere la protezione permanente – e non circoscritta al recinto sacro di Zeus –, di cui si discute, spetta a Pelasgo la decisione definitiva, che dovrà considerare, tuttavia, non solo l'obbligo divino derivante dalla natura del diritto all'accoglienza – la cui mancata ottemperanza sarà causa di *μίασμα* –, ma anche i rischi connessi alla stessa⁶².

Aesch. *Suppl.* 406-16:

δεῖ τοι βαθείας φροντίδος σωτηρίου ...
 ὅπως ἄνατα ταῦτα πρῶτα μὲν πόλει,
 αὐτοῖσί θ' ἡμῖν ἐκτελευτήσει καλῶς,
 καὶ μήτε δῆρις ῥυσίων ἐφάψεται,
 μήτ' ἐν θεῶν ἔδραισιν ὧδ' ἰδρυμένας
 ἐκδόντες ὑμᾶς τὸν πανώλεθρον θεὸν
 βαρὺν ξύνοικον θησόμεσθ' ἀλάστορα,
 ὃς οὐδ' ἐν Ἄιδου τὸν ἀλιτόντ' ἐλευθεροῖ.

Occorre un pensiero profondo che ci salvi ... così che questa vicenda non arrechi danno alla città e per noi stessi si concluda felicemente, né la guerra s'impadronisca di queste prede, né io – per aver tradito voi, prostrate dinanzi agli altari degli dei – mi procuri come greve compagno di vita il dio della rovina estrema, il genio vendicatore che neppure nell'Ade lascia libero chi è morto⁶³.

Eschilo rappresenta nei versi sopra riportati tanto il pericolo di un conflitto con il paese natio delle supplici, quanto quello di una guerra civile interna, tra gli Argivi a favore dell'accoglienza delle donne, e quelli ad essa contrari. Ora, poiché al diritto all'accoglienza si *doveva* adempiere, e poiché, di conseguenza, un conflitto con l'Egitto sarebbe stato inevitabile, il termine *ἀστοξενία* può essere considerato come il tentativo del sovrano di Argo di evitare, quanto possibile, il malcontento popolare: al fine di convincere i propri cittadini, Pelasgo, a sua volta – pur senza dimenticare la *ξενία* delle Danaidi – insiste sul loro essere al contempo *ἀσταί*, poiché discendenti da Io. Non solo. Richiamandosi al suo tempo e alla democrazia di Atene – che, dunque, si specchia nella rappresentazione della *πόλις* argiva –, Eschilo sottopone all'assemblea cittadina la decisione finale sull'*ἵκεσία* delle supplici; decisione che, si è detto, era condizione necessaria per dare un valore assoluto, oltre che giuridico, all'asilo richiesto.

62 Cfr., in particolare, P. BURIAN, *Pelasgus and Politics in Aeschylus' Danaid Trilogy*, in *WS*, VIII, 1974, 6 ss.; A.H. SOMMERSTEIN, *Aeschylus: Suppliants*, Cambridge, 2019; A. BELTRAMETTI, *Giovani donne*, cit., 44 ss.; G. SEVESO, *Esuli*, cit., 246 ss.; M. VEGETTI, *Le Supplici*, cit., 76 ss.

63 Traduzione di L. Medda.

Da una parte, quindi, la decisione positiva circa l'accoglienza pare obbligata; dall'altra, tuttavia, viene lasciata all'assemblea quantomeno la parvenza di deliberare definitivamente, e, soprattutto, si favorisce la deliberazione (e si disincentiva l'eventuale mal disposizione dei cittadini nei confronti delle straniere) attraverso il concetto dell'*ἄστοξενία*, con il quale, si è detto, si rende impossibile un'assoluta normalizzazione e assimilazione dello straniero al cittadino. Le Danaidi saranno, infatti, accolte ad Argo, e a esse verrà riconosciuto lo *status* di meteci, a dimostrazione della loro alterità, nonostante la comune discendenza⁶⁴: si cerca, in tal modo e in maniera soddisfacente, sia di soddisfare la richiesta delle donne e, soprattutto, di non venir meno all'obbligo derivante dal diritto (divino) dell'asilo e all'accoglienza, ma anche, al contempo, di preservare l'autoctonia degli Argivi.

5. Considerazioni conclusive (anche secondo un passo della *Medea*).

Quello delle *Supplici* non è l'unico esempio del contrasto tra diritto d'asilo e diritto positivo nel mondo greco, né, più in generale, dell'esercizio del primo e dell'accoglienza che dai Greci viene riconosciuta ai profughi e agli stranieri. Basti qui solo accennare alla conclusione della *Medea* di Euripide, quando l'omonima protagonista chiede asilo (seppur secondo modalità differenti da quelle seguite dalle Danaidi) al sovrano ateniese Egeo:

Eur. *Med.* 709-13:

Μη. ... ἀλλ' ἄντομαί σε τῆσδε πρὸς γενειάδος
γονάτων τε τῶν σῶν ἰκεσία τε γίνομαι, ...
καὶ μὴ μ' ἔρημον ἐκπεσοῦσαν εἰσίδῃς,
δέξαι δὲ χώραι καὶ δόμοις ἐφέστιον

...

Αἰ. πολλῶν ἔκατι τήνδε σοὶ δοῦναι χάριν,
γύναι, πρόθυμός εἰμι, πρῶτα μὲν θεῶν ...

Med.: Ma ti prego, per il tuo viso, per le tue ginocchia, ti supplico:

... non permettere che vada in esilio, sola, abbandonata;

64 Anche in tal caso, trattandosi di un argomento fin troppo ampio, si rimanda solo alla bibliografia principale ai fini della presente trattazione, in particolare a E. BALOGH, *Political Refugees in Ancient Greece*, Roma, 1972, 2 ss.; D. MACDOWELL, *The Law in Classical Athens*, Ithaca, 1978, 72 ss.; A. BISCARDI, *Diritto*, cit., 288 ss.; S.C. TODD, *The Shape*, cit., 194 ss.; ID., *Law and Oratory at Athens*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge, 2005, 99 ss.; G.W. BAKEWELL, *Μετοικία in the Supplices of Aeschylus*, in *The Classical Antiquity*, XVI, 1997, 209 ss.; F. MASTROMARTINO, *L'asilo*, cit., 178; M. VALENTE, *L'imposta del 'metoikion' ad Atene: uno strumento di controllo dell'immigrazione?*, in *Historika*, XI, 2021, 95 ss.; E. ALEXANDRI - S. TZIRVITZI, *Hiketia*, cit., 184 ss., che, soprattutto, evidenziano come «In this regard the play corresponds to the situation in fifth-century Athens, where the metic and his property were protected by the Athenian court system».

Accogliami nel tuo paese, nella tua casa, proteggimi

...

Eg.: Sono molti i motivi che mi spingono ad accontentarti!

Innanzitutto il timore di dio⁶⁵.

Anche in questo caso, Medea chiede di essere accolta in una πόλις differente (qui Atene), e, anche in questo caso, il supplicato soddisfa la richiesta. Per quanto Medea sia una donna, straniera, ἄπολις poiché rifiutata tanto dalla sua patria natia (la Colchide), quanto dalla sua nuova città (Corinto), per quanto, infine, ella si sia macchiata di crimini atroci (l'uccisione prima del fratello, poi, durante la tragedia medesima, dei propri figli), Egeo non esita nell'accordarle l'asilo richiesto⁶⁶.

Ciò, se unito a quanto sopra sostenuto circa l'esercizio e i caratteri del diritto d'asilo nelle *Supplici*, consente di rispondere alle domande poste all'inizio della trattazione.

Anzitutto, si è ben visto come quello d'asilo sia un diritto la cui unica fonte risiede nella θέμις e che trovi completamente nella successiva accoglienza che, anch'essa, potrà ritenersi un diritto di natura divina. Ora, di fronte ad altri diritti aventi la medesima origine, costringe a una sorta di loro bilanciamento: fra questi, laddove vi sia un contrasto, risulta necessario individuare quello prevalente, che sarà tale in quanto fondato su basi imprescindibilmente legittime. Si dovrà procedere, così, a una sorta di rilettura del νόμος: «non tutto ciò che è previsto dalla consuetudine è legittimo»⁶⁷, nel caso di specie, non basta che un diritto abbia natura divina perché possa essere esercitato indistintamente. Perché si dia attuazione a un vincolo matrimoniale (il γάμος) è necessario che questo sia sorretto da una serie di condizioni, tra cui la volontà di entrambe le parti interessate. Così non è per il diritto d'asilo che, invece, qualora non sia soddisfatto, comporterà in ogni caso una contaminazione per la πόλις (non) ospitante, così risultando dovuto senza condizioni. Ciò solo basta per determinarne la superiorità. Lo dimostra, inoltre, il caso di Medea, in cui si assiste alla prevalenza di tale diritto anche laddove il richiedente asilo sia non solo un omicida, ma le vittime siano state i propri stessi figli.

Da tale considerazione deriva, inoltre, la risposta al secondo quesito: era la deliberazione (dell'Ecclesia) sulla concessione dell'accoglienza una mera formalità? La

65 Traduzione di U. Albini.

66 Si v., per un'analisi dell'accoglienza che viene concessa a Medea da Egeo, per tutti, E. ALEXANDRI, - S. TZIRVITZI, *Hiketia*, cit., 175 ss. Tuttavia, il fatto che Egeo non voglia assumersi, dinanzi ai propri cittadini, la responsabilità di aver accolto Medea, può essere anche in tal caso (come nelle *Supplici* eschilee), un richiamo al sistema giuridico vigente al momento della composizione e della messa in scena della tragedia, quando non vi era più la monarchia, bensì la democrazia. Alla stregua di Eschilo, è plausibile che anche Euripide abbia voluto ricordare al proprio pubblico la rilevanza della volontà degli Ateniesi, quand'anche questa non venga in causa (come nella vicenda di Medea). Cfr. E. ALEXANDRI - S. TZIRVITZI, *Hiketia*, cit., 177.

67 A. BELTRAMETTI, *Giovani donne*, cit., 45.

soluzione non potrà che essere positiva, come dimostra l'accettazione del rischio, da parte di Pelsago prima, degli Argivi poi, di affrontare un conflitto con gli Egizi (cosa che, in effetti, accadrà). Non solo. Il fatto che il sovrano conii il termine ἀστόξενοι è indice della volontà di conciliare i diritti di cittadinanza (dando così soddisfazione ai propri sudditi), senza con ciò tralasciare i diritti umani (dando soddisfazione anche alle Danaidi in cerca di asilo).

Non è azzardato, dunque, sostenere come la tragedia delle *Supplici*, incentrata sul tema dell'accoglienza del profugo (ma anche del migrante), porti alla luce un vero e proprio «dramma collettivo»⁶⁸ che non può non riflettersi su qualsiasi coscienza democratica – sia quella della Grecia classica, sia quella della società contemporanea – e che va a investire il rapporto tra «etica e politica»⁶⁹, ma anche con il diritto, quando a essere in gioco è la questione dell'ospitalità. Il diritto d'asilo, che, nato (nel pensiero antico) come diritto divino e passato ad avere – nella riflessione filosofica, anzitutto – *status* di diritto naturale, non può non considerarsi, oggi, un diritto umano, vuole porsi (e viene, nei fatti a porsi) come superiore rispetto agli altri: lo mette in luce la stessa Arendt, secondo la quale, infatti, «il diritto d'asilo è l'unico diritto che abbia mai campeggiato come simbolo nel campo dei diritti dell'Uomo, nel dominio delle relazioni internazionali»⁷⁰, pur mettendo in crisi la «vecchia trinità stato-popolo-territorio»⁷¹.

E la dimostrazione è rinvenibile già dal mondo greco, dall'opera eschilea, ma anche da quella (qui menzionata solo in via incidentale) della *Medea*: entrambe tragedie nelle quali la sovranità e la superiorità del diritto d'asilo – il quale, ormai si può dire, è tutt'uno con la divinità, in quanto la sua prima modalità di manifestazione è proprio la protezione dell'ἄσυλον – emerge con prepotenza e nelle quali, tuttavia, l'autorità competente deve tenere necessariamente in considerazione altresì il diritto positivo, e l'equilibrio (o disequilibrio) con cui quest'ultimo venga a porsi con l'attuazione del diritto d'asilo. Un equilibrio che, per Eschilo, si raggiunge attraverso l'utilizzo di un termine nuovo, ἀστοξενία appunto, che da un lato apre all'accoglienza, ma, dall'altro, ricorda la (ritenuta insuperabile) alterità tra chi arriva e supplica, quasi pretendendo, asilo e chi, all'opposto, lo concede, pur senza ammettere un'assoluta assimilazione con il profugo (o migrante) straniero.

68 M. VEGETTI, *Le Supplici*, cit., 76.

69 M. VEGETTI, *Le Supplici*, cit., 76.

70 H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*³, trad. it. A. Guadagnino, Torino, 2009, 389.

71 H. ARENDT, *Le origini*, cit., 391.

ABSTRACT: Il contributo si propone di indagare le origini (e le prime manifestazioni) del diritto di asilo e di quello (ad esso correlato e da esso derivante) di accoglienza, nell'ambito del diritto della Grecia classica. In particolare, a partire dalla definizione di τὸ ἄσυλον – appunto, il diritto di asilo – e di ἰκεσία – invece, la supplica finalizzata alla richiesta di accoglienza – si tenterà di rispondere alla questione se la ἰκεσία avesse natura solo formale: dunque, se questa dovesse essere sempre concessa ai richiedenti, in virtù del suo legame con l'ἄσυλον, che, in quanto diritto di natura divina, aveva applicazione automatica. La tesi e la possibile risposta alla domanda prenderanno saranno fondati sull'analisi della tragedia eschilea delle *Supplici*, considerabile, appunto, come prima opera dedicata (e inerente) al diritto di asilo.

PAROLE CHIAVE: τὸ ἄσυλον – asilo – ἰκεσία – accoglienza – Danaïdi – diritto divino.

RIFLESSIONI SU MERITO CREDITIZIO E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

SOMMARIO: 1. Premessa: il problema e gli obiettivi dell'indagine. – 2. Il quadro normativo in materia di verifica del merito creditizio: la normativa bancaria vigente. – 3. Segue: la disciplina sulla protezione dei dati personali alla luce della sentenza SCHUFA. – 4. I recenti interventi normativi: la nuova Direttiva 2225/2023 sul credito al consumo. – 5. Segue: il Regolamento 1689/2024 sull'intelligenza artificiale. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa: il problema e gli obiettivi dell'indagine.*

Le riflessioni che seguiranno mirano ad esaminare la portata dei recenti interventi giurisprudenziali e normativi che hanno interessato l'impiego di sofisticati algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale¹ nell'attività bancaria e, più precisamente, nell'e-

1 Le differenze tra un algoritmo e un sistema di intelligenza artificiale, spesso considerati sinonimi nel linguaggio corrente, sono ben evidenziate da D. ROSSANO, *L'intelligenza artificiale: ruolo e responsabilità dell'uomo nei processi applicativi (alcune recenti proposte normative)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, primo suppl. n. 3, 2021, 213, dove richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ha precisato che per 'algoritmo' si intende «una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato (come risolvere un problema oppure eseguire un calcolo ...)», aggiungendo altresì che «non deve confondersi la nozione di 'algoritmo' con quella di 'intelligenza artificiale', riconducibile invece allo studio di 'agenti intelligenti', vale a dire allo studio di sistemi che percepiscono ciò che li circonda e intraprendono azioni che massimizzano la probabilità di ottenere con successo gli obiettivi prefissati ... sono tali, ad esempio, quelli che interagiscono con l'ambiente circostante o con le persone, che apprendono dall'esperienza (*machine learning*), che elaborano il linguaggio naturale oppure che riconoscono volti e movimenti» (così, Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, in *DeJure e OneLegale*). Sul punto, si v. altresì le riflessioni di M. SEPE, *Innovazione tecnologica, algoritmi e intelligenza artificiale nella prestazione dei servizi finanziari*, in *Riv. trim. dir. econ.*, primo suppl. n. 3, 2021, 198 ss.; e L. RODIO NICO, *Efficienza della giustizia e intelligenza artificiale. Profili di Diritto dell'Economia*, Bari, 2024, 69 ss., i quali sottolineano come gli algoritmi rappresentino la base per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, pur potendo essi essere impiegati anche autonomamente, generalmente per operazioni più semplici rispetto a quelle affidate a detti sistemi. Questi ultimi, invero, hanno recentemente trovato una puntuale definizione giuridica all'art. 3 del Regolamento comunitario 1689/2024, il c.d. *AI Act*, sul quale ci si soffermerà più approfonditamente nelle pagine che seguiranno e in particolare al successivo paragrafo 3.1: più precisamente, il Regolamento citato, all'art. 3, definisce i 'sistemi di intelligenza artificiale' come sistemi automatizzati progettati per funzionare con livelli di autonomia variabili, che possono presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deducono dagli *input* ricevuti come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni capaci di influenzare ambienti fisici o virtuali. Tale definizione, almeno con riferimento al contesto comunitario, chiarisce quindi la portata di un concetto i cui contorni sono stati a lungo oggetto di dibattito: si v., infatti, W. MAGNUSON, *Artificial financial intelligence*, in *Harvard bus. law rev.*, 2020, 342 ss., ove una puntuale ricostruzione storica del problema.

esercizio del credito. È noto, infatti, come da diversi anni le banche e le altre imprese autorizzate all'attività creditizia abbiano significativamente automatizzato i propri processi di concessione e monitoraggio dei prestiti e, in particolar modo, le procedure di valutazione del merito creditizio della clientela². Questo perché le tecnologie di cui si discute recano il beneficio di ridurre i costi connessi all'attività valutativa citata, riuscendo a svolgere una serie di compiti che, generalmente, coinvolgono più persone e implicano la predisposizione e il costante aggiornamento di procedure particolarmente complesse³. A ciò si aggiunga che tali nuove tecnologie sono in grado di analizzare una quantità di dati maggiore, in tempi minori e con una migliore precisione rispetto ai metodi valutativi tradizionali⁴. Le considerazioni finora proposte, tuttavia, meritano alcune precisazioni: se da un lato diminuiscono i costi connessi ai processi di verifica del merito creditizio della clientela, dall'altro aumentano quelli che l'intermediario deve sostenere per mitigare il rischio operativo connesso a queste nuove tecnologie, nella

2 Il fenomeno e le problematiche ad esso connesse, sulle quali ci si soffermerà a breve, hanno suscitato notevole interesse in letteratura: *ex multis*, si v. M. HURLEY - J. ADEBAYO, *Credit scoring in the era of big data*, in *Yale j. law tech.*, 2016, 148 ss.; A. DAVOLA, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, Torino, 2020, 99 ss.; ID., *La valutazione del merito di credito del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di E. Pellecchia - L. Modica, Pisa, 2020, 129 ss. e spec. 146 ss.; F. MATTASSOGLIO, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2020, I, 187 ss.; L. AMMANNATI - G.L. GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e big data: il caso del credit scoring*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, I, 290 ss.; K. LANGENBUCHER, *Responsible A.I.-based credit scoring - A legal framework*, in *Eur. bus. law rev.*, 2020, 527 ss.; N. AGGARWAL, *The norms of algorithmic credit scoring*, in *Cambridge law j.*, 2021, 42 ss.; G.L. GRECO, *Credit scoring 5.0, tra Artificial Intelligence Act e Testo Unico Bancario*, in *Riv. trim. dir. econ.*, primo suppl. n. 3, 2021, 74 ss.; F. BAGNI, *Uno degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea*, in *Osserv. fonti*, 2021, 909 ss.; E. TEDESCHI, *Credit scoring algoritmico: benefici e rischi della creditworthiness tramite artificial intelligence, alternative data e digital footprints*, in *La via europea per l'intelligenza artificiale*, a cura di C. Camardi, Padova, 2022, 319 ss.; M.L. MONTAGNANI - C. PAULESU, *Towards an ecosystem for consumer protection in the context of AI-based credit scoring*, in *Eur. bus. law rev.*, 2022, 557 ss.; M. RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, I, 175 ss.; L. AMMANNATI - G.L. GRECO, *Il credit scoring "intelligente": esperienze, rischi e nuove regole*, *ivi*, 461 ss.; F. CIRAOLO, *L'attività di valutazione del merito creditizio tra lacune normative e mercati in trasformazione*, in *Studi in onore di S. Fortunato*, a cura di D. Caterino, IV, Bari, 2023, 2759 ss.; J.J.X. WU, *Algorithmic fairness in consumer credit underwriting: Towards a harm-based framework for AI fair lending*, in *Berkley bus. law. j.*, 2024, 65 ss.; L. RODIO NICO, *Efficienza*, *cit.*, 253 ss.; C. RINALDO, *Il credit scoring*, in *Diritto del FinTech*², a cura di M. Cian - C. Sandei, Padova, 2024, 451 ss.; C. TABARRINI - G. CALDARELLI, *Artificial Intelligence applied to the provision of banking services. Latest updates to the European acquis on automated consumer credit scoring*, in *Jus civ.*, 2024, 819 ss.; e P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche di credit scoring tra GDPR, disciplina di settore e AI Act*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, I, 825 ss. Per una puntuale ricognizione, non limitata al solo settore del credito, dei potenziali utilizzi dell'intelligenza artificiale nei comparti finanziari, si v. altresì le considerazioni di F. ANNUNZIATA, *FinTech: tra infrastrutture tecnologiche e intelligenza artificiale*, in *Quaderno di Ricerca Giuridica di Banca d'Italia n. 100 - A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The test of time*, a cura di M. Perassi - M. Rabitti - F. Sartori - V. Troiano, Roma, 2024, 270 ss.

3 Peraltro, di tale riduzione di spesa dovrebbero beneficiare non solo gli intermediari ma, conseguentemente, anche i rispettivi clienti, vedendosi diminuiti i costi *up front* connessi all'istruttoria.

4 Quanto detto trova conferma in alcuni recenti studi pubblicati da Banca d'Italia e dalla Banca dei Regolamenti Internazionali: si v. E. BONACCORSI DI PAITI *et al.*, *Intelligenza artificiale nel credit scoring. Analisi di alcune esperienze nel sistema finanziario italiano*, in *Questioni di Economia e Finanza*, 721, ottobre 2022; I. ALDASORO *et al.*, *Intelligent financial system: How AI is transforming finance*, in *BIS Working Papers*, n. 1194, giugno 2024.

sua declinazione di rischio ICT⁵, sul quale, da qualche anno, l'attenzione del legislatore e delle Autorità di vigilanza è massima⁶, specie in caso di esternalizzazione di servizi informatici⁷. Le nuove tecnologie in questione, infatti, condividono i medesimi problemi di qualsiasi apparato informatico, quali quelli inerenti alla possibile obsolescenza, al rischio di hackeraggio o ad eventuali malfunzionamenti. A questi, poi, si aggiungono problematiche nuove, specificamente inerenti all'impiego di algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale nella valutazione del merito creditizio della clientela e che, in buona sostanza, attengono alla tipologia e alla qualità dei dati elaborati, nonché all'affidabilità e all'esplicabilità dei risultati prodotti. Se i problemi inerenti alla 'accuracy' e alla 'explicability' dei risultati generati dalle tecnologie in questione sono facilmente intuibili alla luce del complesso funzionamento delle stesse⁸, una precisazione è invece

5 Acronimo con cui si fa riferimento al rischio relativo alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*Information and Communication Technologies*). Che tale rischio sia 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 comunitario 575/2023 (c.d. *Capital Requirements Regulation* o CRR) ad opera del Regolamento 1623/2024, il quale ha ampliato la nozione di 'rischio operativo' rilevante ai fini del calcolo dei requisiti prudenziali delle banche includendovi anche i rischi ICT. Ad ogni modo, non è stata certo la riforma del 2024 a dare rilievo a tale tipologia di rischio: già nel 2019, infatti, l'Autorità Bancaria Europea aveva emanato dei puntuali *Orientamenti sulla gestione dei rischi relativi alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e di sicurezza*, recepiti da Banca d'Italia all'interno della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 recante *Disposizioni di vigilanza per le banche*, oggi al suo 49° aggiornamento.

6 Oltre agli interventi richiamati alla nota precedente, merita di essere ricordato anche il Regolamento comunitario 2554/2022 (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. Per una prima panoramica sul Regolamento citato, si v. G. SCHNEIDER, *La resilienza operativa digitale come materia di corporate governance: prime riflessioni a partire dal DORA*, in *Corp. gov.*, 2022, 553 ss.; ID., *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 - R. Costi, Milano, 2023, 113 ss.; D. CLAUSMEIER, *Regulation of the European Parliament and the Council on digital operational resilience for the financial sector (DORA)*, in *Int. cybersecurity law rev.*, 2023, 79 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 - 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.; N. MICHIELI, *Cybersecurity e gestione del rischio ICT: l'impatto sulla corporate governance*, in *Banca impr. soc.*, 2024, 252 ss.; e F. ANNUNZIATA, *FimTech*, cit., 277 s.

7 Anche con riferimento all'esternalizzazione (c.d. *outsourcing*) è intervenuta l'Autorità Bancaria Europea per assicurare un'adeguata mitigazione dei rischi connessi a tale pratica: il riferimento è agli *Orientamenti in materia di esternalizzazione* del 2019, recepiti da Banca d'Italia all'interno della Circolare n. 285/2013, già richiamata *supra* nt. 5. A riguardo, si v. A. POLIZZI, *La regolamentazione dell'outsourcing negli intermediari bancari e finanziari*, in *L'outsourcing nei servizi bancari e finanziari*, a cura di S. Casamassima - M. NICOTRA, Padova, 2021, 1 ss.; G. FALCONE, *Profili problematici dell'esternalizzazione di funzioni ed attività 'tipiche' da parte degli intermediari del mercato finanziario*, in *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, a cura di R. Lener - G. Luchena - C. Robustella, Torino, 2021, 275 ss.; nonché le recenti riflessioni di A. CARDANI - I. GIRARDI, *Impresa bancaria ed esternalizzazione di servizi tecnologici*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2024, 594 ss.

8 A riguardo si parla anche di 'black box effect' per indicare come tali nuove tecnologie, specie l'intelligenza artificiale, producano un risultato senza spiegare il percorso logico che lo ha determinato. Sul punto, oltre a F. PASQUALE, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, Harvard, 2015,

necessaria con riferimento alla qualità dei dati: le nuove tecniche di valutazione del merito creditizio non si basano più soltanto su informazioni ‘classiche’ e, quindi, legate alla situazione patrimoniale e finanziaria del cliente e alla sua storia creditizia, ma ne prendono in considerazione anche altre, come la geolocalizzazione, i contatti digitali e altre informazioni personali, ad esempio ricavate dai *social network* (cc.dd. *soft data*)⁹. Informazioni, queste, il cui impiego potrebbe dare luogo ad ingiustificate forme di discriminazione nell’accesso al credito¹⁰.

Ciò premesso, è evidente come le problematiche appena descritte possano ripercuotersi sul rapporto tra intermediario e cliente e determinare il primo a concedere un prestito ad un soggetto erroneamente valutato come solvibile e affidabile, oppure a negare credito ad un soggetto cui è stato erroneamente attribuito uno scarso merito creditizio. Limitandoci ad una prospettiva squisitamente economica, il rischio è che il mercato del credito non funzioni come dovrebbe, che il denaro in circolazione sia allocato in maniera inefficiente. Non sorprende, quindi, che il legislatore comunitario sia recentemente intervenuto per affrontare il problema¹¹. E ciò ha fatto con la nuova Direttiva 2022/2023 sul credito al consumo (c.d. *Consumer Credit Directive II*), dove ha puntualmente disciplinato l’ipotesi in cui la verifica del merito creditizio del consumatore sia svolta attraverso un trattamento automatizzato di dati, e il Regolamento 1689/2024 sui sistemi di intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*), dove ha stilato una serie di regole particolarmente rigorose per quei sistemi classificati ‘ad alto rischio’, tra i quali rientrano quelli impiegati per la valutazione del merito creditizio.

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.; A. DAVOLA, *Algoritmi*, cit., 178 ss.; L. RODIO NICO, *Efficienza*, cit., 258 ss.; e P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche*, cit., 847.

9 In sintesi, *all data is a credit data*, come evidenziato da F. MATTASSOGLIO, *La valutazione*, cit., 195, richiamando un’affermazione di Douglas Merrill, *Chief Information Officer* di Google tra il 2003 e il 2008. Per una prima critica ad una raccolta e ad un utilizzo indiscriminati di dati da parte degli intermediari, si v. spec. le riflessioni di F. CAPRIGLIONE, *Diritto ed economia. La sfida dell’intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, primo suppl. n. 3, 2021, 29.

10 In tal senso, si v. M. RABITTI, *Credit scoring*, cit., 185. Sul punto, si v. altresì le riflessioni di G. MATTARELLA, *Big Data e accesso al credito degli immigrati: discriminazioni algoritmiche e tutela del consumatore*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 696 ss.; B.I. STEPHANIE - M. BEDFORD, *AI, consumer credit, and discrimination: a comparative look at Canada and the United States*, in *Corp. bus. law j.*, 2021, 271 ss.; P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche*, cit., 839; e A.C. BICHARRA GARCIA - M.G. PINTO GARCIA - R. RIGOBON, *Algorithmic discrimination in the credit domain: What do we know about it?*, in *AI & society*, 2024, 2059 ss. Analogo problema, peraltro, si pone in ambito assicurativo: si v., infatti, F. PETROSINO, *Scoring assicurativo algoritmico e rischio di discriminazione. Spunti per una riforma*, in *Riv. dir. banc.*, suppl. n. 4, 2023, 443 ss.

11 Invero, le problematiche finora descritte hanno rilevanza globale e, infatti, se ne è occupata anche la Banca Mondiale, rilasciando nel 2019 una serie di linee guida in materia (*Credit Scoring Approaches Guidelines*).

2. *Il quadro normativo in materia di verifica del merito creditizio: la normativa bancaria vigente.*

Per meglio comprendere la portata degli interventi appena citati, può essere utile una breve ricognizione di come la verifica del merito creditizio sia disciplinata a livello unionale e nazionale¹². Le disposizioni che se ne occupano, come si vedrà a breve, sono sparse in una pluralità di atti di provenienza e rango diverso, i quali perseguono obiettivi tra loro eterogenei e, che, almeno così sembra a chi scrive, non consentono di risolvere efficacemente le problematiche connesse all'eventuale impiego di algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale di cui si è detto al paragrafo precedente.

L'attività valutativa di cui si discute, infatti, è anzitutto disciplinata nell'ambito della regolamentazione prudenziale, ossia di quella normativa finalizzata a contenere i rischi cui l'intermediario è esposto e, in ultima istanza, ad assicurarne la sana e prudente gestione¹³. In questo contesto, entrano in gioco regole particolarmente dettagliate elaborate dalle Autorità di settore dedicate al contenimento del rischio di credito¹⁴ e del rischio operativo, nell'accezione di rischio ICT vista al paragrafo precedente¹⁵. In sintesi, il *focus* è sull'intermediario e sulla sua organizzazione interna, non sul rapporto con il cliente per tutelare quest'ultimo rispetto al maggiore potere contrattuale della controparte e, nel caso di specie, rispetto ad eventuali malfunzionamenti delle tecnologie di cui si discute. Del rapporto tra banca e cliente, invece, si occupa la normativa consumeristica contenuta nel Testo unico bancario e figlia della previgente Direttiva 48/2008 in materia di credito ai consumatori (c.d. *Consumer Credit Directive*) e della Direttiva 17/2014 in materia di credito immobiliare al consumo (c.d. *Mortgage Credit Directive*): il riferimento, in particolare, è all'art. 124-*bis* per il credito ai consumatori e

12 Una puntuale ricostruzione della normativa rilevante, cui qui si accenna soltanto per ragioni di sintesi, è offerta da F. CIRAOLO, *L'attività*, cit., 2478 ss.

13 Sana e prudente gestione che costituisce non solo un obiettivo dell'attività di vigilanza ai sensi dell'art. 5 del Testo unico bancario, ma che, guardando alla normativa bancaria nel suo insieme, si erge altresì a principio ispiratore dell'organizzazione interna e della condotta delle banche e degli altri intermediari vigilati: in arg., si v. le recenti 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. Sciarone Alibrandi - M. Rabitti - F. Sartori, Torino, 2024, 57 ss.; nonché quanto scritto da M. SEPE, *Sviluppo, sostenibilità e sana e prudente gestione in ambito finanziario*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di M. Passalacqua, Padova, 2021, 63 ss.; F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della 'sana e prudente gestione'*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 131 ss.; e M. PORZIO, *La sana e prudente gestione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2008, I, 385 ss.

14 Per quel che concerne le banche, si v. la Circolare di Banca d'Italia n. 285/2013, già richiamata *supra* nt. 5, la quale si occupa della verifica del merito creditizio della clientela alla Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato A, dando così attuazione agli artt. 53 e 67 del Testo unico bancario, i quali delegano l'Autorità di vigilanza ad emanare «disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto ... il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni». Alla valutazione del merito creditizio sono dedicati anche gli *Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti* emanati dall'Autorità Bancaria Europea nel maggio 2020, recepiti da Banca d'Italia come orientamenti di vigilanza con la nota n. 13 del 20 luglio 2021.

15 Si v. gli *Orientamenti sulla gestione dei rischi relativi alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e di sicurezza* e gli *Orientamenti in materia di esternalizzazione* emanati dall'Autorità Bancaria Europea e recepiti da Banca d'Italia nella Circolare n. 285/2013 già richiamati alle note 5 e 7

all'art. 120-*undecies* per il credito immobiliare al consumo¹⁶. Entrambe le disposizioni, pur con un tenore diverso, obbligano l'intermediario a valutare il merito di credito del consumatore¹⁷, ma è solo la seconda ad occuparsi dell'eventuale utilizzo di algoritmi o di sistemi di intelligenza artificiale. Più precisamente, al quinto comma dell'art. 120-*undecies* è stabilito che, laddove la domanda di credito sia respinta, «il finanziatore informa il consumatore senza indugio del rifiuto e, se del caso, del fatto che la decisione è basata sul trattamento automatico di dati»¹⁸.

Come evidenziato in letteratura¹⁹, la disposizione citata mal si presta ad affrontare efficacemente le problematiche connesse all'impiego di algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale: essa, infatti, si limita a sancire un mero obbligo informativo per le ipotesi di rifiuto del prestito, senza entrare nel merito delle modalità attraverso le quali è svolto il «trattamento automatico di dati» (espressione che, peraltro, non trova una puntuale definizione nel Testo unico bancario, lasciando così un certo margine

16 Per una prima panoramica sulle disposizioni citate, si v. R. DE CHIARA, sub art. 124-bis, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*⁴, diretto da F. Capriglione, t. III, Padova, 2018, 2160 ss.; R. GRASSO, sub art. 120-undecies, *ivi*, 2016 ss.; F. MATTASOGLIO, sub art. 124-bis, in *Commentario al Testo unico bancario*, a cura di S. Bonfatti, t. I, Padova, 2021, 888 ss.; ID., sub art. 120-undecies, *ivi*, 835 ss.; F. TRAPANI, sub art. 124-bis, in *Commentario t.u.b.*, a cura di C. Costa - A. Mirone, t. II, Torino, 2024, 2018 ss.; e ID., sub art. 120-undecies, *ivi*, 1921 ss.

17 Gli artt. 124-bis e 120-undecies t.u.b. recepiscono rispettivamente l'art. 8 della *Consumer Credit Directive* e l'art. 18 della *Mortgage Credit Directive*, entrambi rubricati «*Obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore*». Sebbene tale esplicito riferimento all'esistenza di un 'obbligo' scompaia sia nella rubrica sia nel testo degli artt. 124-bis e 120-undecies t.u.b., si può certamente affermare che le due disposizioni sanciscano un vero e proprio obbligo in capo all'intermediario, posto nell'interesse del consumatore. Diversi sono gli indizi in tal senso: al di là del tenore delle disposizioni comunitarie di riferimento, meritano altresì menzione la collocazione degli artt. 124-bis e 120-undecies all'interno della disciplina di trasparenza di cui al Titolo VI del Testo unico bancario e non all'interno della normativa prudenziale, nonché la loro *ratio*, che è quella di far comprendere all'intermediario se il prestito è adeguato alle esigenze e alle capacità del consumatore e, laddove non lo sia, di informare quest'ultimo di tale inadeguatezza, onde scongiurare situazioni di sovraindebitamento. Per una più completa disamina dell'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore e degli obblighi informativi connessi a tale valutazione, si v. A. SIMONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, 183 ss.; R. NATOLI, *Il contratto 'adeguato'. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 139 ss.; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 233 ss.; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 133 ss.; G. LIBERATI BUCCIANI, *Il merito creditizio del consumatore*, Milano, 2019, 32 ss.; P. SIRENA - D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in *Contratti bancari*², a cura di E. Capobianco, Torino, 2021, 269 ss.; M. SEMERARO - A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, *ivi* 1846 ss.; T.V. Russo, *Credito immobiliare ai consumatori*, *ivi*, 1916 ss.; e G. LIACE, *Il credito al consumo*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 2022, 73 ss. Sul tema, si v. anche le riflessioni svolte in E. CECCHINATO, *Note sulla disciplina della verifica del merito creditizio: per una sua rilettura alla luce della buona fede precontrattuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, II, 458 ss.

18 Ciò è ribadito anche alla sez. 5.3 del Provvedimento di Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in materia di *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*.

19 Si v. spec. L. RODIO NICO, *Efficienza*, cit., 261 ss. In arg., si v. anche A. DAVOLA, *Algoritmi*, cit., 151, che condivisibilmente osserva come né l'art. 124-bis né l'art. 120-undecies t.u.b. offrano specifiche indicazioni in merito all'eventuale utilizzo di procedure di matrice algoritmica o di sistemi di intelligenza artificiale, o alle caratteristiche dei dati che possono essere impiegati.

di incertezza in capo agli operatori). Quanto alla qualità dei dati, poi, il primo comma dello stesso art. 120-*undecies* stabilisce che la verifica del merito creditizio «è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate». Nulla si dice sulle informazioni non attinenti alla situazione economica e finanziaria del consumatore e sulla loro verifica, sicché si potrebbe affermare che il loro utilizzo non sia vietato, pur non potendo costituire l'unica base per la valutazione del merito creditizio²⁰.

Se la disciplina del credito immobiliare al consumo offre una serie di tutele minime, altrettanto non può dirsi con riferimento a quella del credito ai consumatori: a tacer del fatto che qui, come si è detto, non è previsto alcun obbligo informativo per il caso in cui l'intermediario rifiuti un prestito in ragione di una verifica del merito creditizio della controparte fondata su un trattamento automatico di dati; a tacere di questo, il primo comma dell'art. 124-*bis* t.u.b. stabilisce che, prima della conclusione del contratto di credito, «il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente». Come rilevato in dottrina²¹, qui nessun riferimento è fatto al tipo di dati utilizzabili dall'intermediario per fondare la propria valutazione né all'esigenza che gli stessi siano preventivamente verificati.

In tale contesto, l'unica forma di tutela apprezzabile pare quella di cui all'art. 125 t.u.b. (disposizione che, peraltro, è applicabile anche in materia di credito immobiliare al consumo in forza del rinvio di cui all'art. 120-*undecies*, comma 7). Orbene, l'art. 125, comma 2, t.u.b. stabilisce che nei casi in cui il rifiuto della domanda di credito sia fondato «sulle informazioni presenti in una banca dati, il finanziatore informa il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati»²². Ciò detto, tuttavia, occorre segnalare che quella citata è una previsione concepita per tutelare il consumatore rispetto all'impiego di informazioni provenienti da banche dati sulla storia creditizia²³ e che, quindi, potrebbe rivelarsi

20 A riguardo, si v. F. MATTASSOGLIO, *La valutazione*, cit., 209 s.; e M. RABITTI, *Credit scoring*, cit., 179, dove si interroga se l'impiego di dati alternativi, quali quelli estratti dalla c.d. *digital footprint* (ossia l'insieme di informazioni rilasciate da un soggetto quando utilizza dispositivi digitali) sia compatibile con la disposizione citata. Cfr. anche G. MATTARELLA, *Big Data*, cit., 705, il quale ritiene che le informazioni utilizzabili ai sensi dell'art. 120-*undecies* debbano riguardare la situazione economica e finanziaria del richiedente (ossia il reddito, il patrimonio, precedenti rapporti di debito e ogni dato inerente a operazioni di pagamento), evidenziando altresì come i dati prodotti dall'uso dei *social network* non sempre sarebbero pertinenti con la solvibilità del sovenuto. In generale, sul tema, si v. anche T. BERG - V. BURG - A. GOMBOVIĆ - M. PURI, *On the rise of FinTechs: Credit scoring using digital footprints*, in *Rev. fin. studies*, 2020, 2845 ss.

21 Si v. F. MATTASSOGLIO, *La valutazione*, cit., 208 s.; G. MATTARELLA, *Big Data*, cit., 704; e C. RINALDO, *Il credit scoring*, cit. 459 s.

22 Per una prima panoramica sull'art. 125 t.u.b., si v. G. CARRIERO, sub art. 125, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, t. III, cit., 2168 ss.; F. MATTASSOGLIO, sub art. 125, in *Commentario al Testo unico bancario*, a cura di S. Bonfatti, cit., 892 ss.; e G. VERSACI, sub art. 125, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa - A. Mirone, t. II, cit., 2041 ss.

23 A conferma di quanto detto si v. il Provvedimento del garante per la Protezione dei Dati Personali del 12 settembre 2019 recante il *Codice di condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti*. Qui, all'art. 4, comma 1, si legge che «Per ogni richiesta/

insufficiente per far fronte alle criticità evidenziate con riferimento ai problemi che qui ci occupano²⁴. Questo a tacer del fatto che essa opera solo in caso di rifiuto del prestito e non entra nel merito di come i dati impiegati siano stati elaborati dall'intermediario.

3. *Segue: la disciplina sulla protezione dei dati personali alla luce della sentenza SCHUEFA.*

Alla luce di quanto detto, la normativa bancaria vigente si occupa poco e in maniera disorganica dell'impiego di algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale nella valutazione del merito creditizio della clientela. Inoltre, gli artt. 120-*undecies* e 124-*bis* del Testo unico bancario tutelano il solo 'consumatore', ossia «una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»²⁵. Ciò, ad avviso di chi scrive, crea un'irragionevole disparità di trattamento tra chi richiede un prestito per finalità consumeristiche e chi, invece, ricorre al credito per avviare o sostenere la propria attività. Non si vuole certo negare l'utilità di tutelare adeguatamente il consumatore, il quale, ricorrendo al credito per acquistare beni e usufruire di servizi, stimola l'economia reale²⁶. Si critica, invece, la scelta del legislatore di non estendere le previsioni finora esaminate anche ai non consumatori, che parimenti potrebbero essere pregiudicati dalle tecnologie di cui si discute in sede di valutazione del merito creditizio e, più in generale, da una verifica condotta in maniera negligente²⁷. Infatti, la categoria dei 'non consumatori' comprende

rapporto segnalato ad un SIC [acronimo di 'Sistema di Informazioni Creditizie'] possono essere trattate le seguenti categorie di dati personali: (a) dati identificativi, anagrafici e sociodemografici (quali, ad esempio: codice fiscale, partita IVA, dati di contatto, documenti di identità, tessera sanitaria, codice IBAN, dati relativi alla occupazione/professione, al reddito, al sesso, all'età, alla residenza/domicilio, allo stato civile, al nucleo familiare); (b) dati relativi alla richiesta/rapporto, descrittivi, in particolare, della tipologia di contratto, dell'importo dovuto, delle modalità di pagamento e dello stato della richiesta o dell'esecuzione del contratto; (c) dati di tipo contabile, relativi, in particolare, agli utilizzi o ai pagamenti, al loro andamento periodico, all'esposizione debitoria anche residua e alla sintesi dello stato contabile del rapporto; (d) dati relativi al contenzioso e ad attività di recupero del credito, alla cessione del credito o a eccezionali vicende che incidono sulla situazione soggettiva o patrimoniale degli interessati». In buona sostanza, si tratta di informazioni inerenti alla storia creditizia del soggetto e alla sua situazione patrimoniale e finanziaria.

24 Ad esempio, non sembrano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 125 t.u.b. i dati acquisiti dall'intermediario sul *web* (ad esempio, attraverso i *social network*).

25 Questa la definizione di 'consumatore' data dall'art. 120-*quinquies*, comma 1, lett. (b), e dall'art. 121, comma 1, lett. (b) del Testo unico bancario.

26 Peraltro, neppure è questa la sede per affrontare tale tematica, in quanto essa attiene più alla politica legislativa e all'analisi economica del diritto che al diritto in sé e per sé considerato. In generale, sulle ragioni sottese alla tutela del consumatore e sulle modalità attraverso le quali tale obiettivo può essere attuato, si v. spec. le riflessioni di v. G. RÜHL, *Consumer protection in choice of law*, in *Cornell int. law j.*, 2011, 569 ss.

27 Il problema del perimetro soggettivo della normativa consumeristica è stato efficacemente evidenziato da G. OPPO, *Presentazione*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di C.M. Bianca - G. Alpa, Padova, 1996, 5 s., con riferimento alla Direttiva comunitaria 13/1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Così si interroga l'Autore: «è sostanzialmente giustificata la limitazione della tutela del consumatore inteso come soggetto che non esercita una attività professionale

non soltanto imprese di medie e grandi dimensioni, capaci di auto-valutare il proprio merito di credito e, quindi, di rilevare e contestare un eventuale errore commesso dall'algoritmo o dal sistema di intelligenza artificiale, ma anche professionisti, artigiani, micro e piccole imprese, che, incapaci di tale auto-valutazione, fanno necessariamente affidamento sulle maggiori capacità della propria controparte.

Al problema appena evidenziato potrebbe in parte far fronte il Regolamento comunitario 679/2016 (c.d. *General Data Protection Regulation* o GDPR) e, in particolare, quanto previsto all'art. 22²⁸. Qui, al primo comma, è stabilito che il c.d. «interessato» – ossia qualsiasi «persona fisica identificata o identificabile»²⁹ e, quindi, non solo il consumatore³⁰ – ha il «diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione³¹, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Pur non menzionando espressamente la fattispecie della verifica del merito creditizio in cui siano impiegati algoritmi o sistemi di intelligenza artificiale, la disposizione citata è certamente applicabile anche a tale ipotesi. E ciò è confermato sia dal considerando n. 71 del Regolamento³² sia dalla giurisprudenza comunitaria che si è recentemente pronunciata sul punto: il riferimento è alla c.d. «sentenza SCHUFA»

nel contatto con chi la esercita? È giustificato escludere il professionista, il vero professionista, cioè il professionista intellettuale da questa tutela, e soprattutto è giustificato escluderne l'impresa debole rispetto all'impresa forte?».

28 Per una prima panoramica sull'art. 22 del Regolamento, si v. L.A. BYGRAVE, sub art. 22, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, a cura di C. KUNER - L.A. Bygrave - C. Docksey, Oxford, 2020, 522 ss. In arg., si v. anche le riflessioni di E. PELLECCIA, *Profilazione*, cit., 1223 ss.; R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Padova, 2019, 167 ss.; A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in *La protezione dei dati personali in Italia*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2019, 458 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1670 ss. e spec. 1674 s.; e F. MODAFFERI, *Il regime particolare dei trattamenti dati effettuati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2021, 388 ss.

29 Questa la definizione di «interessato» che si ricava da quella di «dato personale» data dall'art. 4, comma 1, pt. (1), del Regolamento.

30 Restano comunque escluse dall'ambito di protezione del Regolamento le persone giuridiche: si v., infatti, il considerando n. 14.

31 Giova ricordare che per «profilazione», ai sensi dell'art. 4, comma 1, pt. (4), del Regolamento, si intende «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

32 Qui si legge che l'interessato «dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani» (l'enfasi è di chi scrive). In arg., si v. A. DAVOLA, *Algoritmi*, cit., 180; L. RODIO NICO, *Efficienza*, cit., 263 s.; P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche*, cit. 843.

emanata dalla Corte di Giustizia nel dicembre 2023³³. Il caso giunto dinnanzi alla Corte vedeva SCHUFA, una società privata tedesca, fornire ai propri *partner* commerciali informazioni sul merito creditizio di terzi, in particolare consumatori; informazioni espresse sotto forma di punteggio rappresentativo di un tasso di solvibilità calcolato sulla base di procedure matematiche e statistiche. Alla Corte, nell'ambito di un'azione attivata da un consumatore per accedere alle informazioni sulla sua solvibilità detenute da SCHUFA e ottenerne la cancellazione (informazioni che gli avevano causato il rifiuto di una domanda di prestito)³⁴; alla Corte, si diceva, è stato chiesto se tale pratica di 'scoring' integrasse o meno i requisiti per l'applicazione dell'art. 22 del Regolamento³⁵.

Orbene la Corte ha ritenuto che la fattispecie integrasse tutti i requisiti per l'applicazione della disposizione in commento. In particolare, secondo i giudici comunitari

(i) la nozione di 'decisione' di cui all'art. 22 può includere diversi atti che possono incidere sulla persona interessata in vari modi ed è sufficientemente ampia da ricomprendere il risultato del calcolo della solvibilità di una persona espresso sotto forma di tasso di probabilità relativo alla capacità di tale persona di onorare impegni di pagamento in futuro³⁶;

(ii) la condizione secondo cui tale decisione debba essere basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, è soddisfatta in quanto può dirsi «pacifico» che un'attività come quella di SCHUFA si sostanzia in una profilazione³⁷;

(iii) da ultima, è infine soddisfatta anche la condizione secondo cui la decisione debba produrre effetti giuridici riguardanti la persona interessata o, comunque, incidere in modo analogo significativamente su di essa. Infatti, il tasso di solvibilità in questione può determinare un intermediario nella concessione o meno di un prestito³⁸.

Ciò premesso, ferma la portata della sentenza qui brevemente richiamata, va rilevato come l'art. 22 del Regolamento offra una tutela in un certo senso limitata. In primo luogo, perché esso si applica ai soli casi in cui la decisione controversa sia basata «unicamente» su un trattamento automatizzato di dati³⁹: orbene, interpretando alla lettera tale avverbio, sarebbero esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 22 tutti quei casi in

33 C. Giust., Sez. I, 7 dicembre 2023, causa C-634/2021, *SCHUFA Holding (Scoring)*, in *Eur-Lex* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 416 ss., con nota di F. D'ORAZIO, *Il credit scoring e l'art. 22 del GDPR al vaglio della Corte di Giustizia*, 410 ss. Sulla sentenza citata, si v. altresì le riflessioni di C. RINALDO, *Il credit scoring*, cit., 463 ss.; L. RODIO NICO, *Efficienza*, cit., 263 ss.; e P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche*, cit. 841 s.

34 Giova qui precisare che i diritti di accesso ai dati, rettifica e cancellazione dei medesimi e limitazione al loro trattamento sono disciplinati rispettivamente agli artt. 15, 16, 17 e 18 del Regolamento. Per una più approfondita panoramica su tali diritti, *ex multis*, si v. A. RICCI, *I diritti*, cit., 396 ss.

35 Questi i fatti in causa, necessariamente riassunti per ragioni di sintesi espositiva: si v. C. Giust., Sez. I, 7 dicembre 2023, causa C-634/2021, *SCHUFA Holding (Scoring)*, cit., par. 14-27.

36 Si v. C. Giust., Sez. I, 7 dicembre 2023, causa C-634/2021, *SCHUFA Holding (Scoring)*, cit., par. 44-46.

37 Si v. C. Giust., Sez. I, 7 dicembre 2023, causa C-634/2021, *SCHUFA Holding (Scoring)*, cit., par. 47.

38 Si v. C. Giust., Sez. I, 7 dicembre 2023, causa C-634/2021, *SCHUFA Holding (Scoring)*, cit., par. 48-49.

39 Il problema è ben evidenziato da E. PELLECCIA, *Profilazione*, cit., 1224 ss.; e G. FINOCCHIARO, *Intelligenza*, cit., 1675, spec. nt. 37.

cui vi è un intervento umano, anche minimo⁴⁰. Ad ogni modo, va comunque precisato che non v'è unanimità di vedute sul punto: infatti, parte della dottrina ritiene che tale linea interpretativa mortifichi la *ratio* della disposizione in commento e propone, quindi, di escluderne l'applicabilità solo in presenza di un intervento umano significativo⁴¹.

In secondo luogo, lo stesso art. 22 ammette ampie deroghe alla sua applicazione.

In particolare, il secondo comma della disposizione in commento stabilisce che essa «non si applica nel caso in cui la decisione:

(a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento;

(b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato;

(c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

Deroghe, quelle appena elencate, che, come rilevato in letteratura, consentirebbero una facile 'elusione' delle tutele finora esaminate⁴². Ad ogni modo, lo stesso art. 22 contempla alcuni 'accorgimenti' per bilanciare le ampie deroghe citate: al terzo comma, infatti, è previsto che, nei casi di cui alle lett. (a) e (c), il titolare del trattamento dei dati «attuа misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato», tra cui «almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione». Al quarto comma, poi, l'art. 22 stabilisce che le decisioni per le quali sono ammesse le deroghe in questione non si possono basare sulle «categorie particolari di dati personali» di cui all'art. 9, primo comma, ossia dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, o, ancora, dati genetici e dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale

40 Così S. WACHTER - B. MITTELSTADT - L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *Int. data privacy law*, 2017, 92.

41 A riguardo, si v. spec. E. PELLECCIA, *Profilazione*, cit., 1224 e spec. nt. 58, dove richiama G. MALGIERI - G. COMANDÉ, *Why a right to legibility of automated decision-making exists in the General Data Protection Regulation*, in *Int. data privacy law*, 2017, 251, nonché le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679* adottate dal gruppo di lavoro per la tutela delle persone il 3 ottobre 2017 e aggiornate il 6 febbraio 2018. Qui, a pag. 23, si legge che l'art. 22 «si riferisce a decisioni 'basate unicamente' sul trattamento automatizzato. Ciò significa che non vi è alcun coinvolgimento umano nel processo decisionale». Tuttavia, viene altresì precisato che il titolare del trattamento «non può eludere le disposizioni dell'articolo 22 creando coinvolgimenti umani fittizi. Ad esempio, se qualcuno applica abitualmente profili generati automaticamente a persone fisiche senza avere alcuna influenza effettiva sul risultato, si tratterà comunque di una decisione basata unicamente sul trattamento automatico. Per aversi un coinvolgimento umano, il titolare del trattamento deve garantire che qualsiasi controllo della decisione sia *significativo* e non costituisca un semplice gesto simbolico» (l'enfasi è di chi scrive). Si v. anche A. DAVOLA, *Algoritmi*, cit., 154 s.

42 Così, condivisibilmente, L. RODIO NICO, *Efficienza*, cit., 263; e anche P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche*, cit., 842 s.

della persona. Anche tale previsione, però, soffre un'importante deroga, non trovando applicazione nei casi in cui l'interessato abbia prestato esplicitamente il proprio consenso al trattamento di tali dati o questo sia necessario per motivi di interesse pubblico⁴³, ferma restando l'adozione di misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato⁴⁴.

4. I recenti interventi normativi: la nuova Direttiva 2022/2023 sul credito al consumo

Delineato il panorama normativo vigente e sul quale si sono finora concentrate le riflessioni di chi ha cercato di risolvere le problematiche in esame, si può procedere ad analizzare i più recenti interventi normativi volti ad affrontarle, il primo dei quali è la nuova Direttiva 2022/2023 sul credito al consumo⁴⁵. Questa sostituisce la previgente Direttiva comunitaria 48/2008 sia per rimediare alle problematiche connesse alla formulazione imprecisa di alcune previsioni ivi contenute sia per far fronte al progresso tecnologico che negli ultimi anni ha interessato il mercato del credito al consumo⁴⁶: si è visto, infatti, come l'attuale formulazione dell'art. 124-*bis* del Testo unico bancario, figlio della Direttiva del 2008, sia inadeguata per far fronte alle problematiche che qui ci occupano⁴⁷.

Orbene, la nuova Direttiva disciplina la verifica del merito creditizio del consumatore in maniera certamente più rigorosa di quella previgente: infatti, l'art. 18 del nuovo testo normativo, dopo aver ribadito la necessità che, prima della conclusione di un contratto di credito, l'intermediario effettui «una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore»⁴⁸, si sofferma ampiamente sulle informazioni che il primo

43 Viene da chiedersi, peraltro, quale sia la portata dei «motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri» richiamati dal quarto comma dell'art. 22. In particolare, interpretando estensivamente tale previsione, si potrebbe includere entro tale categoria anche quello alla sana e prudente gestione degli intermediari, alla quale contribuisce anche l'attività di verifica del merito creditizio della clientela (si v. quanto detto alla precedente nota 13).

44 Come, ad esempio, «il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione» (diritti che, tuttavia, sono contemplati dal considerando n. 71 e non già dall'art. 22 del Regolamento).

45 Per una prima panoramica sul suo contenuto, si v. G. ROSSI, *La nuova proposta di direttiva sul credito al consumo: la sfida dell'Unione Europea per garantire maggiore tutela ai consumatori*, in *Contratto e impresa Eur.*, 2021, 485 ss.; e F. TRAPANI, *La nuova Direttiva 2022/2023/UE sul credito al consumo: note in tema di educazione finanziaria, merito di credito e servizi di consulenza sul debito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 754 ss. Per la letteratura straniera si v. E. ARROYO AMAYUELAS, *A third Directive on consumer credit*, in *Eur. rev. contr. law*, 2024, 1 ss.; O.O. CHEREDNYCHENKO, *On the bumpy road to responsible lending in the digital marketplace: the new EU Consumer Credit Directive*, in *J. cons. policy*, 2024, 241 ss.

46 In tal senso, si v. i considerando nn. 3, 4 e 5 della nuova Direttiva.

47 Si v. quanto scritto al precedente paragrafo 2.

48 Tale valutazione, come precisato dallo stesso art. 18, «è effettuata nell'interesse del consumatore, per evitare pratiche irresponsabili in materia di concessioni di prestiti e sovraindebitamento, e tiene adeguatamente conto dei fattori pertinenti ai fini della verifica delle prospettive di adempimento da parte del

deve raccogliere per svolgere le proprie valutazioni. In particolare, il terzo comma dell'art. 18 dispone che la verifica del merito creditizio deve essere effettuata «sulla base di informazioni pertinenti e accurate sul reddito e sulle spese del consumatore e su altre informazioni sulla situazione economica e finanziaria, che siano necessarie e proporzionate rispetto alla natura, alla durata, al valore e ai rischi del credito per il consumatore», nonché «opportunamente verificate, se necessario attingendo a documentazione verificabile in modo indipendente». Viene altresì precisato che tali informazioni – raccolte da fonti interne od esterne, come banche dati o il consumatore stesso⁴⁹ – possono comprendere elementi probatori del reddito o di altre fonti di rimborso, informazioni sulle attività e passività finanziarie o informazioni su altri impegni finanziari, ma non dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, o, ancora, dati genetici e dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona⁵⁰. L'obiettivo è chiaramente quello di evitare qualsiasi forma di discriminazione nell'accesso al credito sulla base di informazioni che non siano strettamente inerenti alle capacità restitutoria e alla storia creditizia del cliente⁵¹.

Venendo al tema dell'impiego di algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale nella verifica del merito creditizio, l'ottavo comma dell'art. 18 stabilisce che, laddove tale valutazione comporti «il ricorso al trattamento automatizzato di dati personali», gli

consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito». L'enfasi è di chi scrive per riprendere le riflessioni svolte alla precedente nota 17 e ribadire come, anche con l'entrata in vigore della nuova Direttiva, la verifica del merito creditizio del consumatore sia da considerare come un obbligo precontrattuale in capo all'intermediario. Sul punto, si v. anche le riflessioni di F. TRAPANI, *La nuova Direttiva*, cit., 763 ss.

49 Come evidenziato da F. TRAPANI, *La nuova Direttiva*, cit., 777 ss. e da P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche*, cit., 853 s. la normativa in commento disincentiva altresì il ricorso ai *social network*: infatti, al di là dell'art 18 che stabilisce – in maniera un po' ambigua – che i *social* «non sono considerati una fonte esterna», al considerando n. 55 si legge espressamente che le informazioni utilizzate per la verifica del merito creditizio non dovrebbero includere «le informazioni ottenute dai *social network*». Invero, a chi scrive, sembra che, in alcuni casi, l'impiego di dati provenienti dai *social* possa rivelarsi utile per valutare non tanto la solvibilità ma l'affidabilità del cliente: è il caso in cui dai vari Facebook, Instagram, *etc.* emerga che colui che richiede il prestito pratici sport pericolosi, capaci di comprometterne l'integrità psico-fisica e, quindi, le capacità di rimborso.

50 Si tratta di quelle 'categorie particolari di dati personali' individuate dall'art. 9 GDPR e già richiamate al paragrafo precedente.

51 Tale scelta normativa, pur mossa da nobili intenti, presenta anche delle criticità. A chi scrive, infatti, talune forme di 'discriminazione' sembrano perseguire obiettivi apprezzabili: ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui un intermediario non intenda concedere credito a soggetti aderenti a posizioni politiche o religiose incompatibili con valori costituzionalmente protetti. Una simile 'discriminazione', si diceva, pare legittima non soltanto per ragioni ideologiche ma anche in un'ottica di contenimento dei rischi, in particolare di quello reputazionale connesso a tali clienti. Rischio di reputazione che gli intermediari sono necessariamente tenuti a presidiare: ad esempio, con specifico riferimento alle banche, la Circolare n. 285/2013 impone a queste ultime di valutare nell'ambito dell'*Internal Capital Adequacy Assessment Process* se esso è adeguatamente mitigato (si v. la Parte Prima, Titolo III, Capitolo 1, Allegato A della Circolare).

Stati membri devono far sì che il consumatore abbia il diritto di chiedere e ottenere dalla propria controparte «l'intervento umano, che consiste nel diritto:

- (a) di chiedere e ottenere dal creditore una spiegazione chiara e comprensibile della valutazione del merito creditizio, compresi la logica e i rischi derivanti dal trattamento automatizzato dei dati personali nonché la rilevanza e gli effetti sulla decisione;
- (b) di esprimere la propria opinione al creditore;
- (c) di chiedere un riesame della valutazione del merito creditizio e della decisione relativa alla concessione del credito da parte del creditore.

Gli Stati membri assicurano che il consumatore sia informato [di tali diritti]». Il successivo nono comma, poi, prosegue impegnando gli Stati membri ad assicurare che, «quando la richiesta di credito è respinta, il creditore informi il consumatore senza indugio del rifiuto e, se del caso, indirizzi il consumatore a servizi di consulenza sul debito facilmente accessibili». Inoltre, sempre il nono comma precisa che, nel caso di specie, «il creditore è tenuto a informare il consumatore del fatto che la valutazione del merito creditizio è basata sul trattamento automatizzato di dati come anche del diritto del consumatore a una valutazione umana e della procedura per contestare la decisione». Già da una prima lettura dell'art. 18, si può affermare che esso irrobustisce significativamente le tutele a favore del consumatore, assicurando non solo una migliore qualità dei dati impiegati ai fini della verifica del suo merito creditizio ma anche la possibilità di richiedere un intervento umano in caso di diniego del prestito richiesto. La normativa sul credito ai consumatori viene così allineata a quella in materia di credito immobiliare al consumo di cui all'art. 120-*undecies* del Testo unico bancario e, anzi, si presenta più tutelante. Conseguentemente, viene da chiedersi se, in un prossimo futuro, anche quest'ultimo plesso normativo sarà oggetto di revisione per affrontare più efficacemente le problematiche oggetto di queste riflessioni⁵².

52 Infatti, a conferma di quanto detto, la Commissione ha avviato da qualche anno una consultazione per la revisione di tale plesso normativo. In particolare, nella sua *Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio relativa al riesame della direttiva 17/2014 (COM/2021/229 final)* dell'11 maggio 2021, la Commissione ha messo in luce il «recente sviluppo del mercato del credito verso l'utilizzo dei megadati e l'apprendimento automatico per creare servizi su misura, basati in particolare su valutazioni rapide del merito creditizio (soprattutto nel contesto del credito al consumo)». Queste tecnologie, secondo la Commissione, «potrebbero rendere più facile e meno costoso per i consumatori ottenere un credito ipotecario e potrebbero migliorare la capacità dei prestatori di valutare i rischi, ad esempio mediante analisi del merito di credito basate su algoritmi. Allo stesso tempo esse presentano anche nuovi rischi per quanto riguarda i dati utilizzati (ad esempio i dati dei *social media*), il modo in cui le informazioni sono fornite e l'offerta è concepita (per accelerare la decisione di acquisto dei consumatori), nonché il *targeting* e la personalizzazione in funzione dei consumatori (in particolare la trasparenza delle decisioni della valutazione del merito creditizio basate su algoritmi)».

5. *Segue: il Regolamento 1689/2024 sull'intelligenza artificiale.*

Rimane aperto il problema dell'ambito di applicazione soggettivo delle tutele di cui si è finora discusso, limitato al consumatore (gli artt. 120-*undecies* e 124-*bis* del Testo unico bancario e l'art. 18 della nuova Direttiva sul credito al consumo) o alla persona fisica (l'art. 22 del GDPR)⁵³. Tale problematica, invero, potrebbe essere affrontata attraverso il Regolamento 1689/2024 sull'intelligenza artificiale⁵⁴, il quale ha incluso tra i sistemi classificati come 'ad alto rischio' anche quelli «destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito, a eccezione dei sistemi [...] utilizzati allo scopo di individuare frodi finanziarie»⁵⁵. Tale classificazione comporta che detti sistemi siano assoggettati ad una serie di regole particolarmente stringenti tese ad assicurarne la trasparenza, l'accuratezza, robustezza e la sicurezza, la qualità dei dati di cui essi si servono, nonché un efficace intervento umano capace di vigilare su di essi e gestirne le eventuali criticità⁵⁶.

Tali regole, pur in maniera diversa, incombono sia sui fornitori della tecnologia di cui si discute, sia su chi se ne serve (i *deployer*)⁵⁷. Esemplificativo di quanto detto è il modo in cui il Regolamento affronta il problema della sorveglianza umana sui sistemi di nostro interesse, ossia quelli ad alto rischio. A tal riguardo, il primo comma dell'art. 13 dispone che essi siano progettati e sviluppati «in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire ai *deployer* di interpretare l'*output* del sistema e utilizzarlo adeguatamente». A ciò si aggiunga che il fornitore deve altresì fornire le istruzioni per l'uso del sistema, il cui contenuto è analiticamente

53 Si v. quanto detto ai precedenti paragrafi 2, 2.1 e 3.

54 Per una prima panoramica sul Regolamento, si v. N. ABRIANI - G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, Bologna, 2021, 107 ss.; D. ROSSANO, *L'intelligenza*, cit., 202 ss.; M. SEPE, *Innovazione*, cit., 204 ss.; G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contr. impr.*, 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.; F. ANNUNZIATA, *FinTech*, cit., 273 ss.; e R. PETRUSO - G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 989 ss. Per la letteratura straniera si v. spec. M. EBERS - V.R.S. HOCH - F. ROSENKRANZ - H. RUSCHEMEIER - B. STEINRÖTTER, *The European Commission's proposal for an Artificial Intelligence Act. A critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, in *Multidisc. sci. j.*, 2021, 589 ss.; e V.L. RAPOSO, *Ex machina: preliminary critical assessment of the European draft Act on artificial intelligence*, in *Int. j. of law and inf. tech.*, 2022, 88 ss.

55 Così, l'Allegato III, pt. (5), lett. (b), del Regolamento.

56 L'attenzione del legislatore verso tali sistemi emerge non solo sul piano qualitativo delle regole, che sono particolarmente dettagliate e precise, ma anche sul piano quantitativo: infatti, ai sistemi classificati come 'ad alto rischio' è dedicato l'intero Capo III (artt. 6-49) e, quindi, più di un terzo delle disposizioni del Regolamento. In arg., con riferimento al tema che qui ci occupa, si v. L. RODIO NICO, *Efficienza*, cit., 266 ss.; e P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche*, cit., 854 ss.

57 L'art. 3, comma 1, pt. (4), del Regolamento definisce il *deployer* come «una persona fisica o giuridica, un'Autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale».

elencato al terzo comma della disposizione in commento. Inoltre, il successivo art. 14 prevede che i sistemi in questione siano 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»⁵⁸. Quanto ai *deployer*, l'art. 26, al secondo comma, impone loro di affidare la sorveglianza umana a «persone fisiche che dispongono della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie nonché del sostegno necessario».

Ai fini che qui ci occupano, le previsioni finora citate sono funzionali all'assolvimento di quanto previsto dall'art. 86 del medesimo Regolamento: qui è previsto che «Qualsiasi persona interessata oggetto di una decisione adottata dal *deployer* sulla base dell'*output* di un sistema di IA ad alto rischio [...], e che produca effetti giuridici o in modo analogo incida significativamente su tale persona in un modo che essa ritenga avere un impatto negativo sulla sua salute, sulla sua sicurezza o sui suoi diritti fondamentali ha il diritto di ottenere dal *deployer* spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata». Ad una prima lettura, la disposizione citata, pur operando in maniera diversa (essa, infatti, non vieta il trattamento automatizzato ma sancisce un diritto di spiegazione), pare avere una portata applicativa più ampia dell'art. 22 GDPR⁵⁹ in quanto non presenta le ampie deroghe che, invece, si sono viste esaminando quest'ultima previsione⁶⁰. Inoltre, occorre evidenziare come la decisione rilevante ai fini dell'art.

58 Gli obiettivi della sorveglianza umana sono esplicitati al secondo comma dell'art. 14, ai sensi del quale essa «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, in particolare qualora tali rischi persistano nonostante l'applicazione di altri requisiti di cui alla presente sezione». Di come poi si concreta tale attività di sorveglianza è il quarto comma ad occuparsene, stabilendo che «il sistema di IA ad alto rischio è fornito al *deployer* in modo tale che le persone fisiche alle quali è affidata la sorveglianza umana abbiano la possibilità, ove opportuno e proporzionato, di: (a) comprendere correttamente le capacità e i limiti pertinenti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, anche al fine di individuare e affrontare anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese; (b) restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'*output* prodotto da un sistema di IA ad alto rischio ('distorsione dell'automazione'), in particolare in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche; (c) interpretare correttamente l'*output* del sistema di IA ad alto rischio, tenendo conto ad esempio degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili; (d) decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di IA ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'*output* del sistema di IA ad alto rischio; (e) intervenire sul funzionamento del sistema di IA ad alto rischio o interrompere il sistema mediante un pulsante di 'arresto' o una procedura analoga che consenta al sistema di arrestarsi in condizioni di sicurezza».

59 Si v. P. GAGGERO - C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche*, cit., 856 s.

60 Si v. quanto scritto al paragrafo 2. L'art. 86 si limita a stabilire che esso «non si applica all'uso di sistemi di IA per i quali sono previste eccezioni o limitazioni all'obbligo [ivi] stabilito [...] in virtù del diritto dell'Unione o del diritto nazionale, in linea con il diritto dell'Unione» (così dispone il secondo comma), e che «si applica solo nella misura in cui il diritto [ivi sancito] non sia altrimenti previsto dal diritto dell'Unione» (così, il terzo comma).

86, diversamente da quella presa in considerazione dall'art. 22, non deve essere basata 'unicamente' sull'*output* elaborato dal sistema. Infine, l'art. 86, non riferendosi espressamente solo alle presone fisiche, sembra operare anche nei casi in cui la decisione controversa riguardi una persona giuridica⁶¹. Nondimeno, l'art. 86 del Regolamento presenta anche alcuni limiti applicativi di rilievo: in primo luogo, esso riguarda le sole decisioni adottate in forza degli *output* elaborati da sistemi di intelligenza artificiale, non in base a qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati⁶². In secondo luogo, la disposizione in commento fa riferimento ad un impatto negativo della decisione sulla salute dell'interessato, sulla sua sicurezza o sui suoi diritti fondamentali. Posto che nel nostro ordinamento non esiste alcun diritto di accesso al credito⁶³, se interpretato in maniera restrittiva, l'art. 86 potrebbe avere una portata assai limitata nel contesto che qui ci occupa, entrando in gioco, ad esempio, nei soli casi in cui vi sia una violazione del divieto di discriminazione (protetto dall'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione), o, ancora, nei casi in cui il credito sia funzionale all'accesso all'abitazione principale (favorito dall'art. 47 della nostra Costituzione).

Sul punto, si v. F. ANNUNZIATA, *FinTech*, cit., 274 s., che evidenzia come tale ultima disposizione – così come altre presenti nel Regolamento – serva ad evitare sovrapposizioni con il diritto vigente.

61 Ciò lo si può ricavare anche dal contesto normativo in cui tale previsione si colloca, ossia la sez. 4 del capo IX del Regolamento. La prima disposizione di tale sezione, l'art. 85, è espressamente applicabile a «qualsiasi persona fisica o giuridica», attribuendole, laddove abbia motivo di ritenere che vi sia stata una violazione delle disposizioni del Regolamento, il diritto a presentare un reclamo alla pertinente Autorità di vigilanza del mercato. Orbene, si può ritenere che il legislatore abbia fatto tale precisazione solo nel primo articolo della sez. 4 e non la abbia più ripetuta nei successivi: a conferma di ciò, anche l'art. 87 parla solamente di 'persone', senza distinguere tra quelle fisiche e giuridiche.

62 Si v. quanto scritto alla nota 1.

63 L'inesistenza di un diritto al credito e di un corrispondente obbligo di fare credito in capo agli intermediari è stata più volte ribadita dall'Arbitro Bancario Finanziario: *ex multis*, si v. ABF Roma, 26 maggio 2010, n. 437; ABF Roma, 2 febbraio 2012, n. 300; ABF Bologna, 17 settembre 2019, n. 21636; e ABF Milano, 12 dicembre 2011, n. 2683, tutte consultabili sul sito *web* dell'Arbitro. Per la dottrina, si v. già P. ABBADESSA, voce «Obbligo di far credito», in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 530; G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 141 e 143; A. NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrarre delle banche*, in *Foro it.*, 1985, V, 312 e 318; U. MORERA, *Il fido bancario*, Milano, 1998, 161 s.; e, recentemente, D. POLETTI, *La responsabilità della banca per diniego del credito nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1421 ss.; e G. LIACE, *Concessione del credito: Prefetto e ABF, la strana coppia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, 243 s. Nondimeno, va rilevato come, a livello internazionale, si stia sviluppando un movimento di opinione contraria, teso a riconoscere un diritto al credito laddove ciò sia funzionale ad avviare le persone indigenti ad un'attività lavorativa, consentendo loro di migliorare la propria situazione: si v. M. YUNUS, *Credit for the poor: Poverty as distant history*, in *Harvard int. rev.*, n. 3, 2007, 21; M. HUDON, *Should access to credit be a right?*, in *J. bus. ethics*, 2009, 17 ss.; O. BAYULGEN, *Giving credit where credit is due: Can access to credit be justified as a new economic right?*, in *J. human rights*, 2013, 491 ss.; e M. MEYER, *The right to credit*, in *J. political phil.*, 2018, 304 ss. In arg., si v. altresì le riflessioni di F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, II, 569 ss.

6. Conclusioni.

In conclusione, i recenti interventi normativi sull'impiego delle nuove tecnologie nella concessione dei prestiti vanno sicuramente salutati con favore in quanto irrobustiscono il sistema di tutele a favore della clientela nell'accesso al credito. Tuttavia, non si può non rilevare come il problema sia affrontato in maniera disorganica e, in un certo senso, 'caotica'. Esistono misure di protezione previste dalla normativa consumeristica tra loro profondamente diverse senza che ciò abbia un vero e proprio fondamento logico se non la decisione del legislatore di affrontare la materia per blocchi separati (ossia, credito ai consumatori e credito immobiliare al consumo) e in tempi diversi. A queste misure, poi, si somma il divieto di cui all'art. 22 del GDPR posto a tutela di tutte le persone fisiche, e, infine, il diritto di spiegazione di cui all'art. 86 del recente Regolamento sull'intelligenza artificiale, il quale si applica sia alle persone fisiche sia a quelle giuridiche ma solo nei casi in cui la decisione sia frutto di un sistema d'intelligenza artificiale, non, in generale, di un trattamento automatizzato di dati. In sintesi, ad oggi, la disciplina della materia pare tutt'altro che chiara e le incertezze applicative, sia per gli operatori sia per la clientela, rimangono ancora molte.

ABSTRACT: Lo scritto esamina come le problematiche connesse all'impiego di algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale nella verifica del merito creditizio siano affrontati dalla vigente normativa bancaria e da quella in materia di protezione dei dati personali, anche alla luce della recente sentenza SCHUFA. Successivamente, viene esaminata la portata dei recenti interventi normativi che hanno interessato tale tematica e, in particolare, la nuova la Direttiva 2022/2023 sul credito al consumo e il Regolamento 1689/2024 sull'intelligenza artificiale.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza artificiale – Algoritmi – Credito – Credito al consumo – Merito creditizio – Dati personali.

Sibylla Dodo-Williams

L'INCESTUM DELLE VESTALI.

ASPETTI PROCESSUALI E CONFIGURAZIONE GIURIDICA DELLA PENA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'accertamento della colpevolezza: strumenti probatori e il diritto alla difesa. – 3. La sospensione del processo durante i *'dies festi'*. – 4. L'evoluzione del processo d'*'incestum'*: dalla *'lex Peducaea'* all'età imperiale. – 5. La collegialità della decisione e la sentenza. – 6. La pena inflitta alle vestali incestuose. – 7. La vestale *'incesta'* e il destino dell'*'homo sacer'*.

1. *Introduzione.*

Le vestali rappresentavano un'istituzione sacra di fondamentale importanza in Roma antica. Consacrate alla dea Vesta fra i sei e i dieci anni, le sacerdotesse erano investite del delicato compito di custodire il fuoco sacro, simbolo della potenza e prosperità di Roma. Sin dal loro ingresso nel sacerdozio, le vestali, in virtù dell'altissima missione che erano chiamate a svolgere, godevano di onori e privilegi del tutto estranei alle altre donne romane. Tuttavia, tali onori erano controbilanciati da doveri stringenti, primo fra tutti il mantenimento della verginità, che doveva essere preservata lungo tutto l'arco dell'ufficio sacerdotale. Il venire meno di questo impegno nel diritto romano era definito come *incestum* e costituiva un crimine di grandissima rilevanza, poiché si riteneva che tale trasgressione non solo contaminasse la purezza delle sacerdotesse, ma minacciasse anche la *pax deorum*, il delicato equilibrio tra la comunità degli uomini e quella degli dèi. I procedimenti che coinvolgevano le vestali *incestae* non erano semplici processi criminali; ma si iscrivevano in una sfera intermedia fra il *ius sacrum* e il *ius publicum*, riflettendone la peculiare natura giuridica. Il presente contributo si propone dunque di indagare le specificità di questi procedimenti, analizzando i metodi probatori adottati e il diritto alla difesa riservato alle imputate, per poi interrogarsi sull'esatta configurazione giuridica e sul significato della pena inflitta alla vestale la cui colpevolezza venisse accertata a seguito del processo.

2. *L'accertamento della colpevolezza: strumenti probatori e il diritto alla difesa.*

Le fonti purtroppo non offrono informazioni esaustive per quanto riguarda l'aspetto forse più interessante di questo processo: ossia, come veniva accertata la colpevolezza delle sacerdotesse. Secondo Nina Mekacher è evidente che le vestali non venivano sottoposte a ispezioni fisiche, perché «die Körperinspektion als Nachweis

der Jungfräulichkeit war in der Antike unbekannt»¹; inoltre, un esame corporeo sarebbe stato indubbiamente contrario alla sacralità delle *virgines*. Dionigi d'Alicarnasso parla di 'torture e prove'² impiegate dai pontefici per verificare l'autenticità della colpa, e in effetti la particolare natura di questo processo consentiva di ricorrere alla tortura degli schiavi di proprietà dei correi per ottenere informazioni³, in deroga al divieto di testimonianza dei servi contro i loro padroni. Siffatto principio – ricondotto da Cicerone al *mos maiorum*⁴ – giuridicamente si traduce nel divieto di *quaestio in caput dominus*⁵; si tratta di «un principio fondamentale in una società schiavistica»⁶, che nasce allo scopo di salvaguardare le prerogative del *dominus*. Il limite a Roma rimase sempre in vigore e conosceva poche deroghe (che divennero sempre più numerose in epoca imperiale)⁷ e

1 N. MEKACHER, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, Wiesbaden, 2006, 38. Anche A. BÄTZ, 'Sacrae virgines'. *Studien zum religiösen und gesellschaftlichen Status der Vestalinnen*, München, 2012, 261 afferma che «eine körperliche Untersuchung scheint sehr unwahrscheinlich und mehr als unstatthaft bei einer derart heiligen Person wie einer Vestalin». C. LOVISI, *Vestale, 'incestus' et jurisdiction pontificale sous la république romaine*, in *MEFRA*, CX, 1998, 719, invece, ipotizza che le matrone sarebbero state consultate per questioni fisiologiche durante il processo, ad esempio, per determinare un possibile stato di gravidanza.

2 Dion. Hal. *Ant. Rom.* 8.89.5.

3 Cfr. Cic. *Mil.* 50: *de servis nulla lege quaestio est in dominum nisi de incestu*. Nel testo, Cicerone rimarca che non è possibile ricorrere all'interrogatorio degli schiavi contro il proprio padrone, se non nel caso dell'incesto.

4 La stessa conferma la si ha in Tac. *ann.* 2.30 il quale, invece, nel narrare la tormentata vicenda di Libone, ne attribuisce la paternità ad un vecchio senatoconsulto: *et quia vetere senatus consulto quaestio in caput domini prohibebatur, callidus et novi iuris repertor Tiberius mancipari singulos actori publico iubet, scilicet ut in Libonem ex servis salvo senatus consulto quaereretur*, Paul. *sent.* 1.12.3: *in caput domini patronive nec servus nec libertus interrogari potest*.

5 Sul problema della tortura dello schiavo in *caput domini* si veda R.A. BAUMAN, *The 'Crimen Maiestatis' in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1967, *passim*; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery: the Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908, 86 ss.; P. DEL PRETE, 'Quaestio de servis contra dominos', in *AUBA*, II, 1933, 90 ss.; P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Roma, 1953, 24 ss.; R.A. BAUMAN, 'Impietas in principem'. *A study of treason against the roman emperor with special reference to the first century A.D.*, München, 1974, 174 ss.; L. CHEVAILLER, voce *Torture*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VII, Paris, 1965, 1293 ss.; P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, 213 ss.; P.A. BRUNT, *Evidence Given under Torture in the Principate*, in *ZSS*, XCVII, 1980, 256 ss.; L. SCHUMACHER, 'Servus index'. *Sklavenverhör und Sklavenanzeige im republikanischen und kaiserzeitlichen Rom*, Wiesbaden, 1982, 159 ss.; H. ANKUM, *La 'captiva adultera'. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA*, XXXII, 1985, cit., 183 ss.; V. MAROTTA, 'Multa de iure sanxit'. *Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Firenze, 1988, 315 ss.; W. FORMIGONI CANDINI, *In margine al divieto di torturare gli schiavi in 'caput domini'*, in *AUFE*, 1988, 61 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, 246, nt. 206; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova, 1989, 232 ss.; R. FASANO, *La torture judiciaire en droit romain*, Neuchâtel, 1997, 118 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine, la tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'Impero*, Milano, 2002, 116.

6 D. MANTOVANI, *Il problema*, cit., 232.

7 Le numerose deroghe all'antico divieto appaiono compiutamente espresse nel 196 d.C. in una costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla; C. 9.41.1: *impp. Severus et Antoninus AA. Spicio Antigono. Quaestionem de servis contra dominos haberi non oportet, exceptis adulterii criminibus, item fraudatis census accusationibus et crimine maiestatis, quod ad salutem principis pertinet. 1. In ceteris autem, quamquam ea, quae servus contra dominum dicit, iudicaturi sententiam formare non debeant, tamen si aliis quoque probationibus fides veritatis investigetur, praescriptionis invidia evanescit. 2. In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est.*

il reato di *incestum* rientrava appunto tra queste. La ragione alla base dell'eccezione consisteva nell'interesse pubblico, considerato prioritario rispetto alle esigenze di tutela del padrone⁸. Dario Mantovani, infatti, osserva che nel caso dell'*incestum* «la *ratio* del divieto stesso, il quale mira a tutelare la sfera di riservatezza domestica dalle intromissioni esterne (degli organi della *civitas*)» viene meno proprio perché «la repressione si svolge all'interno della stessa sfera che si vuole sottrarre da influenze esterne»⁹.

Gli schiavi svolgevano spesso un ruolo fondamentale nell'organizzazione del reato, venendo spesso utilizzati dai loro *domini* per attuare le fasi del disegno criminoso, e nel particolare caso del *crimen incesti* i servi erano probabilmente gli unici soggetti che potevano essere a conoscenza di tutti quegli incontri amorosi che avvenivano nella massima segretezza. Il ricorso alla tortura, pertanto – agli occhi degli inquirenti –, rappresentava un triste strumento per estorcere informazioni importanti e raccogliere prove sulla colpevolezza dei padroni. Tuttavia, la convinzione dell'imprescindibilità dello strumento risulta strettamente intrecciata alla sua intrinseca fallacità, costituendo la violenza più un ostacolo che un mezzo per raggiungere il discernimento della verità. Un esempio significativo è offerto dalla celebre *quaestio ex lege*, in occasione della quale il tribuno *Sextus Peducaeus*, accusando il *pontifex maximus* di aver errato nel suo giudizio, condannando la sola vestale Emilia e assolvendo le sacerdotesse Licinia e Marcia nel processo del 114-113 a.C., propose una legge dinanzi ai comizi per sottrarre la competenza pontificale, almeno per tale circostanza, a condurre il processo contro le vestali¹⁰. La *quaestio rogata* del tribuno ampliò la sfera dei colpevoli, estendendola in particolare a un numero consistente di *equites*, tra i quali anche l'oratore Marco Antonio¹¹, il quale mentre partiva come *questor* per l'Asia venne convocato per lettera dal pretore Lucio Cassio per rispondere all'accusa d'incesto. Il processo che ne seguì, però, si concluse con l'assoluzione dell'oratore, grazie, appunto, all'ostinata resistenza alla tortura di un suo giovane schiavo. L'episodio, narrato con dovizia di particolari da Valerio Massimo¹², riferisce che durante il procedimento gli *accusatores* pretesero

8 Cic. *orat.* 118: *cum de servis in dominos quaeri noluissent, de incestu tamen, et coniuratione, quae facta me consul est, quaerendum putaverunt.* Sul valore probatorio che i giuristi assegnavano alle testimonianze degli schiavi torturati, cfr. Modest. *ad reg.* 3 D. 22.5.7: *... ad eruendam veritatem: Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio non est.*

9 D. MANTOVANI, *Il problema*, cit., 234 ss.

10 Il fatto è raccontato da Asc. *Mil.* 40: *quo tempore Sex. Peducaeus tribunus plebis criminatus est L. Metellum pontificem max. totumque collegium pontificum male iudicasse de incesto virginum Vestalium, quod unam modo Aemiliam damnaverat, absolverat autem duas Marciam et Liciniam, populus hunc Cassium creavit qui de eisdem virginibus quaereret. Isque et utrasque eas et praeterea complures alias nimia etiam, ut existimatio est, asperitate usus damnavit.* Non è chiaro se la *rogatio Peducaea* avesse istituito una corte permanente per giudicare le sacerdotesse (ossia una *quaestio publica perpetua*), sottraendo in via definitiva al *pontifex maximus* il suo potere sulle vestali, oppure se si fosse limitato ad avocare ad un tribunale la competenza inquirente e giudicante solo per il caso specifico. Sul tema v. più avanti § 4.

11 Si trattava di Marco Antonio oratore e *quaestor pro pretore* nel 113 a.C. (sebbene la datazione cronologica in cui assunse questa carica rimane incerta); da non confondere, dunque, con Marco Antonio triumviro con Ottaviano nel 44 a.C.

12 Val. Max. 6.8.1: *M. Antonius, avorum nostrorum temporibus clarissimus orator, incesti reus agebatur. cuius in iudicio accusatores servum in quaestionem perseverantissime postulabant, quod ab eo, cum ad stuprum iret, lanternam*

insistentemente che uno schiavo di Marco Antonio, testimone oculare del presunto crimine, venisse interrogato sotto tortura. Il servo, giovanissimo, in quel momento si trovava nella folla e rendendosi conto di ciò che lo aspettava decise tuttavia di non fuggire. Tornato a casa chiese energicamente al padrone – il quale era profondamente sconvolto e inquieto per quell'accusa –, di essere consegnato ai *iudices* per essere sottoposto all'inchiesta, assicurando il *dominus* che non avrebbe pronunciato una sola parola in suo danno. La promessa fu mantenuta con incredibile tenacia: torturato, fustigato e persino bruciato con piastre roventi, lo schiavo mantenne il silenzio, smantellando le accuse e salvaguardando la vita del padrone. Fu dunque grazie al coraggio e alla lealtà di questo giovane *servus* che Marco Antonio venne assolto.

La scelta della violenza *ad eruendam veritatem* è indubbiamente sempre tesa a cercare soluzioni *ex machina* o, peggio, cercare conferme a tesi predefinite che traggono la loro forza in misura direttamente proporzionale all'intensità della coercizione inflitta al soggetto; e in effetti da queste premesse si potrebbe sostenere che il processo contro le *virgines incestae* fosse improntato al sistema inquisitorio¹³. Quest'ultimo – com'è noto – si fonda sul principio di autorità, secondo il quale la verità tanto meglio è accertata quanto più potere è dato al soggetto inquirente, il quale accumula in sé le funzioni processuali di istruttore, accusatore e giudice del verdetto. Esso è ispirato a una «gnoseologia che esalta la ricerca ufficiosa della verità ed ignora la capacità euristica del contraddittorio, in particolare del fatto che la difesa possa partecipare su un piano di parità con l'accusa all'allegazione ed escussione delle fonti di prova personale»¹⁴.

Tuttavia, un'analisi approfondita delle fonti rileva che, nonostante l'«approccio» indubbiamente inquisitorio, il processo per *incestum* richiedeva comunque il rispetto di alcuni fermi principi del 'giusto processo'¹⁵, tra cui quello del contraddittorio – seppur minimo – e della difesa. Lo si evince dalla dura critica che Domiziano ricevette da Plinio il Giovane per aver processato la vestale Cornelia 'in contumacia' e senza neppure sentire l'imputata.

Plin. *ep.* 4.11.6:

pontificis maximi iure, seu potius immanitate tyranni licentia domini, reliquos pontifices non in Regiam sed in Albanam villam convocavit. Nec minore scelere quam quod ulcisci videbatur, absentem inauditamque damnavit incesti.

praelatam contenderent. erat autem is etiam tum imberbis, et stabat in corona, videbatque rem ad suos cruciatus pertinere, nec tamen eos fugitavit. ille vero, ut domum quoque ventum est, Antonium hoc nomine vehementius confusum et sollicitum ultro est hortatus ut se iudicibus torquendum traderet, adfirmans nullum ore suo verbum exciturum quo causa eius laederetur, ac promissi fidem mira patientia praestitit: plurimis etenim laceratus verberibus eculeoque impositus, candentibus etiam lamminis ustus, omnem vim accusationis custodita rei salute subvertit.

13 Sottolinea la natura inquisitoria del processo per *incestum* T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 25.

14 M. SCARPONE, *Procedura penale*, Torino, 2017, 21.

15 Per uno sguardo d'insieme al tema del giusto processo nel diritto romano cfr. G. PUGLIESE, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale*, in *Temi Romana*, XVIII, 1969, 605 ss., ora in *Scritti scelti*, II. *Diritto Romano*, Napoli, 1985, 605 ss.

L'ingiustizia con cui Domiziano trattò Cornelia non fu un caso isolato. Alcuni anni prima, nell'83 d.C., l'imperatore aveva condannato almeno tre vestali¹⁶ in onta a tutte le regole che i pontefici in età arcaica e repubblicana avevano sempre osservato, tanto che Cassio Dione ci informa che la crudeltà con cui l'imperatore condusse questi processi fu tale che il pontefice *Helvius Agrippa*, colpito dall'orrore, morì durante l'udienza¹⁷. L'indignazione generale che suscitò il *modus operandi* di Domiziano consente di stabilire che una qualche procedura, rispettosa del principio del contraddittorio e della difesa, si fosse stabilita. Le vestali, infatti, a differenza delle donne comuni avevano – tra i tanti privilegi – lo *ius testimonii dicendi* e pertanto avrebbero potuto difendersi adeguatamente da sole davanti al *collegium pontificum*¹⁸.

Credo anche che le sacerdotesse durante il processo avrebbero potuto esperire una sorta di *provocatio ad deam*, e dunque sottoporsi a un *iudicium dei* per dimostrare la propria innocenza. Si tratta di una mera ipotesi, ma le vicende, seppure 'leggendarie' di Tuccia, Emilia e Claudia Quinta¹⁹ mi inducono a ritenere che i Romani, visto il legame speciale che intercorreva tra le sacerdotesse e la divinità, permettessero alle *virgines* di invocare la dea Vesta in loro aiuto, nella credenza che, se fossero state innocenti, quest'ultima sarebbe intervenuta a loro favore²⁰. Tuccia, ad esempio, accusata di aver violato il voto di castità, avrebbe dimostrato la propria innocenza trasportando miracolosamente dell'acqua in un crivello senza che questa si disperdesse²¹. Emilia,

16 Cfr. Suet. *Dom.* 8.4: *nam cum Oculatis sororibus, item Varronillae liberum mortis permisisset arbitrium corruptioresque earum relegasset.*

17 Cfr. Dio Cass. 67.3.3: Οὐδὲ τῶν ἀειπαρθένων ἐφείσατο ἀλλ' ὡς καὶ ἠνδρωμένας ἐτιμωρήσατο, ὅτε καὶ λέγεται, σκληρᾶς καὶ τραχείας τῆς περὶ αὐτὰς ἐξετάσεως γενομένης καὶ πολλῶν αἰτιαθέντων καὶ κολαζομένων, οὐκ ἐνεγκῶν εἰς τῶν ποντιφικῶν Ἑλουῖος Ἀγρίππας ἀλλ' ἐκπλαγεὶς αὐτοῦ ἐν τῷ συνεδρίῳ, ὥσπερ εἶχεν, ἀποψύξαι.

18 Ciò viene anche rimarcato da B. SCARDIGLI, *Servi privati delle vestali*, in *Schiavi e dipendenti nell'ambito dell'οἶκος' e della 'familia'* (Atti del XXII Colloquio GIREA. Pontignano 19-20 novembre 1995), Pisa, 1997, 241.

19 La vicenda purtroppo non trova nelle fonti un resoconto non uniforme, venendo Claudia Quinta indicata ora come *virgo vestalis* (Sen. *matrim.* fr. 80; Erod. *hist.* 1.11.3; Prop. *al.* 4.11.50; Aug. *cin. Dei* 10.16) ora come *matrona* (Cfr. Ovid. *fast.* 4.305-328; Liv. 29.14.12; Cic. *bar. resp.* 27).

20 Anche R.L. WILDENFANG, *Rome's Vestal Virgins. A study of Rome's Vestal priestesses in the late Republic and early Empire*, London - New York, 2006, 86 osserva che «what remains is the message contained in the two accounts: when combined, these declared to an ordinary Roman audience that the goddess Vesta was concerned with the conduct of her priestesses and would protect them if such protection became necessary. Conversely, if such protection was not offered, then the priestesses in question were without a doubt guilty and the goddess angry enough to require real and immediate propitiation. Such stories gave added lustre to these priestesses and their cult and emphasized the reality of Vesta's concern for both her cult and Rome as a whole».

21 La vicenda nelle fonti viene riportata da Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.69.1-3; Val. Max. 8.1.5; Liv. *per.* 20, secondo il quale però Tuccia sarebbe stata condannata: *Tuccia, virgo vestalis, incesti damnata est*. Risulta difficile spiegare le ragioni di questa discrepanza. Secondo R. FIORI, *Ordalie e diritto romano*, in *Iura*, LXV, 2017, 93 «si potrebbe immaginare che le fonti abbiano operato una scelta tra le diverse versioni, ma mi sembra maggiormente probabile che Livio riporti una notizia storica e che il racconto della prova sia – come nel caso di Quinta Claudia – un'aggiunta posteriore motivata dal desiderio di smentire, con il ricordo di un miracolo, la memoria che voleva la vestale condannata». Contra R.L. WILDENFANG, *Rome's Vestal Virgins*, cit., 90, nt. 37 il quale afferma che «if the account contained in the *Periochae* is not an erroneous recording of Livy's original version of the story, something that seems unlikely, then its existence seems to serve as

colpevole di aver lasciato spegnere il fuoco sacro, riuscì a riconquistare il favore della dea riaccendendolo miracolosamente con un lembo della sua veste²². Infine, Claudia Quinta, accusata ingiustamente di condotta immorale, avrebbe provato la sua purezza trascinando da sola la nave che trasportava la statua della *Magna Mater*, bloccata nel porto di Ostia²³. Tali episodi sembrano suggerire che il popolo romano attribuisse alle *virgines vestales* la possibilità di appellarsi alla protezione divina per ribaltare accuse infamanti, nella convinzione che la dea Vesta non avrebbe permesso un'ingiustizia nei confronti delle sue devote, se queste fossero state realmente innocenti. D'altra parte, anche la vestale Cornelia nell'89 d.C. prima della sentenza di condanna tentò un ultimo – invano – appello alla dea Vesta (*illa nunc ad Vestam, nunc ad ceteros deos manus tendens*)²⁴.

Dal 113 a.C. in poi, cominciamo ad avere traccia della presenza di avvocati difensori. Il dato è molto interessante, perché la prima testimonianza che attesta esplicitamente la presenza di un difensore in un processo d'*incestum* coincide con il primo caso d'*incestum* in cui la competenza giudicante fu rimossa dal collegio dei pontefici per essere affidata a un tribunale laico guidato dal severissimo *quaesitor* Lucio Cassio Longino Ravilla. Dalle fonti sappiamo che in questa occasione la difesa di una delle vestali accusate di

a solid example of Livy's reworking of Vestal history to suit his own purposes». C. MASI DORIA, *Acque e templi nell'Urbe: uso e riti. Il caso della Vestale Tuccia*, in *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica*, a cura di P. Ferretti, M. Fiorentini, D. Rossi, Trieste, 2017, 113 invece ritiene che Livio potrebbe aver riportato la tradizione relativa a Tuccia in maniera approssimativa, in particolare secondo l'a. Livio «trovando la menzione di *rea* e di fronte all'eterogeneità di significati del termine, che dal senso di 'imputata' attraverso l'imputazione della responsabilità passa a quello di 'colpevole', può aver creduto negativo per la vestale l'esito dell'accertamento e quindi ha reso *condamnata* la sua condizione finale. Insomma: avrebbe letto *rea* e ha interpretato *damnata*».

22 La vicenda di Emilia nelle fonti viene narrata da Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.68.3; Val. Max. 1.1.6. Cfr. in dottrina G. GIANNELLI, *Il sacerdozio delle Vestali romane*, Firenze, 1913, cit., 148, nt. 96; G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, cit., 322; C. LOVISI, *Vestale*, cit., 699, nt. 2; J. RÜPKE, 'Flamines, salii' and the Priestesses of Vesta: Individual Decision and Differences of Social Order in Late Republican Roman Priesthoods, in *Demeter, Isis, Vesta and Cybele. Studies in Greek and Roman Religion in Honour of G.S. Gasparro*, a cura di A. Mastrocinque e C. Giuffrè Scibona, Stuttgart, 2012, 191; C. MASI DORIA, *Acque e templi nell'Urbe*, cit., 111; M. RAVIZZA, *Pontefici e vestali*, cit., 119

23 Val. Max. 1.8.11 e Tac. *ann.* 4.64 una statua di Claudia, eretta nel vestibolo del tempio della Grande Madre sarebbe sopravvissuta indenne a due incendi: ossia nel 111 a.C. e nel 2 d.C. Un altare dei Musei Capitolini, databile verosimilmente nel corso del II secolo d.C., raffigura la stessa scena al di sopra di un'iscrizione (CIL VI, 492) che reca *Matri Deum et Navisalviae / Salviae voto suscept / Claudia Syntyche*. Una vestale, riconoscibile dal *suffibulum*, è raffigurata in piedi su una base che rappresenta il molo del Tevere; essa è rivolta verso un'imbarcazione che traina per mezzo di una benda, un'*infula*. La Grande Madre siede nell'imbarcazione, sul trono con i leoni. Un'iscrizione identica (CIL VI, 493), è stata trovata ai piedi dell'Aventino, sulle sponde del Tevere. Sulla raffigurazione della vestale Claudia Quinta, nell'altare dei Musei Capitolini cfr. H. GRAILLOT, *Le culte de Cybèle mère des dieux à Rome et dans l'Empire Romain*, in *BEFAR*, CVII, Paris, 1912, 66 ss.; F. COARELLI, *I monumenti dei culti orientali a Roma. Questioni topografiche e cronologiche*, in *La storia dei culti orientali nell'impero romano. Atti del Colloquio Internazionale*, Roma, 1979, a cura di U. Bianchi e M.J. Vermaseren, Leiden, 1982, 33 ss.; K.P. ALMAR, 'Inscriptiones Latinae'. *Eine illustrierte Einführung in die latinesche Epigraphik*, Odense, 1990, 15 ss.

24 Plin. *ep.* 4.11.6.

incestum, Licinia, venne assunta dall'allora ventisettenne Lucio Licinio Crasso, probabilmente cugino della sacerdotessa²⁵:

Cic. *Brut.* 160: *defendit postea Liciniam virginem, cum annos XXVII natus esset. In ea ipsa causa fuit eloquentissimus orationisque eius scriptas quasdam partes reliquit.*

Cicerone nel testo loda esplicitamente l'arringa dell'avvocato, sebbene questa non bastò ad assolvere l'imputata. L'informazione è estremamente interessante per un duplice ordine di motivi: anzitutto, ribadisce che anche nei processi d'*incestum* si voleva preservare il diritto alla difesa; in secondo luogo, la presenza di un avvocato in questa particolare circostanza risulta ancora più sorprendente, poiché la *rogatio* fatta votare dal tribuno Sesto Peduceo aveva il preciso intento di condannare le vestali Licinia e Marcia, precedentemente assolte perché *totumque collegium pontificum male iudicasse de incesto virginum Vestalium*²⁶. Non è chiaro se gli avvocati difensori fossero coinvolti anche prima di questa data, quando la competenza giudicante spettava al *collegium pontificum*, oppure se essi prestarono il loro servizio in questa occasione proprio in virtù della 'laicità' del processo. È vero, però, come nota Mariangela Ravizza, che la presenza di avvocati difensori dinanzi al collegio dei pontefici desta alcune perplessità, poiché il *iudicium* pontificale rivolto «all'accertamento dei fatti e delle responsabilità aveva natura peculiare ben diversa da quella dei *quaesitores* dei procedimenti giurisdizionali»²⁷. L'attività del *collegium pontificum* mirava a sanzionare l'infrazione sacrale commessa dalle *virgines* ed era volta a ristabilire la comunione con il divino; la procedura rientrava, dunque, in ogni suo aspetto nella sfera del *ius sacrum* e «in tale ambito come è evidente, non vi era spazio per l'attività di un avvocato, per sua stessa natura volta a sviluppare le ragioni dell'accusato da un punto di vista tecnico-giuridico»²⁸.

3. La sospensione del processo durante i 'dies festi'.

Macrobio offre informazioni rilevanti riguardo ai giorni in cui il collegio poteva riunirsi per svolgere le attività processuali. Nel celebre caso del 114-113 a.C. che vide coinvolte le vestali Emilia, Licinia e Marcia, egli riferisce che *Aemilia* fu condannata il 16 dicembre, mentre la vestale Licinia sostenne la sua causa il 18 dicembre. Il 17

25 Questo legame di parentela viene tracciato da E.S. GREUN, *Roman Politics and the Criminal Courts 149-78 B.C.*, Cambridge, 1968, 190. Il ricordo della celebre arringa di L. Crasso pronunciata in difesa della vestale Licinia nella *quaestio ex lege Peducaea* sarebbe conservata in Cic. *rhet. ad Her.* 4.35.47: *accusatoris officium est inferre crimina; defensoris diluere et propulsare; testis dicere, quae sciat aut audierit; quaesitoris est unum quemque horum in officio suo continere. Quare, L. Cassi, si testem, praterquam quod sciat aut audierit, argumentari et coniectura prosequi patieris, ius accusatoris cum iure testimonii commiscebis, testis improbi cupiditatem confirmabis, reo duplicem defensionem parabis.*

26 Asc. *Mil.* 40.

27 M. RAVIZZA, *Pontefici e vestali*, cit., 201.

28 M. RAVIZZA, *Pontefici e vestali*, cit., 201.

dicembre non si tenne alcun processo, perché in quel giorno si celebravano ufficialmente i *Saturnalia*:

Macr. *Sat.* 1.10.5-6: *Masurius et alii uno die, id est quarto decimo Kalendas Ianuarias, fuisse Saturnalia crediderunt, quorum sententiam Fenestella confirmat, dicens Aemiliam virginem XV Kalendarum Ianuariatum esse damnatam, quo die si Saturnalia gererentur, nec causam omnino dixisset; 6. deinde adicit, "sequebantur eum diem Saturnalia" mox ait "postero autem die, qui fuit XIII Kalendarum Ianuariatum, Liciniam virginem ut causam diceret iussam," ex quo ostendit XIII Kalendarum profestum esse.*

Partendo dal presupposto che i processi d'*incestum* seguissero sempre la stessa procedura, possiamo trarre due conclusioni importanti. Anzitutto, quando, come spesso accadeva, più sacerdotesse erano accusate contemporaneamente ognuna di esse veniva processata in un giorno distinto. In secondo luogo, il fatto che il *collegium* non si riunì durante i *Saturnalia* deve significare che gli era proibito condurre processi nei *dies festi*. Questa conclusione è forse la più importante. Il divieto di celebrare cause civili nei *dies festi* è infatti ben noto²⁹, ma la testimonianza in esame rivela un'interessante estensione

29 Il rispetto del tempo degli dèi, *dies festi* o *feriae*, era una delle prescrizioni religiose più rilevanti del popolo romano. I *dies festi*, come si apprende da Macr. *Sat.* 1.16.2-3, erano dedicati interamente agli dèi: si trattava dunque di giorni in cui i cittadini Romani dovevano praticare la devozione verso la divinità e celebrare i sacrifici in loro onore; giorni sottratti quindi alle altre attività umane per essere consacrati esclusivamente alla divinità. Si v., tra gli altri, F. SINI, 'Pax deorum' e sistema giuridico-religioso romano, in 'Fides', 'humanitas', 'ius'. *Studi in onore di L. Labruna*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, VII, Napoli, 2007, 5165 ss. È evidente quindi la differenza rispetto allo *instiutum*, in cui l'eventuale blocco delle attività private era dovuto ad una imposizione del magistrato per l'imminenza del pericolo che incombe sulla città. D'altra parte, si deve evidenziare che il processo tenuto davanti al giudice nel *comitium* o nel *forum*, non era soggetto alla distinzione tra giorni *fasti* e *nefasti*. Invece, era influenzato dalla divisione tra giorni *festi*, dedicati agli dèi, e giorni *profesti*, concessi per le attività pubbliche e private. Per i giorni *festi*, che includevano date riservate alle ferie, ai giochi, ai banchetti e ai sacrifici, erano previste delle interruzioni nelle procedure giudiziarie. Inoltre, oltre a queste pause occasionali, esistevano periodi più lunghi di sospensione, che venivano periodicamente ristrutturati nel corso dei secoli. Pertanto, fino alla riforma di Galba, si distinguevano due periodi nell'anno in cui si svolgevano le attività giudiziarie (*rerum actus*, quando si trattavano le cause), uno in inverno e uno in estate, e due periodi di sospensione delle stesse attività, uno in primavera e uno in autunno. Tuttavia, solo sotto Marco Aurelio, coevo a Gaio, l'andamento delle procedure giuridiche, sia relative alla *in iudicio* (il processo) sia alla *iudicatio* (la decisione del giudice), smise di essere determinato dalla distinzione tra giorni *fasti* e *nefasti* o tra giorni *festi* e *profesti*. Invece, iniziarono ad essere regolati da un calendario giudiziario specifico, composto da duecentotrenta *dies iuridici* (giorni giuridici). Cfr. Suet. *Claud.* 23: *Rerum actum divisum antea in hibernos aestivosque menses conjunxit*. In seguito, Galba abolì questa suddivisione, limitando la sospensione dall'attività giudiziaria ai *dies feriati*. Marco Aurelio, al tempo di Gaio, eliminò la distinzione tra giorni adibiti al *ius dicere* (*dies fasti*) e quelli per il *iudicare* (*rerum actus*), dedicando duecentotrenta giorni (dati dall'unione tra *dies fasti* e *dies comitiales*) alla trattazione delle cause, sotto il nome di *dies iuridici* o *dies iudicarii*, e permettendo che anche al di fuori di questi giorni, nei *dies feriati*, si potesse procedere con il consenso delle parti (*Marc.* 10.10: *iudicariae rei singularem diligentiam adhibuit. Fastis dies iudicarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret*). In seguito, una legge emanata da Valentiniano, Teodosio e Arcadio nel 389 d.C. stabilì il principio secondo il quale tutti i giorni

del principio nel campo degli illeciti religiosi, quando il collegio pontificio agiva come organo giudicante. D'altra parte, ciò risulta perfettamente sensato, poiché la maggior parte dei sacerdoti sarebbe probabilmente stata impegnata nell'espletamento delle funzioni religiose legate alla festività³⁰, rendendo pertanto difficoltosa la loro partecipazione al processo. I *Saturnalia*, inoltre, erano una festività particolare: dedicata a Saturno, considerato il sovrano del 'periodo dell'oro', incoraggiavano il ritorno a un'epoca pre-cosmica priva di distinzioni sociali³¹. Durante la festa l'ordine sociale veniva

dell'anno erano considerati *dies iuridici*, ad eccezione della domenica e di alcune altre festività, nonché di due mesi dedicati al raccolto e alla vendemmia, e due settimane pasquali. Questa legge ebbe un impatto significativo sulla formazione e sull'evoluzione del calendario romano, poiché influenzò direttamente il modo in cui venivano gestite le attività giudiziarie. Sul punto cfr. in particolare, E. POSTE, *Gaii Institutionum iuris civilis commentarii quattuor*, Oxford, 1884, 244 ss.; R. VON HAEHLING, *Die Religionszugehörigkeit der hohen Amtsträger des römischen Reiches seit Constantins. I Alleinberrschaft bis zum Ende der Theodosianischen Dynastie*, Bonn, 1978; J. RÜPKE, *Kalender und Öffentlichkeit. Die Geschichte der Repräsentation und religiösen Qualifikation von Zeit in Rom*, Berlin - New York, 1995.

30 Il 17 dicembre, i *Saturnalia* iniziavano con un solenne rituale al tempio di Saturno, seguito da un banchetto pubblico sacrificale chiamato *convivium publicum*. Successivamente, i senatori partecipavano a un banchetto in cui le statue degli dèi venivano posizionate su letti speciali per chiedere la loro protezione. Dopo queste cerimonie, si formava una processione che si concludeva al tempio di Saturno sul Campidoglio, dove la statua del dio veniva posta all'interno del tempio. Questa processione aveva lo scopo di incoraggiare le divinità degli inferi, che si pensava camminassero sulla terra in quei giorni, a ritornare nel mondo sotterraneo. Tutti i sacrifici rivolti a Saturno si svolgevano in *graeo ritu*, ossia con il capo scoperto e coronato, forse perché Saturno era riconosciuto come una divinità ctonia. Sul punto cfr. Dion. Hal. *Ant. Rom.* 6. 95; 7.71-72; Liv. 1.3.6-9; 2.10; Macr. *Sat.* 1.6-10; 1.12.7; Plut. *quaest. rom.* 11.34.

31 F. DOLANSKY, *Celebrating the 'Saturnalia': religious ritual and Roman domestic life*, in *A companion to families in the Greek and Roman worlds*, a cura di B. Rawson, Oxford, 2011, 488 ss., mette in evidenza che in origine i *Saturnalia* avevano probabilmente una connotazione agricola legata alla fine del periodo di semina e alla preparazione per i giorni più brevi dell'anno. Saturno, infatti, era una divinità associata al mondo sotterraneo, custode delle anime dei defunti ma anche protettore dei raccolti che dovevano germogliare. Era considerato il sovrano di un'età dell'oro mitica nell'antica *Latium Vetus*. La mitologia racconta che Saturno, noto come Crono in greco, era figlio di Urano, il cielo, e Gea, la Terra. Dopo aver sconfitto suo padre Urano, Crono sposò sua sorella Rea. Tuttavia, un oracolo predisse che Crono avrebbe subito lo stesso destino di suo padre, così iniziò a divorare i suoi figli. Alla fine, suo figlio Zeus lo detronizzò, ponendo fine a un'epoca e dando inizio a una nuova era. Nella mitologia latina, Saturno fuggì da Giove e si rifugiò presso Giano, un altro dio romano, ricevendo in cambio il dono di vedere il passato, il presente e il futuro, il che gli conferì un aspetto bifronte. Saturno stabilì la città di Saturnia sul colle che oggi chiamiamo Campidoglio, e fu considerato un sovrano innovatore, insegnando agli uomini l'agricoltura e persino l'arte culinaria. L'età del suo regno fu un'età dell'oro, caratterizzata dalla primitività e dalla mancanza di distinzioni sociali, con abbondanza di cibo per tutti; ma alla fine Saturno sparì. In alcune versioni del mito, si ritirò in un luogo chiamato 'Isole Beate', dove gli eroi conducevano una vita ultraterrena pacifica, che potrebbe corrispondere all'attuale arcipelago delle Canarie. Saturno ricevette un culto speciale da Giano, il quale istituì i *Saturnalia* e fece costruire un altare alle pendici del Campidoglio. Sull'origine dei *Saturnalia* cfr. anche E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzione delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2005, 257. Questa festa antica coinvolgeva riti e celebrazioni, ed è in questo contesto che si capisce la storia dei *Saturnalia* che menziona che i Pelasgi seguirono un oracolo e iniziarono a sacrificare teste umane a Saturno. In seguito, Ercole convinse i Pelasgi a sostituire le vittime umane con pupazzi, ponendo fine a questo antico rituale di sacrificio umano. Le fonti antiche relative a Saturno sono raccolte in W.H.

completamente sovvertito; non solo gli schiavi erano trattati al pari dei padroni, ma addirittura si rovesciavano i ruoli e i padroni servivano a tavola i servi i quali potevano rispondere come uomini liberi ai loro signori³². Alla luce di ciò si spiega ancora di più il motivo per cui il processo per *incestum* veniva sospeso in occorrenza di questa particolare festività³³: in un contesto di inversione delle norme sociali e cosmiche, sarebbe infatti risultato inopportuno proseguire con le attività processuali.

4. L'evoluzione del processo d'*incestum*: dalla 'lex Peducaea' all'età imperiale

Per la maggior parte della repubblica il collegio pontificale fu senz'altro l'organo competente a giudicare l'*incestum* delle vestali. Tuttavia, l'introduzione della *quaestio de incestu ex lege Peducaea* del 113 a.C. segnò un cambiamento significativo. L'interrogativo principale, pertanto, riguarda se la *lex Peducaea* istituì una *quaestio* temporanea ispirata a una politica d'emergenza, oppure permanente. Plutarco ci informa che a quarant'anni dalla *quaestio Peduceae*, nel 73 a.C., si celebrò un processo contro due sacerdotesse accusate di incesto, che assunse i toni di un notevole scandalo politico. In tale vicenda, infatti, sarebbero state coinvolte due note personalità politiche: ossia Lucio Sergio Catilina e M. Licinio Crasso (celebre oratore e uomo politico, più tardi console e poi triumviro con Cesare e Pompeo), presunti amanti, rispettivamente, delle vestali Fabia e Licinia. Della vicenda di Catilina siamo informati da Orosio³⁴:

ROSCHER, *Ausführliches Lexikon der griechischen und römischen Mythologie*, Lipsia - Teubner, 1884 - 1937; C. THULIN, voce *Saturnus*, in *Real-Encyclopädie*, cit., 1894 ss.

32 La trasgressione e la licenza concesse durante i *Saturnalia* portano questa festività ad assomigliare molto al Carnevale. Sul rapporto tra i Saturnali e il Carnevale moderno cfr. innanzitutto J.G. FRAZER, *The Golden Bough*, London - New York, 1912, 306 ss. e P. TOSCHI, *Le origini del teatro italiano*, Torino, 1955, spec., 106 ss. e 166 ss. Il tema è anche stato trattato da G. BRUGNOLI, *Il Carnevale e i 'Saturnalia'*, in *Dire e fare Carnevale*, a cura di R. Ferretti, Montepulciano, 1984, 117 ss.; R. TAMASIA, *Saturno e il carnevale*, in *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Siena*, V, 1984, 363 ss. Cfr. anche G. SANGA, 'Personata libido', in *La ricerca folklorica*, a cura di I. Sordi, 1982, 6 e 21 ss. Una messa a punto critica del problema è stata fatta da G.B. BRONZINI, *L'arcaicità del Carnevale: un falso antropologico*, in *Il Carnevale: dalla tradizione arcaica alla tradizione colta del Rinascimento. Atti del XIII Convegno del Centro Studi sul Teatro Medioevale e Rinascimentale (Roma 31 maggio/4 giugno 1989)*, Roma, 1991, 69 ss.

33 I rituali dei *Saturnalia* di cui siamo a conoscenza risalgono al 217 a.C. (cfr. C. GUITTARD, *Recherches sur la nature de Saturne des origines à la réforme de 217 avant J.C.*, in *Recherches sur les religions de l'Italie antique*, Genève - Droz, 1976, 43 ss.). Quando la festa venne istituita, durava solo un giorno, periodo che venne prolungato a una settimana per volere popolare. Questo prolungamento si doveva probabilmente alla volontà di unire le festività dei *Saturnalia* e degli *Opalia* (dedicata a Ops), poiché la coppia formata da Saturno e Ops fu identificata con quella composta da Crono e Rea del pantheon greco. Durante l'età augustea i festeggiamenti vennero inizialmente limitati a tre giorni, ma poco dopo il numero passò a cinque. In età domiziana i *Saturnalia* tornarono a durare nuovamente sette giorni. Purtuttavia, solo i giorni in cui cadevano le festività religiose erano davvero *festi* (festivi), gli altri erano feriat. Sull'estensione dei giorni festivi dedicati alla celebrazione dei *Saturnalia* cfr. D. SABATUCCI, *La religione di Roma antica. Dal calendario festivo all'ordine cosmico*, Milano, 1988, 346; G. PUCCI, *Saturno: il lato oscuro*, in *Lares*, LVIII, 1992, 9 ss.

34 Cfr. anche la testimonianza di Sall. *Cat.* 15.1.35, dove si rimarca che Catilina si era macchiato di molte relazioni disonorevoli e sacrileghe, una di queste avrebbe coinvolto proprio la sacerdotessa Fabia:

Oros. *hist.* 6.3.1: *eodem anno apud Romam Catilina incesti accusatus, quod cum Fabia virgine vestali commisisse arguebatur, Catuli gratia fultus evasit.*

Catilina sarebbe stato accusato di aver corrotto la vestale Fabia, sorella di Terenzia, moglie di Cicerone, ma venne assolto grazie all'aiuto di Quinto Lutazio Catulo³⁵, una figura di grande influenza che aveva temporaneamente assunto le funzioni del pontefice massimo Quinto Cecilio Metello Pio, impegnato al momento della vicenda in una campagna militare in Spagna. La difesa della sacerdotessa, invece, fu assunta dall'oratore Marco Pupio Pisone, che proprio grazie a questo processo riuscì a recuperare la sua notorietà³⁶.

Ascon. *toga cand.* 82: *Fabia virgo Vestalis causam incesti dixerat, cum ei Catilina obiceretur, eratque absoluta*³⁷.

iam primum adolescens Catilina multa nefanda stupra fecerat, cum virgine nobili, cum sacerdote Vestae, alia huiusce modi contra ius fasque. Un'altra testimonianza perviene da Cicerone, il quale nella terza *Catilinaria*, ricorda come Publio Cornelio Lentulo definisse l'anno della congiura di Catilina (il 63 a.C.) «il decimo anno dopo l'assoluzione delle vergini»: Cic. *Cat.* 3.9: *eundemque dixisse fatalem hunc annum esse ad interitum huius urbis atque imperi qui esset annus decimus post virginum absolutionem, post Capitolii autem incensionem vicesimus.* Sebbene nel passo Cicerone non riferisca esplicitamente i nomi di coloro che furono coinvolti nello scandalo, data la non frequenza dei processi celebrati contro vestali incestuose, bisogna ritenere che si trattasse appunto dell'episodio che vide coinvolte le vestali Fabia e Licinia. Per questa ricostruzione cfr. in particolare M. RAVIZZA, *Catilina, Crasso e le vestali*, in *RDR*, VI, 2006, 1.

35 L'opinione prevalente fra gli storici tende ad attribuire l'iniziativa della persecuzione a Publio Clodio Pulcro, l'esponente della famiglia dei *Claudii* che qualche anno più tardi avrebbe costretto all'esilio Cicerone. Questa tesi sarebbe condivisa da E.S. GRUEN, *The Last Generation of the Roman Republic*, Berkeley - Los Angeles - London, 1995, 42 secondo il quale «the notorious Catiline had been one of the more successful executioners and profiteers in the Sullan proscriptions. Evidently the *Claudii*, who had reason to remember Sulla fondly, did not scruple to earn reputation by attacking Sullan adherents», e F. MÜNZER, 'Fabius', in *Real Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, XV, a cura di A. Pauly e G. Wissowa, Stuttgart, 1978, 1886; G. DE BENEDETTI, *L'esilio di Cicerone e la sua importanza storico-politica*, in *Historia. Studi storici per l'antichità classica*, III, 1921, 11 ss. *Contra*, M. RAVIZZA, *Pontefici e vestali*, cit., 209, a parere della quale «l'opinione che il processo contro Catilina sia stato intentato da Clodio non ha il benché minimo fondamento di prove».

36 Cfr. Cic. *Brut.* 236: *is cum satis florisset adolescens, minor haberi est coeptus postea; deinde ex virginum iudicio magnam laudem est adeptus et ex eo tempore quasi revocatus in cursum tenuit locum tam diu quam ferre potuit laborem; postea quantum detraxit ex studio tantum amisit ex gloria.*

37 Per il testo completo cfr. Ascon. *toga cand.* 82.5.10-15: *Fabia virgo vestalis causam incesti dixerat, cum ei Catilina obiceretur, eratque absoluta. Haec Fabia quia soror erat Terentiae Ciceronis, ideo sic dixit: 'etiam si culpa nulla subesset'. Ita et suis pepercit et nibilo levius inimico summi opprobrii turpitudinem obiecit. Cum deprehendebare in adulteriis, cum deprehendebas adulteros ipse, cum ex eodem stupro tibi et uxorem et filiam invenisti. Dicitur Catilina adulterium commisisse cum ea quae ei postea socrus fuit, et ex eo natam stupro duxisse uxorem, cum filia eius esset. Hoc Lucceius quoque Catilinae obiecit in orationibus quas in eum scripsit. Nomina harum mulierum nondum inveni.*

Quanto a Licinia – almeno stando alla ricostruzione di Plutarco³⁸ –, ella venne accusata di aver avuto una relazione illecita con Crasso. Il promotore dell'accusa, un certo Plozio, sostenne che la sacerdotessa si sarebbe unita più volte con l'uomo, il quale in realtà si era invaghito della vestale più per ragioni d'affare che di cuore. Entrambi, comunque, furono assolti, in quanto venne accertato che il ricco esponente della *nobilitas* aveva circondato di attenzioni Licinia non per intenti amorosi, ma per impossessarsi a tutti i costi di una bellissima villa di proprietà della vestale a cui teneva molto per ragioni speculative³⁹. Questo processo venne celebrato da *δικασταί*, un termine greco che non può significare *pontifices*, ma che chiaramente equivale al latino *iudices*⁴⁰. Inoltre, la presenza di *accusatores* e di avvocati difensori anche in questa circostanza suggerisce che le vestali Fabia e Licinia vennero giudicate da un tribunale laico e pertanto che la *lex Peducaea* fosse ancora in vigore nel 73 a.C.⁴¹ Durante il periodo imperiale, però, le fonti attestano che i casi d'*incestum* furono giudicati nuovamente dal *collegium pontificum*⁴² e dall'imperatore (che a partire da Augusto, ricopriva anche la carica di *pontifex maximus*). La domanda che sorge spontanea, dunque, è: quando venne ripristinata la competenza pontificale?⁴³ A mio avviso tale cambiamento deve essere fatto coincidere con la profonda riforma dell'apparato religioso romano attuata da Augusto a partire dal 12 a.C., quando il *princeps*, dopo la morte di Lepido⁴⁴, assunse finalmente la carica di

38 Cfr. Plut. *Crass.* 1.4-5: αἰτοὶ προῖων καθ' ἡλικίαν αἰτίαν ἔσχε Λικιννία συνίεσαι τῶν Ἑστιάδων μιᾷ παρθένων· καὶ δίκην ἔφυγεν ἢ Λικιννία Πλωτίου τινὸς διώκοντος. ἦν δὲ προάστειον αὐτῇ καλόν, ὃ βουλόμενος λαβεῖν ὀλίγης τιμῆς ὁ Κράσσος καὶ διὰ τοῦτο προσκείμενος αἰεὶ τῇ γυναικὶ καὶ θεραπεύων, εἰς τὴν ὑποψίαν ἐκείνην ἐνέπεσε· καὶ τρόπον τινὰ τῇ φιλοπλουτίᾳ τὴν αἰτίαν τῆς φθορᾶς ἀπολυσάμενος ὑπὸ τῶν δικαστῶν ἀφείθη. τὴν δὲ Λικιννίαν οὐκ ἀνῆκε πρότερον ἢ τοῦ κτήματος κρατῆσαι.

39 Le *accusationes* contro Crasso e contro Licinia furono strettamente collegate tra loro, e i processi cui diedero luogo fecero probabilmente parte dello stesso giudizio. Ciò sembrerebbe confermato dall'espressione *virginum iudicio*, di cui si trova traccia nel *De Brutus* di Cicerone e viene messo bene in evidenza da F. MÜNZER, *Römische Adelparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart, 1920, 97 secondo il quale «da Prozesse dieser Art nicht allzu häufig gewesen sein dürften, wird der Prozeß der Fabia und der Licinia, des Catilina und des Crassus nur ein einziger gewesen sein, natürlich mit starkem politischen Beigeschmack».

40 Cfr. Plut. *Crass.* 1.2. Sottolinea il dettaglio M. RAVIZZA, *Pontefici e vestali*, cit., 212 e M.J. JOHNSON, *The Pontifical Law of the Roman Republic*, New - Jersey, 2007, 276.

41 M. RAVIZZA, *Pontefici e vestali*, cit., 213 ritiene che il deferimento a una corte laica di un altro caso di *incestum virginum Vestalium* segnalasse una continuazione della stessa strada intrapresa nel 113 con la *quaestio Peducaea*. Questo percorso era connesso ai tentativi contemporanei di infrangere il monopolio esercitato dalla *nobilitas* sulla religione. L'attribuzione di una causa *de incestu* a un tribunale laico segnava pertanto il declino della giurisprudenza pontificale a favore degli organi giudiziari.

42 Infatti, i processi dell'83 e dell'89 d.C. furono celebrati dinanzi al collegio dei pontefici, convocato da Domiziano in qualità di *pontifex maximus*, cfr. Suet. *Dom.* 8.4-5.

43 M.J. JOHNSON, *The pontifical Law*, cit., 236 sostiene che «we may conclude that the *Lex Peducaea* was meant to take *incestus* trials permanently out of the hands of the pontifical college, but that sometime after 73 it was either rescinded or ignored, for under the Empire these trials seem to have been back in the hands of the pontifical colleges».

44 Augusto non poté (o non volle) assumere il pontificato massimo finché il posto fu lasciato libero da M. Emilio Lepido (Aug. *res gest.* 10.2) e, dunque, attese questo momento per dare inizio ai suoi più significativi

pontifex maximus. Avvenuta il 6 marzo durante i *comitia*⁴⁵, nelle sue *Res Gestae* Ottaviano insiste sul fondamento costituzionale della sua nomina, tant'è che «per eleggerlo, da tutta l'Italia, era confluiva una moltitudine così grande quanto mai si tramanda ci fosse stata a Roma prima di quel tempo»⁴⁶. Tuttavia, secondo un approccio ampiamente condiviso «Augusto si è impegnato a presentarsi nelle *Res Gestae* non come il fondatore di una monarchia, ma come il restauratore della repubblica»⁴⁷. L'acquisizione del pontificato massimo da parte di Augusto nel 12 a.C., come ha ribadito recentemente John Scheid – e come fu già osservato da Theodor Mommsen e da Ettore Pais⁴⁸ –, segna un momento importante nell'organizzazione costituzionale romana, in quanto pone fine «à la séparation radicale du pouvoir religieux et du pouvoir civil dès le moment où le magistrat suprême retrouve la plénitude du pouvoir royal»⁴⁹. Gli antichi sacerdoti vennero sottoposti al controllo imperiale e la percezione del pontificato massimo fu radicalmente trasformata⁵⁰. Non solo, il *princeps* gradualmente accumulò più funzioni sacerdotali; nella sua lunga carriera Augusto divenne progressivamente *pontifex maximus*, *augur*, *quindecimvir* e *septemvir*, oltre che *frater arvalis* e *sodalis titius* (una pratica impensabile nell'età repubblicana)⁵¹. È difficile valutare appieno le implicazioni di siffatti mutamenti, i quali furono parte di un più ampio progetto di recupero e adattamento

interventi in ambito pontificale: su questo punto, A. FRASCETTI, *Roma e il principe*, cit., 331 ss., e soprattutto J. SCHEID, *Auguste et le grand pontificat. Politique et droit sacré au début du Principat*, in RHD, LVII, 1999, 1 ss.

45 Sui *comitia* per l'elezione del *pontifex maximus* cfr. G.J. SZEMLER, voce 'Pontifex', in RE, XV, 1978, 348 ss.; L.R. TAYLOR, *The Election of the 'Pontifex Maximus' in the Late Republic*, in *Classical Philology*, XXXVII, 1942, 421 ss.; J. BLEICKEN, *Oberpontif ex und Pontifikalkollegium. Eine Studie zur römischen Sakralverfassung*, in *Hermes*, LXXXV, 1957, 357; A. FRASCETTI, 'Cognata numina'. *Culti della città e culti della famiglia del principe in epoca augustea*, in *Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine. Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986*, Paris, 1990, 86 ss.

46 A. FRASCETTI, 'Cognata numina', cit., 86.

47 S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, II, Bari, 1966, 264.

48 T. MOMMSEN, *Res gestae divi Augusti*, Berlin, 1883, 9 ss.; E. PAIS, *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, Roma, 1915, 273 ss.

49 J. SCHEID, *Le Prêtre et le magistrat. Réflexions sur les sacerdoxes et le droit public à la fin de la République*, in *Des ordres à Rome*, a cura di C. Nicolet, Paris, 1984, 279.

50 In argomento cfr. G. WISSOWA, *Kultus und Religion*, cit., 73 ss. Maggiori dettagli in H. LEWIS, *The Official Priests of Rome under the Julio - Claudians (Pap. and Monogr. Am. Ac. Rome, XVI)*, Rome, 1955, 7 ss. e 11 ss.; J. SCHEID, *Les prêtres officiels sous les empereurs julio-claudiens*, in ANRW, II, 16.1, 1978, 610 ss.

51 A parte il significativo caso di Cesare che era stato *pontifex maximus* e *augur*, l'accumulo dei sacerdoti maggiori risulta molto raro durante la repubblica. Le fonti sono raccolte in G.J. SZEMLER, *The Dual Priests of the Republic*, in *Rheinisches Museum Für Philologie*, CXII, 1974, 73 ss., secondo cui l'accumulo fu evitato dagli inizi del II secolo a.C. senza essere proibito formalmente. *Contra* J. SCHEID, *La religion*, cit., 119, il quale crede all'introduzione di un vero e proprio limite legale. Ad ogni modo, appare sicura una legge che vietò a due persone della stessa *gens* di far parte contemporaneamente dello stesso collegio sacerdotale, come informa Dio Cass. 39.17.1: su cui J.A. NORTH, *Family Strategy and Priesthood in the Late Republic*, in *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité Romaine*, Roma, 1990, 527 ss.; A. DRUMMOND, *The Ban on Gentiles Holding the Same Priesthood and Sulla's Augurate*, in *Historia*, LVII, 2008, 367 ss. Sulle coeve restrizioni per l'esercizio delle magistrature cfr. A.E. ASTIN, *The 'lex Annalis' before Sulla*, Bruxelles, 1958, 5 ss., e 27 ss.

delle istituzioni religiose romane, già avviato da Cesare⁵². Ma, è certo che la valorizzazione della pratica religiosa ebbe un ruolo importante nel recupero – e adattamento – della tradizione che vedeva il *collegium pontificum* come organo competente a giudicare l'*incestum* delle sacerdotesse. Questa tradizione a ben vedere venne solamente 'eclissata' con i processi del 113 e del 73 a.C. che, secondo la mia lettura, vanno interpretati come delle mere eccezioni al sistema tradizionale. Lo confermerebbe anche lo stesso Cicerone, il quale – pur avendo, nel corso della sua vita, assistito solamente ai processi del 113 e 73 a.C., in cui le sacerdotesse furono processate da un tribunale laico – afferma che *incestum pontifices supremo supplicio sanciu[n]to*⁵³, confermando pertanto che la competenza pontificale era la prassi consueta. Alla luce di queste osservazioni, possiamo concludere che la *lex Peducaea* non istituì una *quaestio* perpetua, bensì temporanea.

5. La collegialità della decisione e la sentenza.

Per quanto riguarda il modo in cui il *collegium pontificum* giungeva al verdetto, è possibile che – vista la collegialità dell'organo giudicante – ogni membro possedesse un voto di pari peso. Questa teoria, avanzata per la prima volta da Justus Lipsius⁵⁴, venne vigorosamente respinta da Joachim Marquardt, poiché implicava che il *pontifex maximus* potesse essere messo in minoranza: conclusione per lo studioso inaccettabile. Secondo Marquardt, il collegio sarebbe stato regolarmente consultato, ma i sacerdoti fungevano da *consilium* del pontefice massimo, che pertanto era l'unico responsabile della sentenza e l'unico autorizzato a eseguire la punizione contro la vestale e il suo seduttore⁵⁵.

52 A ciò farebbe riferimento Suet. *Aug.* 31.4. quando ricorda che il principe: *nonnulla etiam ex antiquis caerimonis paulatim abolita restituit, ut Salutis augurium, Diale flamonium, sacrum Lupercale, ludos Saeculares et Compitalicios.*

53 Cic. *leg.* 2.21.

54 J. LIPSIVS, 'De Vesta et Vestalibus syntagma', in *Thesaurus Antiquitatum Romanarum*, 1696, 619 ss.

55 J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, a cura di G. Wissowa, III, Leipzig, 1885, 315 ss.: «das Collegium regelmässig zugezogen wird. Dass indessen das Collegium als solches nach Stimmenmehrheit richterlich entschieden und dabei auch wohl vorkommenden Falles den *Pontifex Max.* überstimmt habe, wie dies bei einem Gutachten über ein Votum, also in einem ganz disparaten Falle, einmal vorkommt, ist weder erweislich noch aus dem Verhältnisse, in welchem die Vestalinnen zum *Pontifex Max.* stehen, erklärbar. Vielmehr waren die *Pontifices* bei dem Process nur das Consilium des richtenden *Pontifex Max.*, der für seinen Spruch allein verantwortlich und die Strafe zugleich an dem Verführer zu vollziehen berechtigt war». Cfr. anche T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 54 ss. secondo il quale: «auf die Frage, ob der Oberpontifex genöthigt war das Collegium bei diesen Prozessen zuzuziehen, wird dieselbe Antwort zu geben sein wie für die gleichen Gerichte des Vaters und des Ehegatten. Gesetzlich vorgeschrieben war die Zuziehung nicht und in geringeren Sachen nicht üblich; aber in schweren Fällen galt das Verfahren ohne *Consilium*, wahrscheinlich auch das Urtheilssprechen gegen die Majorität des *Consilium* als *durum et iniquum*. L'a., dunque, sosteneva che ogni membro del collegio votava, ma il *pontifex maximus* poteva anche ignorare il voto della maggioranza e persino condannare una vestale senza convocare il collegio per ascoltare il suo caso. A sostegno della sua tesi l'autorevole studioso tedesco citava il seguente passo di Cicerone: Cic. *bar. resp.* 13: *religionis explanatio vel ab uno pontifice perito recte fieri potest, quod idem in iudicio capitibus durum atque iniquum est.* Le parole *durum et iniquum*, si riferirebbero al giudizio del *pontifex maximus*, che

Personalmente, ritengo che questa sia l'interpretazione più ragionevole. Il pontefice massimo rappresentava la massima autorità religiosa, ed era a lui che spettava la direzione in campo sacrale e il controllo supremo su tutti i sacerdoti. A sostegno di questa tesi può essere utile richiamare l'attenzione sulla testimonianza di Asconio relativa al processo del 113 a.C.:

Asc. Mil. 40: *Peducaeus tribunus plebis criminatus est L. Metellum pontificem max. totumque collegium pontificum male iudicasse de incesto uirginum Vestalium.*

Lo storico patavino, nel mettere in evidenza che sia il pontefice massimo che il collegio avevano emesso giudizi errati, sembra trattare il *pontifex maximus* come una figura distinta e separata rispetto al resto del *collegium pontificum*. Infatti, considerando che il pontefice massimo era un membro del collegio pontificio, le parole *totumque collegium pontificum male iudicasse* sarebbero state sufficienti per criticare la sentenza finale che assolveva le sacerdotesse Licinia e Marcia e condannava la sola Emilia. La formulazione del passo, pertanto, sembra suggerire che il *pontifex maximus* e il collegio ricoprivano ruoli distinti. Anche se le fonti non sono chiare sull'attribuzione di questi ruoli è lecito supporre che entrambi – collegio e pontefice massimo – erano responsabili della sentenza definitiva, ma il *pontifex maximus* sovrintendeva il processo e gestiva il procedimento, mentre l'intero collegio esprimeva il suo giudizio. In altre parole, il *collegium* avrebbe funto da *consilium*, mentre il *pontifex maximus* svolgeva il ruolo di giudice. Infine, sebbene le fonti non riportino testimonianze esplicite sul modo in cui i membri del *collegium* esprimevano il loro parere è verosimile che essi rispettassero lo stesso ordine mantenuto dal collegio degli auguri: il più anziano parlava per primo e il più giovane per ultimo⁵⁶, lasciando infine la parola al *pontifex maximus*, il quale, prese in considerazione tutte le posizioni, emanava la sentenza.

6. La pena inflitta alle vestali incestuose.

Dopo essere stata condannata, la vestale andava incontro a un triste destino. Dapprima, all'interno delle mura cittadine, presso la porta collina, veniva predisposta una stanza sotterranea⁵⁷ con un letto, delle coperte, una lampada accesa e una piccola provvista di beni di prima necessità, quali pane, un vaso di acqua, latte e olio.

emetteva una sentenza capitale senza osservare il parere espresso dal *collegium*. Tuttavia, questo passaggio non può essere utilizzato come prova che il *pontifex maximus* poteva evitare di convocare i suoi colleghi per processare una vestale, o che potesse condannarla nonostante il loro voto collettivo di assoluzione. Al massimo, implica che il *pontifex maximus* potesse giudicare da solo il processo per incesto, ma ciò sarebbe stato *durum et iniquum*.

⁵⁶ Cic. Cat. 64: *multa in vestro collegio praeclara, sed hoc de quo agimus in primis, quod ut quisque aetate antecedit, ita sententiae principatum tenet, neque solum honore antecedentibus, sed iis etiam qui cum imperio sunt, maiores natu augures anteponuntur.*

⁵⁷ Liv. 8.15.7-8; e Fest. voce '*sceleratus campus*' (Lindsay 494).

I sacerdoti ponevano la condannata su una lettiga, legandola con delle cinghie, comprendole tutto il corpo con un velo in modo che non si potesse udire la sua voce e partiva così una lugubre processione verso il luogo del supplizio, con parenti e amici che seguivano il corteo in silenzio, costernati dal dolore. Giunti al *campus sceleratus*⁵⁸, il pontefice massimo alzava le braccia al cielo e recitava preghiere dalle parole misteriose. Gli inservienti slegavano la condannata e la facevano smontare dalla lettiga. Tramite una scala, la sacerdotessa veniva condotta nel *cubiculum* sotterraneo, dopodiché la scala veniva rimossa e la stanza sigillata. I soli autori antichi che abbiano trasmesso con cura di dettaglio questa pena sono Dionigi d'Alicarnasso⁵⁹ e Plutarco⁶⁰. Le loro testimonianze sono piuttosto simili, sebbene la narrazione di Plutarco sia più ricca di particolari. Entrambi gli autori riferiscono che la sanzione comminata alla vestale *incesta* consistesse nell'interramento all'interno di una cella sotterranea nei pressi della porta collina. Tuttavia, il solo Dionigi stabilisce esplicitamente un legame tra questa sanzione e l'intenzionalità a causare la morte. Plutarco, invece, non accenna neppure minimamente all'uccisione della colpevole, ma riporta solamente che la vestale *incesta* veniva sepolta viva all'interno di una stanza sotterranea dotata di beni di prima necessità. L'esame di queste testimonianze rende «affatto possibile che ad un Dionisio, che più di Plutarco

58 Serv. *Aen.* 11.206: *finitimos tollunt in agros urbique remittent. Memi nit antiquae consuetudinis. Nam ante eriam in civitate homines sepeliebantur. Quod postea, Duillio constile, senatus prohibuit es lege cavi, ne gris in urbe sepelirebur. unde imperatores et virgines Vestae, quia Legibus non tenentur, in civitate habent sepulchra. denique etiam nocentes virgines Vestae licet vivae, tamen intra urbem, in campo Scelerato obruebantur*, e Fest. voce '*sceleratus campus*' (Lindsay 494): *sceleratus campus appellatur prope portam Collinam, in quo virgines Vestales, quae incestum fecerunt, defossae sunt vivae*. I. SANTINELLI, *Alcune questioni riguardanti le vestali*, in *Rivista di Filologia e d'istruzione classica*, XXXIII, 1905, 476 ss., L'autrice si interroga sul significato effettivo del termine *urbs* nell'opera di Servio, l'unico autore che fa riferimento al luogo di sepoltura delle vestali. Dato che Servio visse tra la fine del IV secolo e l'inizio del V secolo, è possibile che con il termine *urbs* si riferisse alla città augustea, cioè una città espansa che comprendeva non solo il *pomerium* ma anche il Campo Marzio. In modo simile a quest'ultimo, che aveva dato sepoltura a personaggi illustri, potrebbe essere stato il luogo di sepoltura anche per le vestali. Un'imprecisione, forse, quella di Servio, ma non tale da togliere valore alla sua testimonianza, comunque preziosa.

59 Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.67.4: ζῶσαι γὰρ ἔτι πομπέουσιν ἐπὶ κλίνης φερόμεναι τὴν ἀποδεδειγμένην τοῖς νεκροῖς ἐκφορὰν, ἀνακλαιομένων αὐτὰς καὶ προπεμπόντων φίλων τε καὶ συγγενῶν, κοιμισθεῖσαι δὲ μέχρι τῆς Κολλίνης πύλης, ἐντὸς τείχους εἰς σῆκὸν ὑπὸ γῆς κατεσκευασμένον ἅμα τοῖς ἐνταφίοις κόσμοις τίθενται καὶ οὐτ' ἐπιστήματος οὐτ' ἐναγισμῶν οὐτ' ἄλλου τῶν νομίμων οὐδενὸς τυγχάνουσι.

60 Plut. *Numa* 10.8-13: ἡ δὲ τὴν παρθενίαν κατασχύνασα ζῶσα κατορύττεται παρὰ τὴν Κολλίην λεγομένην πύλην· ἐν ἧ τις ἔστιν ἐντὸς τῆς πόλεως ὄφρως γεώδης παρατείνουσα πόρρω· 10. καλεῖται δὲ χῶμα διαλέκτῳ τῇ Λατίνων. 9. ἐνταῦθα κατασκευάζεται κατὰ γείους οἶκος οὐ μέγας, ἔχων ἀνωθεν κατάβασιν. κείται δὲ ἐν αὐτῷ κλίνη τε ὑπεστρωμένη καὶ λύχνος καιόμενος, ἀπαρχαί τε τῶν πρὸς τὸ ζῆν ἀναγκαίων βραχεῖαι τινες, ὅσον ἄρτος, ὕδωρ ἐν ἀγγείῳ, γάλα, ἔλαιον, ὥσπερ ἀφοσιουμένων τὸ μὴ λιμῷ διαφθεῖρην σώμα ταῖς βμερίσταις καθιερωμένον ἀγιστείαις. 10. αὐτὴν δὲ τὴν κολαζομένην εἰς φορεῖον ἐνθέμενοι καὶ καταστεγάσαντες ἔξωθεν καὶ καταλαβόντες ἱμάσιν, ὡς μηδὲ φωνὴν ἐξάκουστον γενέσθαι, κομίζουσι δι' ἀγορᾶς. 11. ἐξίστανται δὲ πάντες σιωπῇ καὶ παραπέμπουσι ἀφθογοὶ μετὰ τινος δεινῆς κατηγορίας· οὐδὲ ἐστὶν ἕτερον θέαμα φρικτότερον, οὐδ' ἡμέραν ἢ πόλιν ἄλλην ἀγὲι στυγνοτέραν ἐκείνης. 12. θῆναι δὲ πρὸς τὸν τόπον κοιμισθὴ τὸ φορεῖον, οἱ μὲν ὑπηρεταὶ τοὺς δεσμούς ἐξέλυσαν, ὁ δὲ τῶν ἱερέων ἑξαρχος εὐχὰς τινὰς ἀπορρήτους ποιησάμενος καὶ χεῖρας ἀνατείνας θεοῖς πρὸ τῆς ἀνάγκης, ἐξάγει συγκεκαλυμμένην καὶ καθίστησιν ἐπὶ κλίμακος εἰς τὸ οἶκῳ κάτω φεροῦσης. 13. εἶτα αὐτὸς μὲν ἀποτρέπεται μετὰ τῶν ἄλλων ἱερέων· τῆς δὲ καταβάσης ἡ τε κλίμαξ ἀναίρεται καὶ κατακρύπτεται τὸ οἶκῳ γῆς πολλῆς ἀνωθεν ἐπιφορουμένης, ὥστε ἰσόπεδον τῷ λοιπῷ χῶματι γενέσθαι τὸν τόπον. οὕτω μὲν αἱ προέμεναι τὴν ἱεράν παρθενίαν κολάζονται.

amava razionalizzare, la punizione della vestale fosse sembrata una effettiva condanna a morte; gli diventa quindi facile assimilare la pena della vestale *incesta* ad una reale messa a morte e descriverla in tal senso: sembra perciò che Dionisio consideri come condanna ciò che in realtà è soltanto una conseguenza della condanna stessa e non sappiamo quanto poi questa conseguenza fosse voluta al momento della punizione»⁶¹. Noi, infatti, dovremmo anzitutto riflettere sulla distinzione fra pena ed eventuali conseguenze di quest'ultima: nel caso della vestale la pena consisteva nel confinamento all'interno di una stanza sotterranea – e su questo le fonti sono concordi – il fatto, poi, che ciò comportasse la successiva morte della donna è del tutto irrilevante ai fini della sanzione stessa, poiché la morte andrebbe considerata come una conseguenza della pena, ma non parte della stessa. Ciò premesso, e focalizzando l'attenzione sul carattere della sanzione, potremmo in realtà concludere che il castigo cui andava incontro la vestale impudica consisteva in una peculiare forma di isolamento, e non in un supplizio capitale. La questione non è irrilevante, poiché propendere per l'una o l'altra soluzione, condanna a morte oppure isolamento, incide in modo rilevante sul significato da attribuire all'interramento. Vi è un dettaglio nella narrazione di Dionigi che attira in modo particolare l'attenzione: l'antiquario greco – al di là della descrizione razionalistica della pena (che lo porta a credere che la sacerdotessa veniva condannata a morte) – nota quasi con stupore che alla vestale non venivano tributati gli onori funebri⁶². Tale stupore deve verosimilmente attribuirsi alla diffusa credenza per la quale solo il compimento rituale degli *insta* consentiva al deceduto di accedere al mondo dei morti ed acquisire il suo nuovo *status* nell'aldilà. L'esecuzione degli onori funebri era condizione indispensabile perché il morto venisse ritualmente escluso dal mondo dei vivi; senza tali onori il deceduto rimaneva in una sorta di limbo: non apparteneva del tutto al mondo dei vivi, ma al contempo era privato della possibilità di raggiungere il suo nuovo *status* nell'oltretomba⁶³, e questa concezione valeva sia per la cultura greca⁶⁴

61 M. SALVADORE, *La vestale 'incesta'*, cit., 550.

62 Dion. Hal. *Ant. Rom.* 4: ἐπιστήματος οὐτ' ἐναγισμῶν οὐτ'.

63 A Roma la transizione dalla vita alla morte era soggetta a un controllo rituale, che avveniva attraverso il complesso cerimoniale del funerale. Questo rito di passaggio segnava la separazione definitiva del defunto dal mondo dei vivi e il suo ingresso solenne nel regno dei morti. La morte fisica, infatti, rappresentava l'inizio di una fase transitoria, la cui conclusione avveniva solo al termine di tutti i rituali funerari prescritti. Sul funerale come rito di passaggio cfr. C. AMPOLO, *Il lusso funerario e la città antica*, in *Annali dell'Istituto Universitario Orientale di Napoli. Sezione di Archeologia e Storia antica*, VI, 1984, 71 ss.; J. MAURIN, *'Funus' et rites de separation*, in *Annali*, cit., 191, ss.; J. SCHEID, *'Contraria facere': renversements et déplacements dans les rites funéraires*, in *Annali*, cit., 117 ss.; F. HINARD, *La Mort, les morts, et l'au delà dans le monde romain*, Caen, 1987, 245; ID., *Quando fare è credere. I riti sacrificali dei Romani*, Bari, 2011, 140 ss.; I. MORRIS, *Death-Ritual and Social Structure*, in *Classical Antiquity*, Cambridge, 1992, 264 ss.; V.M. HOPE - E. MARSHALL, *Death and disease in the Ancient City*, London, 2000, 128 ss.

64 Cfr. ad esempio *Iliad.* 70: εὐδεις, ἀτὰρ ἐμείοι λελασμένος ἔπλευ, Ἀχιλλεύ. οὐ μὲν μευ ζώντος ἀκήδεις, ἀλλὰ ἀνόητος-θάπτε με ὅτι τάχιστα, πύλας Αἴδαο περήσω. τῆλέ με εἶργουσι ψυχαί, εἶδωλα καμόντων, οὐδέ με πω μίσησθαι ὑπὲρ ποταμοῖο ἑώσιν. Patroclo compare nel sogno ad Achille, implorandolo di provvedere alla sua sepoltura affinché egli possa raggiungere l'Ade. La richiesta specifica di Patroclo sottintende la credenza greca per la quale il momento preciso della morte si dilata in uno spazio temporale indefinito, che si conclude appunto solo quando l'anima del defunto ha raggiunto la sua dimensione nell'Aldilà. La morte

che per quella romana⁶⁵. In questo scenario, considerato che nella fattispecie mancavano gli onori funebri – poiché se è vero che al morto venivano tributati, nel caso della vestale questi erano negati – si potrebbe credere che mancassero gli *iusta* perché appunto mancava il morto; o meglio, gli onori funebri non vi erano perché la vestale non veniva messa a morte⁶⁶. In tal senso, prende rilievo l'osservazione di Plutarco, il

si presenta pertanto come una fase transitoria durante la quale vanno compiute le formalità necessarie per consentire al deceduto di occupare il suo posto definitivo nel mondo degli inferi e ai sopravvissuti di liberarsi dalla contaminazione provocata dalla morte stessa. Questo processo è regolato da un rituale preciso da eseguire minuziosamente al fine di evitare che si creino motivi di insoddisfazione per il morto. Infatti, se il defunto non occupa il suo posto negli inferi, rimarrà sospeso indefinitamente in una sorta di condizione intermedia, tra il mondo dei vivi e quello dei morti, senza appartenere realmente a nessuno dei due. Solo dopo aver ricevuto gli onori funebri il deceduto può trovare pace e soddisfazione. È questo dunque il significato della richiesta di Patroclo. Sul tema cfr. J. DAVIES, *Death, Burial and Rebirth in the Religions of Antiquity*, London, 2013, 127 ss.

65 Solo in alcuni casi a Roma si escludeva il morto dagli *iusta*; è il caso di chi si fosse suicidato ricordato da Ulp. 6 ad ed. D. 3.2.11.3: *non solent ... ugeri, ut Neratius ait, hostes vel perduellionis damnati nec suspendiosi nec qui manus sibi intulerunt non taedio vitae, sed mala conscientia*. Il giurista ricorda la consuetudine, riportata da Nerazio, in base alla quale non si sarebbe osservato il lutto nel caso di impiccati, al pari che per gli *hostes*, i *perduelles* o per quei suicidi che si toglievano la vita *mala conscientia*. Sul passo cfr. in particolare V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 71 ss. Sui rapporti fra la concezione di Nerazio e le visioni aristocratiche del suicidio, cfr. G. CAMODECA, *La carriera del giurista L. Neratius Priscus*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche*, LXXXVII, 1976, 35 ss., che richiama il caso del suicidio di Corellio Rufo (Plin. ep. 1.12), il quale probabilmente era un parente di Nerazio; F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d. C.: il senso del passato*, in *ANRW*, II.15, 1976, 147 ss. Sul suicidio per vendetta cfr. Y. GRISÉ, *Le suicide dans la Rome antique*, Paris, 1982, 32 ss. e 132 ss.; L. VOISIN, *Pendus, crucifiés, oscilla dans la Rome païenne*, in *Latomus*, XXXVIII, 1979, 431 ss. L'interdizione alla sepoltura per chi si fosse tolto la vita con l'impiccagione viene ricondotta a una norma di origine pontificale in Serv. Aen. 12.603: *alii dicunt, quod Amata inedia se interemerit. sane sciendum quia cautum fuerat in pontificalibus libris; ut qui laqueo vitam finisset, insepultus abiceretur: unde bene ait 'informis leti', quasi mortis infamissimae. ergo cum nihil sit hac morte deformius, poetam etiam pro reginae dignitate dixisse accipiamus. Cassius autem Hemina ait, Tarquinius Superbum, cum cloacas populum facere cogisset, et ob hanc iniuriam multi se suspendio necarent, iussis se corpora eorum cruci affigi. tunc primum turpe habitum est mortem sibi consciscere. et Varro ait, suspendiosis, quibus iusta fieri ius non sit, suspensis oscillis, veluti per imitationem mortis parentari. docet ergo Vergilius secundum Varronem et Cassium, quia se laqueo induerat, leto perisse informi*. Cfr. inoltre anche Serv. Aen. 12.395: *apud veteres consuetudo erat ut desperati ante ianuas suas collocarentur, vel ut extremum spiritum redderent terrae, vel ut possent a transeuntibus forte curari, qui aliquando simili laboraverant morbo*, dove Servio spiega per quale motivo gli impiccati non potessero ricevere gli *iusta*: ossia perché erano morti non a contatto con la terra. Sul tema cfr. anche E.M. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts maléfaisants ('Larvae', 'Lémures') d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, in *Journal des savants*, 1925, 62 ss.

66 Intanto è possibile rendere gli onori funebri al cadavere, in quanto il cadavere sia presente; in caso diverso, né si riconosce la contaminazione da cui si è colpiti né si può celebrare il *funus*. Infatti, G. DUMEZIL, *La religione romana*, cit., 320 sottolinea che «il morto, per quanto amato e ammirato egli fosse, è innanzitutto la fonte della peggiore impurità. Di ciò è prova il duplice significato di una parola come *funestus*: la *familia funesta* è non soltanto in lutto, infelice, ma anche impura, contaminata e contagiosa, finché non abbia recuperato la condizione di *familia pura*». Talvolta, per subire la contaminazione è sufficiente venire a conoscenza dell'evento luttuoso, altre volte è necessario vedere il morto; ad esempio Serv. Aen. 3. 64, afferma esplicitamente che Enea fu *funestato* dalla morte di Palinuro, non perché lo avesse visto, ma perché ne aveva avuto notizia: *funestatus fuerat morte Palinuri, non quod eum viderat, sed quod funus*

quale descrivendo il modo d'esecuzione della pena e dettagliando accuratamente tutti gli oggetti che venivano predisposti nella stanza sotterranea destinata ad accogliere la sacerdotessa (ossia un lettuccio con delle coperte, una lampada accesa e una piccola provvista di beni di prima necessità, quali pane, un vaso d'acqua, latte e olio), commenta la lista sottolineando che sembra «quasi come se i Romani volessero sottrarsi alla responsabilità di far morire di fame una persona consacrata con i riti più solenni»⁶⁷. Parole significative, queste, che evidenziano come il fine perseguito dall'interramento evidentemente non fosse la messa a morte. Qualora la società avesse realmente voluto uccidere la sacerdotessa, infatti, si sarebbe potuta limitare a seppellire la donna in una fossa, come aveva fatto con la coppia di Galli e Greci nel 228, 216 e 113 a.C.⁶⁸ La vestale, invece, non solo veniva 'confinata' in un ambiente sotterraneo, ma quest'ultimo veniva anche accuratamente predisposto e dotato di quanto più indispensabile occorresse alla vita. Determinante sotto questo profilo risulta ulteriormente un passo tratto

agnoverat, id est doluerat, ... nam ipsa impiant quae agnoscimus. Invece da Liv. 2.8.7, sappiamo che per il riconoscimento del lutto, e dunque della 'contaminazione' occorreva la reale vista del cadavere: quando Orazio Pulvillo si apprestò a consacrare il tempio di Giove Capitolino, ebbe notizia della morte del proprio figlio. Evidentemente, in quanto *funestatus*, il console non avrebbe potuto procedere alla consacrazione del tempio (*funesta... familia dedicare eum templum non posse*); egli, tuttavia, proseguì *nihil aliud ad eum nuntium a proposito aversus, quam ut cadaver efferrì inberet* (2.8.8), poiché avrebbe riconosciuto il proprio stato di contaminazione soltanto una volta che il cadavere gli fosse stato mostrato. Entrambi i casi comunque sono a mio giudizio molto significativi per quanto si diceva nel testo a proposito della vestale *incesta*: la sua colpa è riconosciuta ed è condannata, ma non a morte, e quindi non ci sarà mai la prova che sia effettivamente morta né anche solo la notizia di un avvenuto decesso in quanto segregata in una cella sotterranea che non sarà mai violata. E questo indipendentemente dalla consapevolezza generalizzata che le donne condannate a tale pena sarebbero morte comunque, anche se non per mano della città.

67 Plut. *Numa* 10.9.

68 Le fonti attestano che nel 228 (Plut. *Marc.* 3.4), nel 216 (Liv. 22.57.6) e nel 113 a. C. (Plut. *quaest. rom.* 284) una coppia di Galli e una coppia di Greci furono sepolti vivi nel Foro Boario, una pratica apparentemente estranea al sistema religioso romano. W. WARDE FOWLER, *The Religious experience of Roman People*, London, 1911, 320 ritiene che a questi sacrifici si sarebbe fatto ricorso in anni in cui Roma correva gravissimi pericoli bellici e, pertanto, in questo contesto le vittime avrebbero funto da *Kriegsopfer*. Tuttavia, secondo E. CANTARELLA, *Supplizi capitali*, cit., 255; C. CICHORIUS, *Römische Studien: Historisches Epigraphisches. Literargeschichtliches aus vier Jahrhunderten Roms*, Leipzig, 15; M. RAVIZZA, *Pontefici e vestali*, cit., 146 vi sarebbe uno stretto collegamento fra questa forma di 'sacrificio umano' e l'*incestum* delle sacerdotesse: rispettivamente, nel 228 quello di Tuccia, nel 216 quello di Opimia e Floronia e nel 113 quello di Emilia Licinia e Marcia. Siffatto rapporto, in effetti, si evince chiaramente – quantomeno per il 216 e il 113 a.C. – anche dalla lettura delle fonti, dove il rito fu prescritto dai libri Sibillini per ristabilire la *pax deorum*. Livio, infatti, attesta che nel 216 a.C. il sacrificio umano fu ordinato dai libri Sibillini (che disposero anche l'invio di Quinto Fabio Pittore a Delfi), sottolineando inoltre l'eccezionalità del rito: *interim ex fatalibus libris sacrificia aliquot extraordinaria facta, inter quae Gallus et Galla Graecus et Graeca in foro bovario sub terram vivi demissi sunt in locum saxo consaeptum, iam ante hostiis humanis, minime Romano sacro, imbutum*. Il rituale della sepoltura in questo caso aveva come fine l'espiazione del terribile *nefas* commesso dalle sacerdotesse Opimia e Floronia, ritenuto la causa dalla disastrosa sconfitta militare a Canne. Similmente, nel 113 a.C. Plut. *Marc.* 3.4 attesta che la condanna delle sacerdotesse Emilia, Licinia e Marcia, portò alla consultazione dei libri Sibillini, i quali disposero nuovamente il sacrificio umano di una coppia di Galli e una coppia di Greci, un atto che il biografo di Cheronea descrivere come barbaro.

dalle *quaestiones romanae*⁶⁹, dove Plutarco si domanda perché non fosse prevista alcuna ‘punizione’ per la sacerdotessa che avesse commesso incesto se non il seppellimento da viva. Le risposte che egli fornisce all’interrogativo sono diverse: o perché presso i Romani l’usanza più comune era la cremazione e non sembrava opportuno utilizzare il fuoco per punire una donna che non aveva saputo custodire il fuoco sacro con purezza; oppure perché i Romani ritenevano che fosse contrario all’ordine divino annientare un corpo che era stato consacrato con le più grandi cerimonie lustrali, o ancora perché forse non volevano alzare le mani su una donna sacra; riflessioni preziose che rendono evidente che i Romani non volevano macchiarsi dell’uccisione della sacerdotessa.

Al massimo, si potrebbe riconoscere un’aspettativa alla morte da parte della comunità, con la consapevolezza, però, che nessuno avrebbe mai saputo se la donna sarebbe deceduta o meno; ma da un punto di vista formale la *civitas* non voleva partecipava attivamente alla sua uccisione. Pertanto, contrariamente all’opinione comune in dottrina che interpreta la punizione inflitta alla vestale incestuosa come un supplizio capitale⁷⁰, le fonti esaminate smentiscono questa tesi e orientano in una prospettiva differente: ossia che l’interramento costituiva piuttosto una forma peculiare di esclusione dalla compagine sociale. Anzi, a ben vedere la comunità si rifiutava persino di separare del tutto la sacerdotessa dalla *civitas*, poiché il luogo dell’allontanamento si trovava nei pressi della porta collina⁷¹ all’interno della città. Sicché la vestale rimaneva, in un certo senso, all’interno dello spazio cittadino, ma isolata, al di sotto di esso. E per comprendere appieno il significato di questo isolamento, si rende necessario un approccio che esplori i meccanismi di funzionamento sottostanti al profondo legame tra azioni umane finalizzate al mantenimento della *pax deorum* e la loro violazione. Si osservi infatti che solo una prospettiva più ampia consente di apprezzare appieno la rilevanza del crimine, la perdita della castità, e la natura della punizione. Sicché una volta compresa meglio la colpa della sacerdotessa, il castigo, consistente appunto nel confinamento all’interno di una cella sotterranea, non può che rivelarsi necessario ed inevitabile.

69 Plut. *quaest. rom.* 96: διὰ τί τῶν παναγῶν παρθένων τὰς διαφθοαίρας ἄλλως οὐ κολάζουσιν, ἀλλὰ ζώσας κατορύττουσι; πότερον ὅτι καίουσιν τοὺς ἀποθανόντας, θάπτειν δὲ πυρὶ τὴν τὸ πῦρ τὸ θεῖον ὁσίως μὴ φυλάξασαν οὐκ ἦν δίκαιον; ἢ σῶμα ταῖς μεγίσταις καθωσιωμένον ἀγιστεῖαις ἀναιρεῖν καὶ προσφέρειν ἱερᾷ γυναικὶ χεῖρας οὐ θεμιτὸν ἐνόμιζον; αὐτὴν οὖν ἀποθανεῖν μηχανώμενοι δι’ αὐτῆς, κατεβίβαζον ὑπὸ γῆν εἰς οἶκημα πεποιημένον, ὅπου καὶ λύχνος ἔκειτο καίόμενος καὶ ἄρτος καὶ γάλακτός τι καὶ ὕδατος εἶτα γῆ τὸ οἶκημα κατέκρυπτον ἄνωθεν. καὶ οὐδὲ τοῦτον τὸν τρόπον ἀφοσιώσαμενοι τὴν δεῖσιδαιμονίαν ἐκπεφεύγασι, ἀλλὰ μέχρι νῦν ἐναγίζουσι οἱ ἱερεῖς ἐκεῖ βαδίζοντες ἐπὶ τὸν τόπον.

70 Cfr. A. FRASCHETTI, *La sepoltura della vestale e la Città*, in *Publications de l’École Française de Rome*, 1984, 126 ss.

71 Cfr. Liv. 8.15.7: *viva sub terram ad portam Collinam dextra viam stratam defossa Scelerato campo; credo ab incesto id ei loco nomen factum.*

7. *La vestale 'incesta' e il destino dell' 'homo sacer'*.

Esclusa dunque la pena di morte, e determinato che il carattere della sanzione consisteva più propriamente in una peculiare forma di allontanamento, si schiude una diversa ipotesi: e cioè che il destino cui andava incontro la sacerdotessa che avesse infranto la sua verginità, violando quel legame speciale che intercorreva tra lei e la dea Vesta, fosse simile a quello dell' *homo sacer*⁷². L' *homo sacer* era un soggetto che a seguito del compimento di una condotta vietata dall'ordinamento, in quanto ritenuta oltraggiosa verso le divinità, si era reso responsabile di una grave frattura della *pax deorum*, per la cui ricomposizione egli veniva affidato al dio che aveva ingiuriato con il suo

72 Sull' *homo sacer*, cfr. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig, 1878, 279 ss.; L. LANGE, 'De consecratione capiti set bonorum', in *Kleine Schriften*, II, Göttingen, 1887, 103 ss.; B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, 8 ss., 146 ss., 165 ss., 234 ss.; T. TRINCHIERI, *Le consacrazioni di uomini in Roma. Studio storico-giuridico*, Roma, 1889; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, LXIX, 1966, 345; B. ALBANESE, 'Sacer esto', in *BIDR*, XXX, 1988, 146 ss.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a proposito della sacertà)*, in *BIDR*, LXXXIX, 1986, 367 ss.; R. FIORI, 'Homo sacer'. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione religiosa*, Napoli, 1966; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 287; L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, I, 1990, 223 ss.; R. ASTOLFI, *Annotazioni storiche sulla figura di 'homo sacer'*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 87 ss.; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, LXIX, 1966, 345; G. CRIFÒ, *Problemi dell' 'aqua et igni interdictio'*, in *L'esclusione dalla città. Altri studi sull' 'exilium' romano*, Perugia, 1985, 31 ss.; P. FREZZA, *Preistoria e storia della 'lex publica'*, in *Arch. droit privé*, XVI, 1953, 60 s.; L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, I, 1990, 223 ss. (anche in *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, 13 ss.); ID., *Ancora sul processo comiziale 'de capite civis' (A proposito di un recente studio)*, in *SDHI*, LIV, 1988, 285 ss.; ID., 'Homo sacer' e 'arcana imperii', in *Studi sulla sacertà*, cit., 75 ss.; ID., *L' 'homo liber' della 'lex Numae' sull'omicidio volontario*, in 'Philia'. *Scritti per G. Franciosi*, a cura di F.M. d'Ippolito, II, Napoli, 2007, 1031 ss. (nonché in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, 5 ss.); L. LANGE, 'De consecratione capiti et bonorum', in *Kleine Schriften*, II, Göttingen, 1887, 103 ss.; B. LIOU-GILLE, *Leges sacratae: esquisse historique*, in *Euphrosyne*, XXV, 1997, 61 ss.; C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999, 13 ss.; G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e sulla natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, 93 ss.; G. MACCORMACK, 'Terminus motus', in *RIDA*, XXVI, 1979, 239 ss.; P. MAROTTOLI, 'Leges sacratae', Roma, 1979, *passim*; S.A.B. MEIRA, *O 'homo sacer' no antigo Direito Romano*, in *Romanitas*, II, 1959, 81 ss.; L. PEPPE, *Note minime di metodo intorno alla nozione di 'homo sacer'*, in *SDHI*, LXXXIII, 2007, 437 ss.; R. PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana. Dai tribunali rivoluzionari alla difesa della legalità democratica*, Napoli, 2005, *passim*; F. SALERNO, *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum'*, Napoli, 1990, 32 ss.; B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, 8 ss., 146 ss. e 165 ss., 234 ss.; ID., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, 7 ss.; ID., *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 12 ss., 117 ss., 139 ss., 163 ss.; F. SERRAO, *Patrono e cliente da Romolo alle XII Tavole*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 293 ss.; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, Amsterdam, 1969, 1 ss.; L. TER BEEK, *Divine Law and the penalty of 'sacer esto' in early Rome*, in *Law and Religion in Roman Republic*, a cura di O. Tellegen-Couperus, Leiden, 2012, 11 ss.; S. TONDO, *Il 'sacramentum militiae' nell'ambiente culturale romano-italico*, in *SDHI*, XXIX, 1963, 26 ss.; ID., *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 288 ss.; P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, XIX, 1953, 49 ss. (anche in *Scritti di diritto romano*, I, Padova, 1985, 226 ss.); W. WARDE FOWLER, *The Original Meaning of the Word 'Sacer'*, in *JRS*, I, 1911, 58 ss.; F. ZUCCOTTI, *In tema di sacertà*, in *Labeo*, XLIV, 1998, 417 ss.; ID., *Giuramento collettivo e 'leges sacratae'*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 511 ss.; ID., *Dall'arcaica sacertà consuetudinaria alla sacertà politica protorepubblicana*, in *Studi in onore di G. Melillo*, III, Napoli, 2010, 1549, ss.

comportamento, affinché questi ne disponesse a suo piacimento⁷³. Assoggettato in tutto al suo potere, spettava alla divinità stessa decidere le sorti dell'*homo sacer*, posto che, come rappreso in Tac. *ann.* 1.73.4 (*ius iurandum perinde aestimandum quam si Iovem fefellisset: deorum iniurias dis curae*), delle offese arrecate agli dèi dovevano occuparsi gli dèi stessi.

La ragione per la quale nella *civitas* romana certi comportamenti venivano sanzionati con la sacertà di chi li avesse tenuti è da ricercare nel fatto che essi erano percepiti come particolarmente lesivi della *pax deorum*. Pertanto, per evitare che sulla *societas* si riversasse la collera divina, l'individuo macchiato di sacertà veniva distaccato dalla compagine sociale e devoluto al dio a cui l'individuo aveva recato un'onta; e questa separazione era di per sé idonea a garantire il ripristino della benevolenza divina nei confronti della collettività⁷⁴, «indipendentemente dalla sorte, buona o cattiva, che, avendo riguardo alla sua vita ... avrebbe incontrato colui che vi era incorso»⁷⁵. È ben noto che a Roma il rapporto tra la comunità e gli dei fosse caratterizzato da una reciproca dipendenza: la sicurezza e la prosperità della città dipendevano dal favore degli dèi, e questo favore era intrinsecamente legato all'atteggiamento dei Romani verso le divinità. Di conseguenza, in presenza di determinate situazioni che minacciavano in modo particolare la sicurezza dello Stato, annunciando la rottura della *pax deorum*, si credeva comunemente che ciò dipendesse da una grave mancanza della *civitas*, o meglio, di uno dei suoi membri. Le azioni intraprese successivamente dalla collettività, pertanto, servivano al solo scopo di ristabilire la comunione con il divino; e tanto più gravi erano le empietà commesse tanto più complesso si rendeva il processo di riconciliazione, soprattutto quando la stabilità di Roma risultava particolarmente compromessa.

Nel caso della vestale *incesta* la colpa della donna consisteva in un volontario atto di trasgressione: violando il precetto che le imponeva di mantenere la sua verginità fino al termine del sacerdozio, la sacerdotessa aveva contaminato l'intera compagine sociale, esponendo tutta la città all'*ira deorum*, che perciò sentiva prioritaria la necessità di rimediare alla condizione nella quale si era venuta a trovare. La responsabilità della sacerdotessa era chiaramente individuale; poiché però la vestale era investita di una relevantissima funzione religiosa e la sua condotta rifletteva il benessere di Roma, la perdita della sua purezza aveva conseguenze inevitabilmente e largamente comunitarie⁷⁶. I riti sacri compiuti in modo impuro apparivano inefficaci e non assicuravano più come avrebbero dovuto la pace con gli dèi; al contrario oltraggiavano la divinità scatenandone l'ira⁷⁷. A seguito della commissione del misfatto la vestale era diventata *impia* per una colpa inespugnabile; ne deriva che ella, come riporta sinteticamente Cic. *leg.* 2.22:

73 Cfr. L. GAROFALO, *Homo liber*, cit., 21 ss.

74 Cfr. R. ASTOLFI, *Annotazioni storiche*, cit., 87 ss.

75 L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, 54.

76 Per questo cfr. anche F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà*, cit., 1565, il quale evidenzia che «lo sdegno della divinità ha infatti nelle concezioni antiche una spiccata valenza oggettiva, e tende quindi a colpire indistintamente la comunità cui il reo appartiene».

77 Cfr. Dion. Hal. *Ant. Rom.* 8.89.3.

*impius ne audeto placare donis iram deoram*⁷⁸, non poteva rimediare alla sua condotta con offerte e doni. Sovente, infatti, un semplice *piaculum*⁷⁹ non era sufficiente per ristabilire la *pax deorum*; le colpe più gravi (*scelus inexpiabile*) non ammettevano espiazione e in tali situazioni, al fine di sanare la frattura che si era creata con il dio e placare la sua ira, il colpevole doveva rispondere con la sua stessa persona alla divinità offesa.

Sicuramente, con riguardo alla vestale *incesta* colpisce il fatto che l'interramento avesse precisamente questa funzione placatoria, diretta al recupero della *pax deorum*. Nella tradizione confluita in Dionigi d'Alicarnasso⁸⁰ emerge, infatti, che solo il seppellimento della vestale colpevole avesse la forza di porre fine alla collera divina e recuperare la benevolenza degli dèi. Così, nel 483 a.C. immediatamente dopo il sotterramento della vestale Oppia, i *sacra* ed i *responsa* tornarono a essere propizi, «dato che gli dèi avevano deposto l'ira contro di loro»⁸¹. Analogamente, nel 472 a.C. dopo la sepoltura della sacerdotessa Orbina «cessarono subito il morbo che aveva colpito le donne e la loro grande strage»⁸². In effetti, nella mentalità romana, il fine della 'sanzione religiosa' – che non deve essere intesa come una pena in senso moderno, ma piuttosto un mezzo per ristabilire la *pax deorum* – è appunto quello di seguire delle precise ritualità per porre

78 Cfr. anche Cic. *leg. 1.40: scelerum in homines atque in deos impietatum nulla expiatio est*. V. anche le preziose considerazioni di F. ZUCCOTTI, 'Sacramentum Civitatis'. *Diritto costituzionale e 'ius sacrum' nell'arcaico ordinamento giuridico romano*, Milano, 2016, 119, il quale evidenzia che «l'impietas è una precisa 'situazione personale' disciplinata positivamente dallo 'ius sacrum' (al pari, del resto, della condizione di *homo sacer*, così come insiste la dottrina più recente), tale situazione personale è regolata dall'ordinamento religioso secondo precisi principii, in base ai quali la *civitas* non deve interferire con la volontà divina irrogando sanzioni di diritto umano all'*impius*, per il quale sono invece previste pene di altro genere, che si collocano appunto sul piano della vendetta divina ed in particolare della follia ... cosicché – ad ulteriore conferma della sua intangibilità sul piano dell'ordinamento umano – la situazione dell'*impius* viene vista come una situazione permanente, appunto *inexpiabilis*, per la quale egli non può neppure ricorrere a *piacula* per ottenere il perdono divino», rilevano sotto questo profilo anche le considerazioni di J. SCHEID, *The Formation of Sacred Law in Rome*, in *Religion and Law in Classical and Christian Rome*, a cura di C. Ando e J. Rüpke, Leiden, 2006, 29: «as a matter of fact, except for the texts about perjury, there is no evidence that in the case of a divine offence, the *deditio noxae* of the *impius* actually constituted a formal *sacratio*. I would therefore make a distinction between these two procedures. In the former, the community hands over the guilty person to the offended god, which means that they let the god take vengeance if he so chooses. In the latter, they consecrate the guilty person to a god and so they make the guilty party into the property of the god. It is, in some ways, a gradation of the consequences of impiety. The *sacratio* should thus be understood as the solemn handing over of the guilty person, with his designation as *impius* implicit».

79 Il *piaculum* poteva assumere la forma di un sacrificio animale o della devoluzione di beni patrimoniali a favore del culto della divinità offesa. Ad esempio, in base a una legge attribuita a Numa (cfr. Plut. *Numa* 12.3), una vedova che si risposasse prima della fine dell'anno di lutto doveva sacrificare, presumibilmente a Tellure, una vacca gravida (su questa disposizione cfr. in particolare H. LE BONNIEC, *Le culte de Cérés à Rome des origines à la fin de la République*, Paris, 1957, 78); una concubina che avesse violato il divieto di toccare l'ara di Giunone era tenuta a sacrificare, con i capelli sciolti, un'agnella alla dea (Gell. 4.3.3). Per tutto ciò cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 6.

80 Cfr. Dion. Hal. *Ant. Rom.* 8.89.5.

81 Cfr. Dion. Hal. *Ant. Rom.* 8.89.5.

82 Dion. Hal. *Ant. Rom.* 9.40.

fine alla situazione di *scelus*, soddisfacendo la divinità ed escludendo dalla sua ira la comunità. Quest'ultima, di fronte al turbamento della *pax deorum*, «si limita quindi, oltre che a compiere eventuali riduzioni in pristino nonché soprattutto cerimonie espiatorie, ad evitare qualsiasi pericolo di contaminazione inerente lo *scelus* espellendo da sé il colpevole, secondo procedimenti sacrali che possono essere paragonati ad una *noxae deditio* del dio offeso»⁸³. Ecco, quindi, che nell'atto di confinare la sacerdotessa in una stanza sotterranea, provvista di un letto, una coperta, una lampada accesa e una scorta di viveri, si legge a mio avviso una forma di abbandono della colpevole alla dea Vesta, perché fosse questa a decidere come meglio determinarsi rispetto all'offesa arrecata e alla sua autrice. E se è vero che questa misura aveva il potere di riattivare la *pax deorum* si smentisce la posizione di Augusto Frascetti a mente del quale la vestale era «socialmente già morta»⁸⁴. Invero, come rileva incisivamente Luigi Garofalo, se «ai fini del risorgere dell'essenziale *pax deorum*... era sufficiente il transito di colui che aveva perpetrato un torto ai danni di una divinità nella sfera di appartenenza di questa, bisogna ammettere che egli fosse visto come un bene dotato dell'alto pregio di un uomo vivente e non invece come qualcosa di valore addirittura negativo, qual era un uomo morto in mancanza dei riti funerari prescritti dall'ordinamento, in quanto di per sé contaminante»⁸⁵. È anche importante evidenziare che l'interramento della vestale non può essere interpretato come un *piaculum* offerto agli dèi⁸⁶ per ristabilire l'amicizia compromessa, e in questa prospettiva considerare la sacerdotessa stessa come oggetto dell'offerta. Il *piaculum* in quanto tale è un sacrificio⁸⁷ e se c'è chi impuro si è avvicinato

83 F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà*, cit., 1566.

84 A. FRASCETTI, *La sepoltura delle vestali*, cit., 126.

85 L. GAROFALO, *Disapplicazione del diritto*, cit., 86.

86 J. SCHEID, *Le délit religieux*, cit., 53, nt. 122 assimila la vestale *incesta*, alla figura del *φαρμακός*, ossia il soggetto (ma in alcuni casi anche animale o oggetto inanimato) destinatario di un rito greco attraverso il quale la comunità si liberava da una colpa o da un male. La società greca individuava qualcuno come 'vittima espiatoria' e trasferiva su di lui tutta la negatività, escludendo il soggetto, che pertanto diventava uno strumento di purificazione per l'intero ambiente cittadino (su questo istituto cfr. di recente M. PADOVAN, *Il φαρμακός: considerazioni su un istituto panellenico*, in *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei greci*, a cura di C. Pelloso, Napoli, 2016, 643 ss.). Tuttavia, si nota facilmente che tra il *φαρμακός* e la vestale *incesta* vi sono delle profonde differenze: il *φαρμακός*, infatti, non era necessariamente colpevole di alcunché, lo si sceglieva al solo scopo di scacciarlo dalla città perché portasse via con sé ogni male, a prescindere dal fatto che egli fosse o meno l'autore del misfatto. La vestale, invece, era colpevole in prima persona e se veniva allontanata dalla compagine cittadina, ciò dipendeva dalla precisa volontà di espellere colei che, macchiata di un gravissimo reato, aveva attirato su tutta la *civitas* l'ira divina.

87 Sulla struttura del sacrificio cfr. J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, trad. it., Torino, 1992, 142 s.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, cit., 209 ss.; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 477 ss.; S.R.F. PRICE, *Between Man and God: Sacrifice in the Roman Imperial Cult*, in *JRS*, LXX, 1980, 28 ss.; F. PRESCENDI, *Décrire et comprendre le sacrifice. Les réflexions des Romains sur leur propre religion à partir de la littérature antique*, Stuttgart, 2007, 31 ss. e 371 ss.; ID., *Sacrifier en Grèce et à Rome*, in *Religions antiques. Une introduction comparée*, a cura di P. Borgeaud e F. Prescendi, Genève, 2008, 35; C. SANTINI, *Il lessico della spartizione nel sacrificio romano*, in *Sacrificio e società nel mondo antico*, a cura di C. Grottanelli e N.F. Parise, Roma - Bari, 1988, 293 ss.; A.V. SIEBERT, 'Instrumenta sacra'. *Untersuchungen zu römischen Opfer Kult und Priestergeräten*, Berlin - New York, 1999, 11 ss.; J. SCHEID, *Quando fare è credere*, cit., 99 ss.; ID., *La spartizione sacrificale a*

ai riti sacri e se ne riconosce come responsabile la vestale, è impossibile che la donna stessa, appunto empia, diventi essa stessa il *piaculum* da offrire alle divinità. Ma vi è di più: la sacerdotessa era già sacra a Vesta fin dal suo ingresso nel sacerdozio e come è stato sottolineato da Luigi Garofalo non si può offrire alla divinità per mezzo di un sacrificio rituale qualcosa che già appartiene loro⁸⁸, poiché ciò darebbe «duogo a un'intollerabile interferenza in un già costituito legame dominicale» causando perciò «una nuova violazione della *pax deorum*»⁸⁹. Conviene a questo proposito dirigere l'attenzione sullo statuto dell'*homo sacer* contenuto in Fest. voce '*sacer mons*' (Lindsay 424): *neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur*. Se ne ricava che il sacrificio dell'*homo sacer* era vietato in quanto ritenuto contrario al *fas*, data «l'assoluta antitesi tra la vittima del sacrificio che per sua natura doveva essere pura, e l'*homo sacer* il quale era *homo malus atque improbus* ... la cui offerta non poteva essere gradita agli dèi»⁹⁰. Invece, l'uccisione irrituale perpetrata ai suoi danni da un *homo liber* non perfezionava la fattispecie del *crimen parricidi*, perché l'*homo sacer*, separato dalla comunità cittadina, non godeva più delle tutele che gli competevano quando vi era incluso e in particolare della protezione offerta dalla legge di Numa, che puniva con la morte l'uccisione *dolo sciens* dell'*homo liber*. Di conseguenza, l'autore dell'omicidio sarebbe rimasto immune da pena, e il soppressore dell'*homo sacer* non avrebbe neppure sofferto un peggioramento del suo stato di purezza⁹¹. L'individuo caduto in sacertà, insomma, non poteva proseguire la sua esistenza come se nulla fosse, ma – secondo il verosimile scenario proposto da Ferdinando Zuccotti –, doveva rinchiudersi per sempre nel chiuso della sua casa per eludere la pubblica esecrazione, e serrarsi in uno stato di solitudine attendendo gli esiti dell'ira divina che aveva provocato, oppure andarsene in esilio allo scopo di limitare al massimo gli incontri che potessero condurlo ad essere ucciso, impunemente, da parte di un terzo⁹². Nel caso della sacerdotessa *incesta*, potrebbe obiettarsi che se l'intento della comunità fosse, veramente, stato quello di abbandonare la donna alla vendetta

Roma, in *Sacrificio e società nel mondo antico*, cit., 267 ss.; R. TURCAN, *Religion romaine*, II, *Le culte*, Leiden - New York - København - Köln, 1988, 4 ss.; N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna, 1939, 119 ss.; e F. SINI, '*Sua cuique civitati religio*'. *Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino, 2001, 186 ss., il quale sottolinea che «i sacerdoti Romani consideravano le azioni sacrificali come riti idonei a ottenere la benevolenza divina sulle vicende umane, trasformando così l'immensa potenza degli Dei a beneficio degli uomini. Al contempo, ritenevano i sacrifici indispensabili per garantire la sopravvivenza stessa delle divinità». Sini, pertanto, ritiene che nell'azione rituale del sacrificio, percepito come vero e proprio nutrimento degli dèi, si realizza appieno la dimensione bilaterale del rapporto di reciprocità insito nella concezione romana di *religio*. A conferma di ciò, l'autore cita l'uso linguistico comune del verbo '*mactare*', il quale, partendo dal suo significato originario di accrescere o rendere più grande, ha gradualmente acquisito il senso prevalente di 'sacrificare' o 'immolare'.

88 L. GAROFALO, '*Homo liber*' e '*homo sacer*', cit., 27.

89 L. GAROFALO, *Disapplicazione del diritto*, cit., 80.

90 L. GAROFALO, *L'«homo sacer»*, cit., 19.

91 Cfr. Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.74.3, dove facendo riferimento alla statuizione che individuava come *sacer* colui che violava le pietre di confine tra fondi, viene precisato che chiunque aveva la facoltà di uccidere impunemente colui che si fosse macchiato di tale condotta, conservando per giunta il suo stato di purezza.

92 F. ZUCCOTTI, *Ancora sulla configurazione originaria*, cit., 361.

divina separandola dalla cittadinanza, sarebbe stato sufficiente bandirla senza ricorrere alla misura del confinamento all'interno di una stanza sotterranea. Ma evidentemente in questa particolare fattispecie, e per l'altissima condizione sacerdotale che rivestiva la vestale, e per le rilevanti funzioni che era chiamata a svolgere, si voleva risolutamente impedire a chiunque d'impunemente sopprimere la donna, a differenza di quanto sarebbe potuto accadere a un qualsiasi altro soggetto caduto in sacertà. Questo intento giustifica a mio avviso il ricorso a una formula che, pur non causando direttamente la morte della donna, la segregava dal resto della comunità, impedendole qualsiasi contatto umano. Non si deve, però, per questo ritenere che l'autrice del misfatto venisse sottratta alla giurisdizione della divinità offesa. L'uccisione per mano di un *homo liber*, attuatore della volontà divina – peraltro prevista come eventuale –, non costituiva l'unico mezzo attraverso il quale gli dèi potevano esercitare la loro furia vendicatrice sull'individuo divenuto *sacer*. La divinità poteva incidere sull'*homo sacer* come meglio credeva, ad esempio conducendolo alla follia, turbandone l'equilibrio psicologico, oppure ingenerando nel suo corpo una qualche malattia, o ancora determinandone la morte per suicidio. Come evidenzia Zuccotti, è fondamentale evitare di incorrere nel «vizio di fondo di presupporre una monolitica unicità della figura della sacertà»⁹³. Infatti, non si può dedurre dalla normalità dell'uccisione del reo – attestato principalmente nelle ipotesi più tarde e politiche di sacertà – che l'obiettivo primario dell'istituto fosse sin dai primordi quello di sanzionare indirettamente il colpevole tramite l'imposizione di una «pena di morte eseguibile da un *quivis de populo*, in vista del venire meno di ogni tutela giuridica circa l'*homo sacer*: illazione quest'ultima che non sembra per nulla consentita da quanto recato nelle fonti in ordine ai primigeni casi, di tipo marcatamente religioso, di sacertà»⁹⁴. Anzi, secondo lo studioso, nel periodo più arcaico la sacertà sarebbe stata configurata come una presa d'atto dell'*impietas* del soggetto e della sua conseguente appartenenza agli dèi; la struttura dell'illecito si basava sull'offesa alla divinità e comportava l'abbandono del colpevole alla vendetta divina. L'obiettivo primario dell'istituto era la preservazione della *pax deorum* e per raggiungerlo bastava escludere l'*impius* dall'ordinamento umano evitando qualsiasi provvedimento, come l'imposizione di una pena, che potesse negare la *noxae deditio* al dio costituita da tale soluzione. Solo successivamente, verso la fine della monarchia e l'inizio della repubblica la sacertà subì, invece, una trasformazione: essa non costituiva più soltanto una manifestazione

93 F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà*, cit., 1561.

94 F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà*, cit., 1561. Il quale inoltre sostiene che se concepiamo la nozione di *sacer* come l'appartenenza alla divinità (*quidquid destinatum fuerit diis, id sacrum appellari*, secondo quanto riportato da Serv. *Aen.* 10.419) e se la dottrina più recente accoglie senza riserve l'idea che la condizione di *homo sacer* si determina proprio in virtù della sua appartenenza alla divinità risulta poco convincente argomentare su queste basi che, pur essendo questo individuo legato agli dei, chiunque potesse decidere liberamente di ucciderlo, giustificando tale atto come uno strumento per compiere la volontà divina, «prospettiva che, quand'anche fosse un'ipotesi accettabile, avrebbe semmai dovuto concretarsi non in una mera liceità, bensì in una generale doverosità dell'uccisione dell'*homo sacer*, al pari di quanto avveniva per la *fugiens victima*».

dell'*impietas* del soggetto e della sua conseguente appartenenza agli dèi, come avveniva nel periodo più arcaico; ma l'individuo caduto in sacertà rappresentava una minaccia immediata per la *civitas*, la quale pertanto non poteva più limitarsi a 'un atteggiamento meramente passivo', considerando *sacer* il colpevole, ma doveva adottare 'un atteggiamento positivo', per impedire il realizzarsi di un evento fatale per la città di Roma⁹⁵.

Meglio si comprende tutto ciò se si rammenta che nel 509 a.C. una *lex Valeria* avrebbe comminato la sacertà a colui che si fosse reso responsabile del crimine di *adfectatio regni*, per cui l'uccisore di colui che avesse tentato di restaurare la monarchia non si sarebbe macchiato di omicidio, a condizione che fornisse la prova della colpevolezza della vittima⁹⁶. Mentre, nel 494 a.C. il ceto plebeo adottò una deliberazione, accompagnata da un giuramento, con cui proclamava *sacrosancti* i tribuni della plebe, con la conseguenza che l'offensore di questi sarebbe incorso all'istante, per il fatto solo dell'oltraggio recato, nella condizione di *homo sacer*, risultando perciò impunemente uccidibile da tutti⁹⁷. In queste nuove fattispecie, la caduta in sacertà dell'individuo era legata al fatto che tali condotte erano divenute illecite per via dell'impegno, preso con giuramento, con cui Roma si era vincolata una volta e per tutte, per sé e per i propri discendenti, ad essere uno stato repubblicano e patrizio-plebeo. Limitarsi a considerare *sacer* il soggetto colpevole in siffatte ipotesi avrebbe, pertanto, potuto non essere sufficiente per adempiere all'impegno prestato dalla *civitas* stessa. Ma era necessario «impedire fattivamente, bloccandolo, ogni tentativo di reintrodurre il *regnum* o di scardinare l'assetto patrizio-plebeo di Roma: in tale prospettiva la stessa uccisione del reo diviene perciò un atteggiamento che non si limita più soltanto a interferire con i disegni di vendetta divina, ma diviene altresì e soprattutto un atto volto a impedire che si verifichino eventi quali la fine della repubblica o dell'accordo tra i due ordini che condurrebbero allo spergiuro di Roma e quindi alla sua fine»⁹⁸. In altre parole, mentre nelle ipotesi arcaiche di sacertà basate sui *mores* e di ordine strettamente religioso, ci si limitava ad affidare alla divinità le sorti dell'*impius*, nella sacertà protorepubblicana di matrice politico religiosa, l'uccisione del colpevole diventava un atto volto, in accordo con la volontà divina, a impedire la catastrofica rottura dello Stato. La sanzione *sacer esto* nel senso arcaico era dunque sinonimo di *impietas*, mentre nell'accezione più recente rappresentava la liceità dell'uccisione del reo⁹⁹. Tornando alla vestale – il cui statuto risale appunto ai primordi di Roma (e la particolare sanzione dell'interramento all'età di Tarquinio Prisco) –, uccidere la sacerdotessa o vincolare un organo della

95 F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà*, cit., 1596.

96 Cfr. Plut. *Publ.* 12.1-2; Liv. 2.8.2.

97 A convalidare espressamente questa fattispecie di sacertà avrebbe provveduto una *lex Valeria Horatia de tribunicia potestate* del 449 a.C., statuendo la sacertà a Giove a carico di chi recasse offesa ai tribuni della plebe, agli edili e ai giudici decemviri e stabilendo che i suoi beni fossero venduti con devoluzione del ricavato a beneficio del tempio di Cerere.

98 F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà*, cit., 1596.

99 F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà*, cit., 1596; cfr. inoltre di recente ID., 'Sacramentum Civitatis'. *Diritto costituzionale e 'ius sacrum'*, Milano, 2016, 110 ss.

civitas alla sua messa a morte sarebbe equivalso a non riconoscere alla divinità il potere di agire discrezionalmente sulla colpevole, «come ogni *dominus* rispetto a un proprio bene»¹⁰⁰. Viceversa, confinare la donna in una stanza sotterranea, nella visuale religiosa romana¹⁰¹ significava rispettare pienamente le prerogative degli dèi, lasciando a loro la piena discrezionalità sulla sorte effettiva della giovane, sottraendosi al rischio che la divinità potesse «reagire malamente nei confronti della comunità nel caso in cui sentisse prevaricata la sua volontà»¹⁰². Nel caso della sacerdotessa, la sua soggezione alla dea Vesta si creava al momento della *captio*, infatti si ricorderà che l'espressione utilizzata al momento del rito è *captiat eaque Vestae fiat*¹⁰³. In quanto consacrata a Vesta o, piuttosto, in quanto «di Vesta»¹⁰⁴ la sacerdotessa impura non poteva essere uccisa per

100 L. GAROFALO, *Opinioni recenti*, cit., 23.

101 Sull'esperienza giuridico religiosa romana cfr. P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965, 30 ss.; ID., *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, Templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in *ANRW*, XVI.1, Berlin - New York, 1978, 445 s.; ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, 57; F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, I, *Libri e commentarii*, Sassari, 1993, 210 e ntt. 4 e 5; G. LOBRANO, 'Plebei magistratus', 'patricii magistratus', 'magistratus populi Romani', in *SDHI*, XLI, 1975, 251 e P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002, 75 s., 85. Rilevanti sul punto le osservazioni di G. LOMBARDI, *Persecuzioni laicità libertà religiosa. Dall'Editto di Milano alla 'Dignitas humanae'*, Roma, 1991, 34 ss., secondo il quale: «forse sarebbe auspicabile, in prima approssimazione, il tentativo di prescindere dai due termini 'diritto' e 'religione', così da potere ricercare unitariamente le motivazioni in base alle quali si svolgeva la vita sociale romana, in particolare sotto il profilo della sua organizzazione ufficiale». Cfr. anche F. ZUCCOTTI, *La 'sanctio legis' e i limiti posti dallo 'ius sacrum' al potere legislativo dei comizi*, in 'Philia'. *Scritti per G. Franciosi*, a cura di F.M. d'Ippolito, IV, Napoli, 2007, 2924, e F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali*, cit., 2. L'assenza di distinzione, naturalmente, si riferisce anche alla 'comunanza di sistema' tra dèi e uomini, su cui cfr., F. SINI, *Diritto e 'pax deorum' in Roma antica*, in *Diritto@Storia*, V, 2006, 1 ss.; ID., *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana*, in *Diritto@Storia*, VI, 2007, 4, il quale evidenzia che «gli dèi e gli uomini appartengono alla medesima *societas*, alla medesima *civitas* e ... la loro associazione riposa sulla comunanza della legge», ma anche, J. SCHEID, *Religione e società*, in *Storia di Roma*, IV, *Caratteri e morfologie*, a cura di A. Momigliano, Torino, 1989, 634: «per praticare una religione a Roma, occorre appartenere a una comunità. L'uomo entrava in relazione con gli dèi nel quadro e per il tramite di una comunità. Famiglia, associazione, corpo costituito o repubblica, ciascuna comunità aveva una propria vita religiosa, con le sue regole, i suoi dèi, i suoi sacerdoti. Un cittadino apparteneva generalmente a più di una comunità, e fra queste esistevano rapporti di complementarità piuttosto che di esclusione. Gli dèi stessi erano 'visibili' soltanto nel quadro di una comunità, e d'altra parte erano essi stessi membri di tali comunità».

102 L. GAROFALO, *Opinioni recenti*, cit., 23.

103 Gell. 1.12.11. Il carattere in parte collettivo della religione romana implica, come conseguenza, che è privilegio della collettività, nella persona di chi la rappresenta, dichiarare qualcosa *sacer* [Fest. voce 'status dies' (Lindsay 414)], mediante il passaggio dallo stato di profano allo stato di sacro con rituali che si compiono attraverso la pronuncia di *sollemnia verba*. Cfr. per quest'ultimo punto J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, a cura di G. Wissowa, III, Leipzig, 1885, 480 ss.; R. SCHILLING, *L'originalité du vocabulaire religieux latin*, in *Revue belge de philologie et d'histoire*, XLIX, 83.

104 Sul sacro come oggetto della proprietà di un dio, cfr. J. RÜPKE, *La religione dei Romani*, cit., 9: *sacer* «deriva dal linguaggio giuridico relativo alla proprietà: 'sacro' è ciò che è di proprietà di un dio, di una dea. Per lo più si trattava di un qualche appezzamento di terreno sul quale si sarebbe poi eretto un tempio, e sul quale si 'con-sacravano' anche determinati oggetti, soprattutto offerte votive, statue che divenivano in tal modo di proprietà d'una divinità. Per ovvia conseguenza, gli dèi non erano di per sé sacri ... perché non

mano della città, ma doveva essere la dea stessa a determinare il suo destino. Irrogare specifiche sanzioni di diritto umano in questa prospettiva avrebbe significato ricoinvolgere la comunità stessa nella responsabilità oggettiva inerente lo *scelus* religioso, poiché il «sacro non era l'uomo giuridicamente inviolabile, ma l'uomo che il diritto considerava violabile esclusivamente dal dio cui apparteneva, e proprio perché gli apparteneva»¹⁰⁵. E se pensiamo che Vesta era la 'dea della terra'¹⁰⁶, l'allontanamento della vestale mediante il confinamento in una stanza 'sotto la terra' acquista ancor più la sua valenza di misura volta ad affidare alla giurisdizione della dea Vesta la donna colpevole del misfatto¹⁰⁷. Come afferma Giannelli «la vestale era cosa per così dire divina, essa apparteneva alla divinità cui era stata votata, sommo sacrilegio sarebbe stato l'ucciderla in modo violento; col metodo scelto si abbandonava la colpevole agli dei, lasciando loro la cura di punirla»¹⁰⁸.

erano proprietà di sé stessi: o, quanto meno, non si trattava d'un pensiero che, in quei tempi, si sarebbe potuto formulare sensatamente. Il concetto opposto a *sacer* è *profanus*. Questa parola ne comprende due: *pro* – davanti, per – e *fanum* – il sacrario –: *profanus* è quindi ciò che sta davanti ovvero fuori dal sacrario, dall'ambito sacrale». Sul tema cfr. anche B. ALBANESE, 'Sacer esto', cit., 178; J. SCHEID, *An Introduction to Roman Religion*, Edinburgh, 2003, 23 ss.; L. TER BEEK, *Divine Law*, cit., 28.

105 L. GAROFALO, 'Homo liber', cit., 32.

106 Cfr. Ovid. *fast.* 6.267-268, e Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.66.3. In letteratura, cfr. R. WRIGHT, *Vesta: a study on the origin of a goddess and her cultus*, in *PhD*, University of Washington, 1995; K.R. PROWSE, *The Vestal circle*, 1967, 178; P. LAMBRECHTS, *Vesta*, in *Latomus*, 1946, 322 ss.

107 Questa tesi è stata accennata da R.L. WILDENFANG, *Rome's Vestal Virgins*, cit., 59, secondo il quale «a better explanation for this particular form of punishment is perhaps to be found in Vesta's position as the earth goddess, combined with the Romans concern that the right offering reach the right deity as expeditiously as possible» e «such a Vestal was buried in order to ensure that Vesta received the appropriate expiatory offering as quickly and directly as possible». Secondo l'a. allo stesso modo in cui le offerte destinate agli dei del cielo (Giove, ad esempio), venivano bruciate sull'altare, perché il fumo provocato dal fuoco potesse raggiungere gli dei il prima possibile e le offerte rivolte agli dei degli inferi venivano generalmente versate sulla terra, presumibilmente nella convinzione che il liquido trapassando direttamente il suolo raggiungesse più rapidamente il mondo infero, la vestale veniva sotterrata. Tuttavia, sebbene la tesi abbia il merito di individuare un collegamento fra la sanzione dell'interramento e il fatto che la dea Vesta era appunto la 'dea della terra', l'a. considera, erroneamente, la vestale il *piaculum* per clamare l'*ira deorum*, ipotesi questa che per le considerazioni fatte nel testo non si può accogliere.

108 G. GIANNELLI, *Il sacerdozio*, cit., 80.

ABSTRACT: L'*incestum* delle Vestali rappresentava un crimine di straordinaria gravità nell'antica Roma, poiché si riteneva che non solo contaminasse il corpo della sacerdotessa, ma si estendesse a inquinare l'intera comunità, minando la *pax deorum*. Il presente studio si propone di esaminare il procedimento giudiziario che seguiva l'accusa di incesto, mettendo in rilievo le sue peculiarità giuridiche e indagando sul significato simbolico e rituale della pena inflitta alla sacerdotessa ritenuta colpevole. In particolare, l'analisi intende sfidare l'opinione consolidata in dottrina che interpreta la sanzione dell'interramento come una condanna a morte, proponendo invece una lettura alternativa che riconosce in essa una forma di esclusione della vestale dalla comunità umana, assimilabile al destino dell'*homo sacer*.

PAROLE CHIAVE: *Incestum* – vestali – processi religiosi – *pax deorum* – *homo sacer* – diritto e religione.

Tommaso Mantoan

FORME DI COAZIONE INDIRETTA
ALLA PARTECIPAZIONE IN GIUDIZIO DEL *VOCATUS*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tab. 1.1. – 3. ‘*Si calvitur*’. – 4. ‘*pedemve strui*’. – 5. ‘*manum endo iacito*’. – 6. La ‘*mannus iniectio indicat*’. – 7. Un’ipotesi ricostruttiva. – 8. Alcune riflessioni di sintesi.

1. *Introduzione.*

È noto che il processo privato romano richiedeva, ai fini della corretta instaurazione e celebrazione, la necessaria presenza di due parti, tra loro contrapposte: di regola, infatti, all’iniziativa dell’attore avrebbe dovuto corrispondere un’adesione da parte del convenuto¹.

Questa caratteristica emerge chiaramente dalle arcaiche *legis actiones*, che erano infatti celebrate secondo formulari e gesti che dovevano essere recitati non solo da chi avanzava la pretesa, ma anche da colui nei cui confronti questa si rivolgeva².

1 Nel processo formulare, sorto in seno alla magistratura pretorile a partire dal IV sec. a.C., la bilateralità si manifestava in molteplici atti di ‘collaborazione’ del soggetto *cum quo agitur*, tra cui – preminentemente – l’*accipere iudicium*, cioè l’accettazione del testo della formula, quale atto che, insieme al *dictare iudicium* attoreo, confluiva nella *litis contestatio*, momento conclusivo della fase *in iure*.

2 «Il processo, senza la presenza del convenuto, non si sarebbe potuto svolgere né *in rem* né *in personam*, perché l’*actio*, il rito processuale, implicava una recitazione di entrambe le parti *in iure*» (C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I. *Le ‘legis actiones’*, Torino, 1980, 29). Si pensi, ad esempio, alla *legis actio sacramento in rem*, dove all’affermazione solenne di titolarità del *prior vindicans* accompagnata dal gesto di imposizione della *festuca*, corrispondeva la medesima affermazione e il medesimo gesto del controindicante (cfr. Gai 4.16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: hunc ego hominem ex iure quiritorium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui, et simul homini festucam imponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*). Su questo rito e sul ruolo delle parti, si rinvia a C.A. CANNATA, ‘*Qui prior vindicaverat*’: la posizione delle parti nella ‘*legis actio sacramento in rem*’, in *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg Suisse, 1993, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, 79 ss. Del pari, anche nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, si riscontra un dialogo tra le parti in giudizio, là dove all’enunciazione della pretesa dell’attore (‘*ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aias an neges*’) poteva seguire l’affermazione o la negazione del convenuto (‘*adversarius dicebat non oportere*’). Gai 4.17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex inussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aias an neges. adversarius dicebat non oportere. actor dicebat: quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*. Sulla proposta di ricostruire da questa *legis actio* anche il rituale della *sacramento in personam* si veda C.A. CANNATA, *Profilo*, I, cit., 31 ss.

Il coinvolgimento della parte convenuta doveva avvenire, in prima battuta, assicurandone la presenza *in iure*: a ciò era finalizzata la *in ius vocatio*. Questo procedimento stragiudiziale era posto direttamente da chi voleva formulare una domanda in giudizio e consisteva nell'ingiunzione, rivolta alla controparte, di seguirlo in tribunale. La citazione avveniva, quindi, senza l'intervento dell'autorità pubblica e per tale motivo, come si vedrà, era accompagnata da garanzie 'sociali'.

È probabilmente anche per tale ragione che la commissione decemvirale, nell'elaborare la disciplina di cui alla I tavola³ – relativa, appunto, alla chiamata in giudizio – non ne regolò tanto le modalità (che sembra non necessitassero di formalità particolari⁴), ma si preoccupò di stabilire quali fossero le conseguenze qualora il *vocatus* non si fosse recato in giudizio, frustrando così la possibilità di instaurazione del contraddittorio. Anzi, come vedremo, il sistema come delineato avrebbe permesso di ricorrere all'uso della forza nei confronti del destinatario della citazione affinché costui ingaggiasse il giudizio e si facesse parte attiva.

Tra questi *carmina* figura in particolare quello che viene collocato nel secondo precetto della prima tavola, caratterizzato da una certa oscurità circa il suo significato: *si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*. Tradizionalmente, esso viene interpretato nel senso che nei confronti del convenuto recalcitrante il *vocans* potrà esercitare la forza (mettergli le mani addosso, letteralmente) per condurlo in giudizio. Tuttavia, lo stile sintetico e la pregnanza dei termini impiegati – tra cui l'imperativo '*manum endo iacito*' che riecheggia, ancorché non in forma sostantivata come in Tab. 3.2, la *manus injectio* 'esecutiva' – richiedono un tentativo di spiegazione che ne chiarisca il significato. Il presente contributo tenterà, tramite un'analisi del precetto e delle espressioni utilizzate dai decemviri, anche in rapporto al sistema entro cui si iscrive, di fornire nuova luce alla disposizione in esame.

2. Tab. 1.1.

È utile considerare, preliminarmente, la disposizione con cui si apre la legislazione decemvirale, secondo la quale '*si in ius vocat, ni it, antestamino: igitur em capito*⁵'. La norma, formulata con una particolare inversione del soggetto tra protasi e apodosi, stabilisce che, qualora il destinatario della chiamata non ottemperi all'ingiunzione rivoltagli, il

3 Secondo la ricostruzione palinogenetica tradizionale, cioè la ricostruzione di Salvatore Riccobono nei *FIRA*, I². Su nuove proposte di palinogenesi, in cui il criterio di suddivisione non sia la materia, ma l'interesse materiale protetto dalle varie norme v. O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII tavole*, I, Cagliari, 1992.

4 Cfr. Plaut. *Curc.* 620; *Persa* 745; *Asin.* 480; *Poen.* 1225, 1237; *Truc.* 840; *Rud.* 860.

5 Si veda, per la ricostruzione generalmente accettata di questo precetto, R. FIORI, *Il processo privato, in XII 'tabulae'. Testo e commento*, I, a cura di M.F. Cursi, Napoli, 2018, 46 ss. Ma v. anche G. FALCONE, *Sulla citazione 'si in ius vocat' in Cic., leg. 2.9*, in *AUPA*, I, 2005, 117 ss.

vocans, previa chiamata dei testimoni⁶, può ‘prenderlo’⁷. Se è chiaro che il presupposto consiste nella semplice mancata comparazione in giudizio del *vocatus*, rispetto alla ‘presa’ effettuata dall’avversario si registra una diversità di interpretazioni da parte degli studiosi. C’è chi ritiene si tratti già di un’apprensione fisica, probabilmente funzionale al trascinamento in giudizio della controparte⁸, che quindi permetterebbe di ottenere direttamente il risultato cui la *vocatio in ius* mira e, cioè, la comparsa di ambedue i contendenti dinnanzi al magistrato. Altri, invece, considerano «questo *capere* non ancora ... un atto di forza vero e proprio, ... poiché si tratta di un avvertimento minaccioso, un ‘seguimi’ detto con un gesto che è più di una parola»⁹. Quest’ultima interpretazione non appare, tuttavia, soddisfacente, e non solo alla luce del fatto che non sembra aver alcun legame con il significato del verbo ‘*capio*’¹⁰. Certo è che il termine descrive l’atto, immediato, e non quali siano le conseguenze che questo comporta, ma non sembra conforme al senso da attribuire all’espressione ritenere che questo non implichi un impiego della forza fisica. La lettera del precetto, inoltre, identifica chiaramente una

6 Sul significato del termine ‘*antestamino*’ in Tab. 1.1 ci rendono edotti gli scolii di Porfirione e Pseudo Acrone, da cui emerge che *antestari* significa chiamare i testimoni ‘prima che venga compiuta la *manus iniectio*’: Porph. Hor. sat. 1.9.75-76 (75. *et licet antestari? Adversarius molesti illius Horatium consultit, an permittat se antestari, iniecta manu extracturus ad praetorem, quod vadimonio non paruerit. De hoc autem lege Duodecim tabularum his verbis cautum est: // Si in ius vocat, ito ni it, antestamino; // igitur en capito. ‘Antestari’ est [an] ergo ‘ante testari’ scilicet ‘antequam manum inicit[ur] at’.* 76. *ego vero oppono auriculam. Hoc Horatius dicit. Porro autem qui antestabatur quem, auriculam ei tangebatur atque dicebat: [Licet te antestari]? Si ille responderat [Licet], [et] tunc iniecta manu adversarium suum extrabebat; nisi autem antestatus esset, qui inicere manum adversario volebat, iniuriarum reus constitui poterat*); Schol. Hor. sat. 1.9.76 (§ *et licet antestari. Denuntiantes litem antestatos habebant, quibus praesentibus conveniebant, ita ut aurem illis tertio vellerent. Sic Servius magister [urbis] exposuit. Alii sic exponunt, quod Horatium interrogaverit, si testis esse pateretur, et Horatius optulerit aurem ultro. Solebant enim testium aures tenere et ita dicere: ‘memento, quod tu mihi in illa causa testis eris’. Quid est antestari? Olim qui antestabatur, auriculam contingebat, ideoque poeta ait: libenter auriculam optuli. Tangens autem auriculam his verbis loquebatur: ‘licet antestari?’ Si ille respondisset: ‘licet’, per iniectionem manus adversarium suum in iudicium traheretur. Quod si antestatus non esset et manum inieccisset, iniuriae reus constitui poterat). Questi brani sono a commento della nota satira oraziana cd. dello scocciatore (satira IX), preziosa ai nostri fini perché densa di riferimenti di tipo giuridico (su questi aspetti, in generale, v. O. DILIBERTO, *La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., ‘sat.’ 1.3.115-117*, in *AUPA*, LV, 2012, 385 ss.; R. HASSAN, *La poesia e il diritto in Orazio. Tra autore e pubblico*, Napoli, 2014) e, per quanto interessa, perché narra, nei vv. 74-78, il trascinamento in giudizio (*rapit in ius*) del molestatore da parte di un terzo, previa richiesta al poeta di fargli da testimone (*‘licet antestari?’ ego vero oppono auriculam*). Sulla satira e sulla disciplina della *in ius vocatio*, v. C. MASI DORIA, *‘Aurem vellere’*, in *‘Iuris vincula’: Studi in onore di M. Talamasca*, V, Napoli, 2001, 317 ss., nonché A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e ‘iniuria’ nelle XII tavole*, ne *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 415 ss.*

7 V. R. FIORI, *Il processo*, cit., 51.

8 B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 29: «ci sembra, in sostanza, che in XII tab. 1.1-2 si abbia la previsione di comportamenti rituali: ... di fronte all’atteggiamento negativo persistente del *vocatus*, un primo gesto solenne di apprensione corporale (*capere*; una ‘presa’ che potrebbe aver implicato un materiale accompagnamento fino al tribunale)».

9 C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, I, a cura di L. Vacca, Torino, 2011, 386. Concorde con questa interpretazione è anche R. FIORI, *Il processo*, cit., 53 s. e nt. 64, il quale ritiene che diverse spiegazioni non siano soddisfacenti.

10 Cfr. voce ‘*capio*’ in C.T. LEWIS - C. SHORT, *A Latin Dictionary*, Oxford, 1879.

scansione procedimentale e cronologica¹¹ degli atti che il *vocans* è autorizzato a realizzare: alla mancata comparsa *in iure* dell'avversario, segue il coinvolgimento della comunità cittadina, che deve avvenire prima ('*ante*') del ricorso alla violenza. Solo dopo (*igitur*) a chi ingiunge è consentito 'prendere' la controparte.

Che si tratti di una forma di aggressione violenta è confermato proprio dalla circostanza che fosse necessario ricorrere ai testimoni prima di realizzare l'atto di '*capere*'. È noto, infatti, che l'ordinamento romano conosceva molteplici ipotesi in cui la chiamata della *civitas* fungeva da garanzia 'sociale' prima che si realizzasse una forma di violenza nei confronti di un altro soggetto¹². Peraltro, le fonti forniscono alcuni appigli per ritenere che la *captio* effettuata in assenza di testimoni avrebbe probabilmente comportato un'ipotesi di *iniuria*¹³. Questo implicherebbe, altresì, che l'*antestari* richiesto da Tab. 1.1 fungesse da condizione di ritualità tale, probabilmente, da rendere lecito e autorizzato dall'ordinamento l'impiego della forza fisica e non costituisse, invece, una forma di precostituzione della prova testimoniale¹⁴. Resta da comprendere quale fosse il contenuto di questa presa e se implicasse già un trascinamento in giudizio: sovvienne, sul punto, la nota satira dello scocciatore di Orazio (1.9). Il poeta narra di essersi imbattuto, a passeggio lungo la via Sacra, in un molesto chiacchierone, che spera, attraverso l'intercessione di Orazio stesso, di entrar a far parte della cerchia di Mecenate. Nella comica chiusura della satira, il molestatore del poeta – che era stato citato in giudizio, ma non si era presentato dinnanzi al pretore – si imbatte nell'avversario, il quale invoca

11 Vede in questa predisposizione di garanzie l'intervento 'creativo' dei pontefici nell'interpretazione del *mos* L. FRANCHINI, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale, ne Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 244. Appare altrettanto plausibile che l'introduzione di questa procedura veda anche un intervento innovatore da parte dei decemviri.

12 Sulla chiamata dei testimoni prima del compimento di atti violenti v. R. FIORI, *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 479 ss.; L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2008, 33 ss. Più in generale è opportuno sottolineare che la previa chiamata dei testimoni richiesta in Tab. 1.1 già per *capere* il chiamato che non si sia recato in giudizio, ma anche in vista della futura *manus iniectio* (cfr. Porph. Hor. sat. 1.9.75-76; Schol. Hor. sat. 1.9.76), non consiste tanto quale modalità di precostituzione della prova testimoniale (come alcuni credono rispetto alla *ploratio* nel caso di *puer verbarans*, su cui v. L. GAROFALO, *Studi*, cit., 33 ss., nonché A. RAMON, '*Verberatio parens*' e '*ploratio*', in *Sacertà e repressione criminale in Roma antica*, Napoli, 2013, 145 ss.), ma – piuttosto – come condizione di ritualità e, quindi, di legittimità dell'uso della forza (v. A. DE FRANCESCO, *Autodifesa*, cit., 424 ss.). Come vedremo subito, qualora il *vocans* non rispetti tale prescrizione, infatti, sarebbe stato punito per *iniuria* (come regolata da Tab. 8.4), perché pone in essere una condotta violenta che comporta una lesione fisica (qualora non assurga a *membrum ruptum* o *os fractum*) che non appare autorizzata dall'ordinamento e quindi *contra ius*. Per questa interpretazione di *iniuria*, da intendere nel precetto di Tab. 8.4 come ablativo e non come accusativo, v. B. ALBANESE, *Una congettura sul significato di 'iniuria' in Tab. 8.4*, in *Iura*, XXXI, 1980, 21 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1535 ss.; e, più recentemente, anche per la relativa bibliografia, A. ZINI, *Le offese al corpo dell'uomo libero. Profili sostanziali e processuali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2024.

13 Cfr. Porph. Hor. sat. 1.9.75-76; Schol. Hor. sat. 1.9.76, nonché la nota precedente. Si v. S. TONDO, *Aspetti simbolici e magici nella struttura della 'manumissio vindicta'*, Milano, 1967, 189; nonché C. MASI DORIA, '*Aurem vellere*', cit., 332 ss.

14 Su questi aspetti, v. *infra* e A. DE FRANCESCO, *Autodifesa*, cit., 420 ss.

la testimonianza di Orazio stesso e *rapit in ius* la sua controparte, suscitando una gran confusione tra gli astanti¹⁵. Si può notare la resa poetica della sequenza procedimentale espressa nel *carmen* in Tab. 1.1 (che viene richiamato, peraltro, dallo scolio a commento del satira stessa)¹⁶, in quanto vi è la citazione in giudizio dello scocciatore, la sua mancata comparsa *in iure*, la chiamata a testimoniare del poeta: può, quindi, l'espressione *rapere in ius* corrispondere al *capere* di cui al precetto decemvirale? Ancorché tra i due termini non vi è una piena sovrapposibilità, non è difficile immaginare che questo *capere*, che può costituire anche una forma di arresto¹⁷, costituisca il presupposto del trascinamento espresso con *rapere* dal poeta, essendo peraltro coerente con il senso della norma che alla mancata comparizione del *vocatus* corrisponda un gesto che ne assicuri la presenza fisica.

3. 'Si calvitur'.

Se presupposto del *capere* era la mancata comparizione in giudizio del convenuto, in Tab. 1.2, invece, l'atteggiamento del convenuto si caratterizza per essere particolarmente qualificato e connotato da una maggiore gravità: i precetti sono infatti costruiti «secondo una crescente gradazione di rischio»¹⁸. La prima condotta riferibile al *vocatus* descritta dalla norma duodecimitabulare in questione è espressa nell'apodosi con 'si calvitur', il cui significato letterale è 'ingannare', 'imbrogliare'. Alla comprensione di questo arcaico verbo sovviene il commento gaiano alle XII tavole, ora in D. 50.16.233:

Gai. 1 *ad XII tab.* D. 50.16.233 pr.: 'Si calvitur': et moretur et frustretur. Inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est.

Il giurista antoniniano attribuisce all'espressione in esame il significato di ritardare e ingannare. Da ciò discendono la denominazione di 'calunniatori' – in quanto costoro con *fraus* e *frustratio*¹⁹ vessano gli avversari attraverso le liti – e la parola 'cavillatio'.

La testimonianza di Gaio appare preziosa ai fini di delimitare il significato tecnico del termine, ove non rileva solo l'inganno del *vocatus*, ma altresì il 'temporeggiare'²⁰.

15 Hor. *sat.* 1.9.74-78: ... casu venit obvius illi/ adversarius et 'quo tu, turpissime?' magna/ in clamat voce, et 'licet antestari?' ego vero/ oppono auriculam. Rapit in ius; clamor utrimque, / undique concursus. Sic me servavit Apollo.

16 Porph. Hor. *sat.* 1.9.75, v. nt. 6.

17 Cfr. voce 'capio' in *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1968, 269, l. 4: «to seize hold of, to arrest».

18 B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1980, 28.

19 Secondo D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di 'calumnia' nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, in *SDHI*, LXVI, 2000, 173 s., la *fraus* è un «atteggiamento malizioso e contrario alle norme giuridiche, con il quale si mira a ottenere un risultato illecito, provocando così un danno a un altro soggetto», mentre la *frustratio* «oltre al significato di inganno, delusione, errore o illusione, può avere anche quello di vessatorio ritardo, dilazione, rinvio, proroga».

20 V. C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2003, 134, che parla di «defatigante, intenzionale procrastinazione».

Il riferimento ai *calumniatores* e, quindi, alla '*calumnia*' va chiarito. Questo illecito – secondo quanto ricaviamo dal manuale istituzionale gaiano – è ascrivibile in primo luogo all'attore, che *intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis*²¹ (ossia che promuove un'azione nella consapevolezza di non agire fondatamente, ma al solo scopo di vessare l'avversario, confidando nell'errore da parte del giudice o nell'iniquità piuttosto che nella verità). In altri termini, la *calumnia actoris* si sostanzia nella promozione di un giudizio privato²² da parte dell'attore che è consapevole della sua infondatezza, ma che lo instaura per arrecare un danno alla controparte.

Le Istituzioni di Gaio sono lacunose in relazione alla condotta del convenuto: non vi è nessun elemento che permetta di riferire a costui un atteggiamento definibile come '*calumnia*', se non quale oggetto del giuramento richiesto a colui *cum quo agitur* ('*iusiurandum non calumniae causa infitias ire*'²³). Allo stato, è dunque difficile esprimersi precipuamente con questo termine al di fuori dell'illecito ascrivibile all'attore, sebbene sia verosimile ipotizzare che anche il convenuto potesse porre in essere un'attività vessatoria, consistente in un atteggiamento ostruzionistico nel processo²⁴, tale da essere meritevole di pena. Invero, il giurista antoniniano ricorda, prima della trattazione della temerarietà attorea, alcune sanzioni²⁵ «avendo come base di partenza la posizione del convenuto»²⁶. Dunque, l'ordinamento romano – quantomeno in età classica

21 Gai 4.178.

22 Il frammento di Gaio si riferisce alle *lites*, quindi al processo privato. La *calumnia*, tuttavia, costituiva anche un *crimen*, la cui condotta consisteva – almeno in età classica – nella falsa accusa promossa con dolo (*falsa crimina intendere*), come si evince da Marcian. *lib. sing. ad s.c. Turp.* D. 48.16.1.1, in seno a un processo criminale. L'intero brano di Marciano, in D. 48.16.1, è utile ai fini della ricostruzione della disciplina. Su questi aspetti, v. in particolare D.A. CENTOLA, *Il 'crimen calumniae'. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli, 1999, nonché A.M. GIOMARO, *Per lo studio della 'calumnia'. Aspetti di 'deontologia' processuale in Roma antica*, Torino, 2003. Al pari della *calumnia* 'privatistica', il *crimen calumniae* rappresenta una manifestazione del generale atteggiamento di sfavore da parte dell'ordinamento romano verso l'impiego abusivo di mezzi processuali a scopo vessatorio, siano essi relativi al processo privato o al processo criminale. Tuttavia, le due figure presentano non solo tratti comuni (tra cui il dolo, cfr. Gai 4.178: ... *calumnia enim in adfectu est sicut furti crimen*; v. U. BRASIELLO, voce *Calumnia (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 815), ma anche alcune diversità, specie quanto al giudizio per accertare l'illecito e la pena irrogata.

23 Sul giuramento v., anche per la relativa bibliografia, C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit., 103 ss.

24 In questi termini v. C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit., 134 s.

25 Gai 4.171: [...] *pecuniaria poena modo iurisiurandi religione coercen[...]. eaque praetor [...] ideo [...] adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si indicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia. 172. Quod si neque sponsonis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere 'non calumniae causa infitias ire'. unde quamvis heredes vel qui heredum loco habentur [...] obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsonis, iubet tamen eos iurare.*

26 C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit., 25. Si veda la ricostruzione proposta da P. KRÜGER - W. STUEDEMUND, *Gai Institutiones*⁷, in *Collectio Librorum Iuris Anteinstiniani*, I, Berolini, 1923, 199 (Gai 4.171: *nunc admonendi sumus ne facile homines ad litigandum procedant, temeritas tam agentium quand eorum cum quibus agitur coerceri modo ...*). In

– prevedeva alcuni rimedi qualora il convenuto ponesse in essere un comportamento vessatorio, di ostruzionismo, specularmente ma opposto, secondo la trattazione del giurista antoniniano, alla cosiddetta *calumnia actoris*.

Alla luce di ciò, si può evidenziare che il verbo ‘*calvor*’ in Tab. 1.2 non è sicuro faccia riferimento a un’ipotesi arcaica di *calumnia*²⁷, proprio perché questa non è pacificamente riferibile alla condotta del convenuto e, a maggior ragione, del *vocatus*. Tuttavia, il collegamento, etimologico²⁸ prima di tutto, tra i termini *calumnia* e *calvor* e le condotte che vengono in rilievo è prezioso perché pone in luce degli aspetti in comune, che ci permettono di chiarire il significato della disposizione decemvirale, quali la volontarietà della condotta²⁹, da un lato, e la finalità vessatoria³⁰, dall’altro. In altri termini, come l’attore compie un illecito definito *calumnia*, se propone una domanda in giudizio consapevolmente infondata al solo scopo di vessare il convenuto, e, del pari, il convenuto è sanzionato qualora ponga in essere un contegno di ostruzionismo, così, allo stesso modo, il *vocatus calvitur* qualora realizzi un comportamento ingannatorio o di procrastinazione allo scopo di arrecare un danno alla controparte. Occorre chiedersi quale inganno o tentativo di temporeggiare costui possa porre in essere già nella fase stragiudiziale della citazione in giudizio. Si potrebbe ipotizzare che questo atteggiamento si concretizzasse nell’addurre una serie di scuse o impedimenti inesistenti, determinanti un danno alla controparte, la quale risultava impedita a monte dalla possibilità di ottenere giustizia, dato che l’assenza del *vocatus* frustra la possibilità di celebrazione del processo. Ma appare altresì percorribile un’altra strada per comprendere il senso dell’espressione (e che, probabilmente, risulta maggiormente calzante). Si è visto come, alla mancata comparizione del *vocatus*, fa seguito la sua apprensione e, probabilmente, il trascinarsi in giudizio da parte dell’avversario (quel *capere* che poi si traduce in *rapere in ius*): proprio la progressione secondo la quale sono

relazione a Gai 4.171-172, C. BUZZACCHI, *L’abuso*, cit., 21, afferma: «in esso si menzionano ordinatamente i diversi mezzi atti ad impedire che il convenuto possa contestare a cuor leggero la pretesa dell’attore».

27 V. D.A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, V, 2012, 13: «da questa testimonianza non è certamente possibile affermare che all’epoca decemvirale esisteva la ‘*calumnia* processuale’ privata, quale noi la conosciamo soltanto in età successiva, ma dalla lettura del citato precetto decemvirale si può notare, già all’epoca delle XII Tavole, l’origine di alcuni comportamenti vessatori che caratterizzeranno, successivamente, la condotta dei *calumniatores* nel processo privato». *Contra* S. BOSCHERINI, ‘*Pedem struere*’, in *Studia Florentina A. Ronconi oblata*, Roma, 1970, 105 ss.

28 Cfr. A. WALDE - J.B. HOFFMAN, voce ‘*Calumnia*’, in *Latēinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1938, 143; A. ERNOUT - A. MEILLET, voce ‘*Calumnia*’, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1964, 158. Si veda Char. *gramm.* (58.15: *calumnia prima syllaba correpta effertur. Venit a verbo calvor, hoc est frustor*); *Isid. Orig.* (5.26.8: *calumnia est iurgium alienae litis, a calvendo, id est decipiendo dicta*; 10.42: *calumniator, falsi criminis accusator; a calvendo, id est frustrando et decipiendo, dictus*). Per altre fonti si rinvia a D.A. CENTOLA, *Il ‘crimen calumniae’*, cit., 1 ss., nt. 2.

29 Parla di ‘sostrato comune’ alle diverse ipotesi di *calumnia* nell’ordinamento U. BRASIELLO, voce *Calumnia*, cit., 815.

30 V. A.M. GIOMARO, *Per lo studio*, cit., 111 s., la quale parla di *animus vexandi* come «atteggiamento psicologico consapevolmente diretto a cagionare il danno dell’interlocutore».

redatti il primo e il secondo precetto della prima tavola può far propendere nel ritenere che il *vocatus*, quando *calvitur*, sia già *in iure*, perché già coattivamente accompagnato dalla controparte. E non è difficile immaginare che sia in quel luogo (cioè dinnanzi al magistrato, nel *tribunal*) che egli tenti di ingannare o temporeggiare in qualche modo, per impedire la prosecuzione del rito: una scorrettezza che meriterebbe una sanzione, di cui sembra esserci testimonianza proprio nel versetto che stiamo analizzando.

4. *'pedemve struit'*.

Il precetto decemvirale descrive un'ulteriore condotta del *vocatus* procrastinatore: *'si ... pedem(ve) struit'*, il cui senso letterale è 'disporre il piede'. Tale espressione appare oscura, tanto che la dottrina non è pervenuta a fornire una spiegazione soddisfacente.

Secondo una prima ricostruzione, si tratterebbe di un «preciso simbolo giuridico»³¹ – al pari dei gesti di apposizione della *manus* che si riscontrano in varie ipotesi nelle fonti³² – che esprime «l'atto di alzare o portare avanti il piede, in modo che questo costituisca una massa, un ostacolo»³³, venendo così a costituire – sotto un profilo giuridico – non solo (e non tanto) una modalità di resistenza, ma una forma di vera e propria opposizione alla pretesa del *vocans*³⁴.

Questa ipotesi non è, tuttavia, condivisibile. In primo luogo, non vi sono fonti per ritenere che il *vocatus* fosse formalmente a conoscenza, già nella fase stragiudiziale, della richiesta che la controparte avrebbe avanzato in giudizio. Non vi è certezza, in altri termini, che vi fosse alcuna *editio actionis* nella *vocatio in ius* nei processi *per legis actiones*³⁵. Va, peraltro, escluso che il *pedem struere* potesse costituire una formale opposizione alla

31 S. BOSCHERINI, *'Pedem struere'*, cit., 112.

32 Faccio riferimento, per quanto riguarda il processo privato, al *manum inicere* che comporta la sot-toposizione al potere violento del creditore (così C.A. CANNATA, *Profilo*, I, cit., 37), ma altresì al *manum conserere* (Gell. 20.10.7-9, su cui si rinvia a R. SANTORO, *'Manu(m) conserere'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 513 ss. e a M. VARVARO, *'Manu(m) conserere' e 'omnis verbis vindicare'* (Gell. 20.10.7), ne *Le Dodici Tavole*, cit., 267 ss.), al *manum depellere* del *vindex* (su cui C.A. CANNATA, *Violenza*, cit., 384: «il gesto di *depellere manum* [che significa solo 'spinger via la mano', non anche attuare l'effetto di toglierla], contestuale e contrapposto alla presenza violenta e possessiva della mano dell'attore, dava luogo al simulacro di lotta che, ancora una volta, attribuiva al magistrato la competenza necessaria a presiedere una *legis actio sacramento*, questa volta *in personam*»), ma altresì, in ambito negoziale, alla *mancipatio*. Su questi aspetti v. L. FRANCHINI, *Alle origini*, cit., 163 ss., e anche sul rapporto mano/potere si rinvia a M. MILANI, *La mano destra in Roma antica*, ne *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, II, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2017, 25 ss.

33 S. BOSCHERINI, *'Pedem struere'*, cit., 112.

34 S. BOSCHERINI, *'Pedem struere'*, cit., 112.

35 V. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 255: «pare inoltre che il *vocans* non fosse tenuto a (e non solesse) indicare la ragione della chiamata in giudizio e che quindi questa fosse, per così dire, un atto astratto». Si esprime in termini dubitativi B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 29, nt. 76. Cfr., altresì, I. BUTI, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, 195 s.; L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. *In ricordo di M. Talamanca*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 857 s., che ipotizza che l'*editio actionis* stragiudiziale nella *in ius vocatio* sia

pretesa, dato che la contestazione di quest'ultima avveniva ritualmente in seguito all'instaurazione del giudizio, in particolare *in iure*, e – nelle *legis actiones* – secondo modalità e formulari ben precisi: basti ricordare i gesti compiuti dal *controindicans* nella *legis actio sacramento in rem* per contestare l'affermazione solenne di titolarità sulla cosa del *prior vindicas*³⁶ o le parole di negazione pronunciate dal convenuto, nell'ipotesi di *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, su impulso della controparte (*'id postulo aias an neges'*)³⁷.

Non risulterebbe, quindi, neppure spiegabile il ricorso alla violenza (*'manum endo iacito'*) che il legislatore decemvirale autorizza qualora il *vocatus* *'pedem struūt'*, se ciò viene inteso nel semplice senso di 'opporsi alla pretesa', posto che questa rappresenta la 'fisiologica' modalità di difesa della controparte convenuta in giudizio³⁸ e che, di regola, comporta la necessità della prosecuzione del giudizio *apud iudicem* affinché nel merito venga stabilito chi ha torto e chi ha ragione.

Pertanto, il significato dell'oscura espressione in Tab. 1.2 va ricercato altrove. A tal proposito, si potrebbe anche ritenere che *'pedem struere'* descriva un atto di apposizione di un ostacolo, ma ciò non nel senso anzidetto di 'fare opposizione'. Esso rappresenta piuttosto un ostacolo alla corretta celebrazione del processo, che prevede la partecipazione anche della controparte (*vocatus*) che andrebbe ad assumere le vesti del convenuto. Sovvengono, sul punto, alcuni passi di Festo, nei quali l'espressione va a indicare l'atteggiamento di chi tenta di scappare o di rallentare l'instaurazione del giudizio: così, *struere* sta a significare muoversi indietro, andare in altra direzione, fuggire, aumentare o diminuire il passo, camminare a fatica, muoversi lentamente e indugiare³⁹. Secondo Servio Sulpicio, il significato è 'fuggire'⁴⁰. E così, questo insieme di condotte ascrivibili alla locuzione decemvirale determinerebbe la mancata comparizione in giudizio del destinatario della chiamata. Tuttavia, anche in virtù dello stile sintetico che caratterizza i *carmina* in esame, *'pedem struere'* in Tab. 1.2. dovrebbe indicare un qualcosa di diverso del mero non recarsi *in ius* considerato dalla disposizione precedente di cui Tab. 1.1 (*'ni it'*). Anche in questo caso, quindi, potrebbe ipotizzarsi che i due precetti in realtà regolino due diversi casi di ostruzionismo del *vocatus*, posti in essere, in particolare, in due diversi luoghi: *extra ius* quello considerato dalla prima norma; *in iure* quello considerato dalla seconda. A questa ricostruzione ben si attaglia l'interpretazione attribuita a Servio Sulpicio Rufo, secondo il quale il *vocatus* che *pedem struūt* sta per fuggire: peraltro,

stata introdotta a partire da un'epoca più recente. Nel processo formulare, invece, la pretesa è enunciata già *extra ius* e «appare un ammenicolo della *in ius vocatio*»: così C.A. CANNATA, *Profilo*, II, cit., 139 ss.

36 Cfr. Gai 4.16.

37 Cfr. Gai 4.17a.

38 Cfr., in relazione al processo formulare, Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.13.1 pr.: *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam acquisitissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur.*

39 Fest. voce *struere* (Lindsay 408-410): *struere ... alii putant significare retrorsus ire: ali in aliam partem: ali fugere: ali gradum augere: ali minuere: ac vix pedem pedi praefert, otiose it, remoratur.*

40 Fest. voce *pedem struere* (Lindsay 232): *'pedem struūt' in XII significat fugit, ut ait Ser. Sulpicius.*

l'attenzione data dal legislatore decemvirale al semplice gesto del piede potrebbe concernere un tentativo di fuga dal perimetro del *tribunal* dove era resa giustizia⁴¹.

Non potendo tracciare delle considerazioni più certe – sulla base di questi scarsi dati e sulla molteplicità di interpretazioni⁴² di cui sono testimonianza i passi festini –, è opportuno quantomeno evidenziare che l'atteggiamento del *vocatus* che *pedem struit* è connotato, anche in questo caso, da un certo grado di volontarietà: la norma in Tab. 1.2 sembra così considerare quel contegno volontario (e, quindi, doloso, al pari del *calvi*) di chi tenta di sottrarsi anche fisicamente al giudizio.

L'espressione così spiegata sembra comunque mantenere una certa autonomia rispetto al precedente verbo (*calvor*), dando così ragione anche dell'impiego della particella *-ve* per separare i due termini: non potendo costituire una sorta di endiadi⁴³, *'si calvitur pedemve struit'* indicherebbe quella serie di atteggiamenti volontari posti in essere dal convenuto che, o assumendo un contegno ingannatorio o fisicamente tentando di fuggire, cerchi di sottrarsi e impedire la corretta instaurazione del giudizio.

5. *'manum endo iacito'*.

A una più grave condotta, connotata peraltro da un certo grado di volontarietà, corrisponde una più grave conseguenza: se al semplice 'non recarsi' di Tab. 1.1 consegue l'autorizzazione a *'capere'* il *vocatus*, in Tab. 1.2 si fa riferimento al *'manum inicere'*⁴⁴ del *vocans* in seguito alla condotta di chi impedisce la celebrazione del processo, ingannando o tentando di fuggire. L'espressione impiegata dal legislatore decemvirale per descrivere la reazione di chi effettua la chiamata desta molteplici perplessità, che sono state variamente spiegate dagli studiosi. Taluni⁴⁵ hanno reso l'imperativo *'manum*

41 Questo era il nome del sito occupato dal magistrato: v. R. SANTORO, *Il tempo e il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, in *AUPA*, XLI, 1991, 300 ss. Su questi profili, si rinvia a C. GIOFFREDI, *I tribunali del Foro*, in *SDHI*, II, 1943, 227 ss.; G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Studi in onore di L. Labruna*, IV, Napoli, 2007, 4541 ss.; E. KONDRATIEFF, *The Urban Praetor's Tribunal in the Roman Republic*, in *Spaces of Justice in the Roman World*, edited by F. De Angelis, Leiden - Boston, 2010, 89 ss.

42 Così R. FIORI, *Il processo*, cit., 50.

43 V. S. BOSCHERINI, *'Pedem struere'*, cit., 106 ss., che interpretando *pedem struere* nel senso di resistenza alla pretesa di controparte lo collega al *calvi*.

44 Cfr. R. FIORI, *Il processo*, cit., 50 s. e nt. 48: «da seconda parte del versetto fa chiaramente riferimento alla *manus iniectio* presentando una forma arcaica del verbo *inicio*, in cui il preverbo *in-* compare ancora come *endo* e il verbo *iacio* ha conservato la forma originaria». Si noterà, inoltre, la particolare costruzione sintattica, in cui il soggetto sottointeso del verbo della protasi è il *vocatus*, mentre invece l'imperativo *iacito* è riferito a colui che effettua la chiamata. Sul punto, v. G. NICOSIA, *Situazioni di responsabilità nella regolamentazione decemvirale dell'agere*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale. Atti del Convegno 7 dicembre 2007*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Cursi, Napoli, 2008, 103 ss.

45 La tesi è sostenuta da H. LEVY-BRUHL, *Reserches sur le actions de la loi*, Paris, 1960, 283 ss.; M. KASER, *Das Römischen Zivilprozessrecht*, München, 1966, 48, nt. 12; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I. *Le origini*, Catania, 1980, 77 ss., 90 ss. Cfr., altresì, G. NICOSIA, *Situazioni*, cit., 105 s., il quale sostiene che la *manus*

endo iacito’ in senso letterale, traducendolo come ‘gli si mettano le mani addosso’, da intendere come facoltà del *vocans* di trascinare fisicamente in giudizio (*deductio in ius*) la controparte. Rappresenterebbe, così, una misura di coazione ‘diretta’, atta e funzionale al raggiungimento dello scopo della *in ius vocatio*, frustrato dal contegno ingannatore e procrastinatore del *vocatus*. Chi effettua la chiamata può impiegare la forza nei confronti dell’avversario: l’atto violento rappresenta così una sorta di esecuzione – da intendersi in senso lato – dell’obbligo (rimasto inottemperato) di presentarsi in giudizio. Una volta ‘messe le mani addosso’ e trascinata la controparte *in ius*, il processo – alla cui instaurazione era diretta l’originaria *vocatio in ius* – potrà essere validamente celebrato, alla presenza di entrambi i soggetti necessari. Ma questa interpretazione non appare soddisfacente, quantomeno nell’originario senso della norma⁴⁶, fondandosi invero su un argomento assai fragile: che l’espressione ‘*manum endo iacito*’ non possa riferirsi alla *manus iniectio* di Tab. 3.2, trattandosi di una diversa procedura, avente diversa funzione e natura. A ben vedere, tuttavia, stante la laconicità dei versetti decemvirali, sarebbe alquanto singolare il fatto che – a breve distanza l’uno dall’altro – i *carmina* impieghino dei termini così simili, ma con significati assai differenti. Inoltre, appare preferibile ritenere che l’imperativo in Tab. 1.2 faccia esatto riferimento alla *manus iniectio* anche perché, altrimenti, non sarebbe possibile distinguere questa espressione dal *capere*, inteso non solo come apprensione (che avveniva, probabilmente, con la mano), ma anche come un trascinamento in giudizio, impiegata dal precedente precetto in Tab. 1.1, e prima analizzata⁴⁷. Se, come si è visto, le disposizioni sembrano delineare una sorta di progressione, quanto a gravità, tra le condotte del *vocatus* e le possibili ‘reazioni’ del *vocans*, è giocoforza ritenere che il ‘*manum inicere*’ di Tab. 1.2 rappresenti qualcosa in più o quantomeno di diverso rispetto alla presa del verso precedente.

Interpretare l’imperativo *manum endo iacito* come un riferimento al gesto della *manus iniectio* è gravido di conseguenze sotto il profilo giuridico, posto che questo, di per sé, avrebbe determinato la soggezione del *vocatus* al dominio della controparte⁴⁸.

iniectio in Tab. 1.2 era ‘identica strutturalmente’ alla *manus iniectio* della terza tavola, ma «diversa ne era la funzione. Essa era finalizzata al limitato scopo di far ingaggiare coattivamente la contesa giudiziaria al *vocatus* renitente o recalcitrante». Più recentemente v. M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una ‘legis actio per manus iniectioem’ in relazione al ‘furtum manifestum’*, in *Studi per G. Nicosia*, 333 ss.; ID., *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023, 45 ss.

46 V. F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della ‘litis contestatio’ nel processo formulare*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 81 s.

47 In questo senso, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 29.

48 Cfr. M. MILANI, *La mano*, cit., 81, il quale evidenzia il collegamento tra il gesto di apposizione della *manus* e la sottoposizione all’altrui dominio, nei termini di «rappresentazione stilizzata di tale situazione di ... proclamazione di un possesso esclusivo». Le fonti (Gell. 20.1.44 e Gai 4.21) mostrano come il *manus inicere*, per determinare la sottomissione fisica di chi lo subiva, non fosse di per sé sufficiente, ma richiedeva l’*addictio* da parte del magistrato (cfr. Festo voce *addicere* (Lindsay 12): *Addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo*; su cui v. recentemente A. ZINI, ‘*Sacramenta iudicare*’. *Ricerche sulla pronuncia conclusiva nel processo ‘per legis actiones’*, Napoli, 2024, 497 ss.).

Può questo riferimento costituire anche un rinvio alla procedura *per manus iniectio-nem*⁴⁹ così come disciplinata dalla terza tavola? La questione non è, infatti, scevra di problematicità posto che tale *legis actio* è tradizionalmente ritenuta la procedura ‘esecutiva’ (anche se in termini parzialmente diversi rispetto alla dogmatica recente⁵⁰), in quanto conseguente all’esistenza di un ‘titolo’ irrevocabile e relativo a un credito certo nell’ammontare. La *manus iniectio* nei confronti del *vocatus*, viceversa, si fonda su un comportamento particolarmente qualificato dell’avversario destinatario della citazione e non sembra esprimere, almeno apparentemente, una funzione esecutiva. In altri termini, diversi sarebbero i presupposti e diversa sarebbe la natura tra questi due *modi agendi*. Occorre, dunque, interrogarsi se tra essi vi siano alcuni profili di similitudine, cercando di supplire al silenzio delle fonti in relazione all’ipotesi di Tab. 1.2. Punto di partenza è, dunque, ripercorrere la disciplina della *legis actio* secondo la regolamentazione decemvirale.

6. La ‘*manus iniectio indicati*’.

Le fonti principali testimoniano il ricorso alla *manus iniectio*, con le conseguenze che questo gesto implica, a seguito di una *res iudicata (iure)*, cui è parificata l’ipotesi di *confessio* di un debito pecuniario. Così Gellio⁵¹ riporta i precetti della terza delle XII tavole, a norma dei quali, decorsi i trenta giorni giusti⁵², coloro che fossero stati giudicati

49 Così C.A. CANNATA, *Violenza*, cit., 386: «Ora, a mio parere, se è certo che il *vocans* potesse impiegare la forza per condurre l’intimato *in ius*, e che i *mores* autorizzassero o anzi obbligassero i testimoni ad agevolarlo in tutto ciò, è però altrettanto certo che la formula delle XII tavole – *manum endo iacito* – non consente di dubitare che la forza, impiegata a questo punto dal *vocans*, sia quella della *manus iniectio*, cioè che, per effetto della norma che stiamo esaminando, la resistenza dell’intimato trasformi l’*in ius vocatio* in *manus iniectio*, intendo precisamente dire nella *legis actio per manus iniectio-nem*. Conformemente a questa tesi, v. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 28 ss., 34 s.; R. FIORI, *Il processo*, cit., 50 ss.

50 Il processo esecutivo, nel nostro ordinamento, si pone di regola a valle di un processo di cognizione, là dove «la cognizione vuol conseguire la formulazione concreta della regola di diritto, ossia l’accertamento dell’esistenza del diritto», mentre invece «l’esecuzione forzata vuol conseguire l’attuazione pratica, materiale, di questa regola, in via coattiva o forzata, ossia attraverso l’impiego effettivo o potenziale della forza» (C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV. *L’esecuzione forzata. I procedimenti speciali non cognitivi*, Torino, 2007, 11). Più precisamente, ai sensi dell’art. 474 c.p.c., «l’esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile»: tra i titoli esecutivi figurano, appunto, le sentenze cui «la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva».

51 Gell. 20.1.45: *Sic enim sunt, opinor, verba legis: ‘Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunt. Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito. Ni indicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato’.*

52 Gell. 20.1.42-43: *Confessi igitur aeris ac debiti indicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent, eosque dies decemviri ‘iustos’ appellaverunt, velut quoddam iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset.*

regolarmente e dei *confessi* di una somma di denaro avrebbero subito la *manus iniectio*. Questa la ricostruzione dei *carmina*:

Tab. 3.1: *Aeris confessi rebusque iure indicatis*⁵³ XXX dies iusti sunt. 2. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito.

La natura esecutiva del processo *per manus iniectio* come emerge dalla legislazione decemvirale, che Gaio definisce *indicati*⁵⁴, si evincerebbe, quindi, dal fatto che esso promana da un accertamento irrevocabile e solenne di spettanza di un determinato diritto⁵⁵ qual era, appunto, il *indicatum*, o da un fatto che genera altrettanta incontestabilità come la *confessio*⁵⁶. Quest'ultimo caso, tuttavia, appare riferito alla sola confessione resa *in iure* di un debito pecuniario (*aes*). Quanto alla sentenza, viceversa, seppur con qualche voce contraria in dottrina⁵⁷, l'espressione '*res iure indicatae*' non sembra limitare il ricorso alla *manus iniectio* ai soli casi di *aes indicatum*, cioè in cui la pretesa – analogamente ai casi di confessione – è di *certa pecunia*: è, quindi, possibile immaginare l'ipotesi

53 È stato evidenziato che il precetto presenta delle «difficili concordanze grammaticali e sintattiche» (così A. SALOMONE, *Indicati velut obligatio*. Storia di un dovere giuridico, Napoli, 2007, 68), dato il legame (-*que*) tra il genitivo *aeris confessi* e l'ablativo *rebus indicatis*. Sul punto, si rinvia, anche per la relativa bibliografia, a R. FIORI, *Il processo*, cit., 106 ss., il quale, in ogni caso, sostiene che «dal punto di vista giuridico, non solo il tenore del versetto è perfettamente comprensibile, ma è anzi assai più logico delle proposte di emendazione».

54 Gai 4.21: *Per manus iniectioem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut indicati lege XII tabularum*.

55 Il *indicatum* era il termine impiegato per la sentenza nel processo arcaico (cfr. A. ZINI, *Sacramenta indicare*, cit., 89 ss.): nelle *legis actiones* più risalenti aveva probabilmente natura di mero accertamento. Infatti, per quanto concerne la *legis actio sacramento* (*in rem*, ma probabilmente anche *in personam*, nonostante le scarse notizie a nostra disposizione), come si evince anche da Cic. *Caec.* 33.97 e *dom.* 29.78, la pronuncia era direttamente relativa a se il *sacramentum* fosse *iustum* o *iniustum* e solo indirettamente concerneva la spettanza della *res* o l'esistenza del debito (cfr., in particolare, R. FIORI, *Ea res agatur*. I due modelli del processo formulare repubblicano, Milano, 2003, 67 ss., nonché C. PELLOSO, *Giudicare* e *decidere* in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8, ne *Il giudice privato*, cit., 61 ss.). Tuttavia, come opportunamente evidenzia A. ZINI, *Sacramenta indicare*, cit., 373 ss., e in particolare 539 ss., la pronuncia conclusiva del processo dichiarativo era di «natura intimamente esecutiva, in quanto esso era essenziale a che si ri-espandessero gli «effetti esecutivi» sospesi dal processo, ad onta della sua «forma» di sentenza di accertamento mero: essa autorizzava, infatti, la realizzazione dell'interesse della parte permettendo l'atto concreto di soddisfacimento. La realizzazione effettiva della pretesa era, dunque, estrinseca rispetto alla pronuncia stessa» (p. 545).

56 La *confessio* del convenuto era risposta affermativa alla domanda rivoltagli dall'attore in seguito all'affermazione solenne e rituale del proprio credito: così B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 100 s. Come correttamente evidenzia A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, 188, questa era da ritenersi effettuata formalmente e ritualmente se posta in essere dinnanzi al magistrato, *in iure*.

57 E. BETTI, *L'effetto della 'confessio' e della 'infinitio certae pecuniae' nel processo civile romano*, in *AAT*, L, 1914-1915, 700 ss.

di una *manus iniectio* in seguito a *res iudicata* relativa alla domanda di un *incertum*⁵⁸, ove però, almeno secondo una certa ricostruzione, il dovuto dovesse risultare comunque espresso in termini pecuniari⁵⁹. È utile precisare che la norma in Tab. 3.1 menziona la *res indicatae* e la *confessio* di un debito pecuniario quali ipotesi al ricorrere delle quali era concesso al *iudicatus* e al *confessus* un termine di trenta giorni (definiti giusti), durante i quali la facoltà del creditore di procedere ‘esecutivamente’ era momentaneamente sospesa: come testimonia Gellio, il termine era funzionale a permettere a questi soggetti di recuperare il denaro necessario al fine di adempiere.

Decorsi infruttuosamente i trenta giorni⁶⁰ (*post deinde*), quindi, il creditore vittorioso poteva esercitare la *manus iniectio*: per prima cosa, conduceva il debitore insolvente in giudizio (*in ius ducito*). Gellio ricorda solo che questo sarebbe stato destinatario del provvedimento di *addictio* (*post deinde, nisi dissoluerant, ad praetorem vocabantur et ab eo, quibus erant iudicati, addicebantur*⁶¹), senza precisare che cosa accadesse dinnanzi al pretore. Si tenta allora di ricostruire la procedura sulla base del manuale istituzionale di Gaio, nonostante la recenziarietà della fonte, il quale ricorda il cerimoniale che andava pronunciato *in iure*:

Gai 4.21: ... *quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: quod tu mihi iudicatus sive damnatus*⁶² *es sestertium X milia, quod non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum iniectio, et simul aliquam partem corporis eius prendebat; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. qui vindicem non dabat, dumducebat ab actore et vinciebatur.*

58 Non è questa la sede per comprendere se fosse esperibile la *manus iniectio* in seguito a pronuncia all’esito di *legis actio sacramento in rem*, e se questa fosse esperibile nei confronti non solo dei *praedes litis et vindiciarum* ma anche contro il soccombente. Su questi profili si rinvia a A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., 82 ss.; R. FIORI, *Il processo*, cit., 111; A. ZINI, *Sacramenta iudicare*, cit., 609 ss.

59 La questione è, invero, estremamente dibattuta. Su questi temi si rinvia alla recente monografia di A. ZINI, *Sacramenta iudicare*, cit., 367 ss.

60 Sul rapporto tra i trenta giorni *iusti* e il *iustitium* v. L. GAROFALO, *In tema di ‘iustitium’*, in *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, 121 ss.: «nel mentre aveva vigore il *iustitium* era a tutti precluso agire in giudizio (almeno per farvi valere pretese radicate nel diritto concernente i rapporti fra privati): proprio come durante i trenta giorni *iusti* di cui parlavano le XII tavole, parimenti richiamati in 20.1.43, era inibito intraprendere iniziative processuali nei confronti dei debitori».

61 Gell. 20.1.44.

62 Sul concetto di *damnatio* alcuni sostengono che il *damnatus* fosse l’erede solennemente ‘vincolato’ in seguito a legato *per damnationem* (così G. NICOSIA, *La ‘manus iniectio’: dal regime ordinario a quello della ‘manus iniectio pura’*, in *Silloge. Scritti 1956-1996*, Catania, 1998, 651 s.), mentre altri che si trattasse di ipotesi in cui in seguito alla pronuncia si fosse fatto ricorso alla quantificazione del dovuto (R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 101 ss.). Su questi aspetti si rinvia ad A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., 95, nt. 84, 181 ss.; nonché, recentemente, ad A. ZINI, *Sacramenta iudicare*, cit., 367 ss. e, in relazione al collegamento tra *damnatio* e *manus iniectio*, 583 ss.

Il formulario così riportato⁶³ consiste nell'indicazione del titolo e dell'ammontare pecuniario della somma dovuta (*quod tu mihi indicatus [sive damnatus] es sestertium X milia*⁶⁴), nonché del mancato adempimento (*quandoc tu non solvist?*), e nell'affermazione solenne che, per tale ragione, l'esecutante avrebbe proceduto alla *manus iniectio*, con indicazione ulteriore dell'ammontare del debito. Seguiva l'effettiva imposizione della mano sul corpo del convenuto.

Solo l'intervento di un *vindex* avrebbe permesso di evitare la prosecuzione della procedura⁶⁵, posto che colui che subiva la *manus iniectio* non avrebbe potuto da sé *manum depellere et pro se lege agere* – salvo i casi di *manus iniectio* cosiddetta *'pura'*⁶⁶: il *vindex* avrebbe 'assunto la difesa' dell'esecutato attraverso l'instaurazione⁶⁷ di una *legis actio* – probabilmente *sacramento in personam*⁶⁸ – con cui avrebbe contestato l'esistenza dei presupposti dell'agire creditorio (ad esempio, perché vi era stato adempimento nei trenta giorni giusti, o perché non vi era idoneo titolo per agire *per manus iniectioem*)⁶⁹. L'assunzione di questa veste comportava altresì l'assunzione del rischio che, se l'opposizione fosse risultata infondata e, dunque, il *vindex* soccombente, questi sarebbe stato

63 Il procedimento della *manus iniectio* – salvo le attenuazioni nella cd. *manus iniectio pura* – è caratterizzato dalla 'non-dialogicità', come nota icasticamente C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 212, nt. 173.

64 Il riferimento ai sesterzi e non all'*aes signatum* è frutto di un'attualizzazione operata da Gaio, come osserva A. BURDESE, *Sulla condanna*, cit., 185.

65 Cfr. Tab. 3.3: *Ni indicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito.*

66 Gai 4.23: *Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectioem, sed puram, id est non pro iudicato, velut lex Furia testamentaria adversus eum, qui legatorum nomine mortis causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia adversus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur.* 24. *Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere reo licebat. nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc verbum pro iudicato, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: ob eam rem ego tibi manum iniectio. La manus iniectio pura prevede un'attenuazione del regime 'ordinario' della *manus iniectio indicati* là dove prevede che la contestazione del 'causa' (*manum sibi depellere*) per cui si procede può avvenire direttamente da parte dell'esecutato. Su questi profili, v. G. NICOSIA, *La 'manus iniectio'*, cit., 653 ss.*

67 Non sappiamo come avveniva l'intervento di questo *vindex*, in quanto le fonti sul punto sono silenti. Si rinvia a G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 311 ss.

68 Ma v. L. FRANCHINI, *Il giudicato in rapporto alle formalità di rito (a proposito della struttura dell'obbligatio iudicati)*, in *Res iudicata*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015, 155 s. e nt. 74: «dalle fonti letterarie si evince che il *vindex* della *manus iniectio* poteva porre in essere una *solutio per aes et libram*, sorta di *vindicatio in libertatem* dell'*addictus*, o di *contravindicatio* rispetto a quella *vindicatio personae* di cui erano oggetto, a prescindere dalle formalità librali, tanto il *nexus* quanto l'*addictus*».

69 Era una sorta di quella che modernamente è definita opposizione all'esecuzione, là dove «l'intervento del *vindex* non si poteva in alcun modo avvicinare a un processo di appello, perché la causa è resa diversa dal fatto che il convenuto è una persona diversa e differente è anche l'oggetto del giudizio, in quanto non si rimette in discussione il merito della causa, ma ci si limita a verificare che esista un giudicato formalmente corretto» (così P. LAMBRINI, *Il processo privato, ne Il diritto nell'esperienza di Roma antica. Per una introduzione alla scienza giuridica*, Torino, 2021, 242).

condannato al *duplum* rispetto alla somma per cui si era agito con la *manus iniectio*⁷⁰. All'apposizione della mano e alla recitazione del formulario *in iure*, in assenza di intervento di un *vindex* e sempre fermo l'inadempimento del convenuto (come ricorda Gellio, che menziona il precetto in Tab. 3.3: '*ni indicatum facit*')⁷¹, seguiva, come si accennava, l'*addictio* magistratuale⁷², quale forma di «autorizzazione del pretore, che assegnava ... al creditore il debitore insolvente»⁷³. Questi sarebbe stato, infatti, soggetto fisicamente al potere del creditore, che si sostanzialmente nel potere di condurlo con sé nella propria casa e sottoporlo a vincoli (*qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur*). Le disposizioni decemvirali, in particolare Tab. 3.4-5, si concentrano quindi su alcune garanzie che venivano riconosciute all'*addictus* ormai condotto presso il creditore e sono pertanto relative alla successiva fase stragiudiziale: pur rinviando agli studi specifici sul punto⁷⁴, è opportuno evidenziare che la condizione in cui versava il debitore era riscattabile, qualora le parti fossero addivenute a soluzione bonaria (*pacisci*)⁷⁵. Nei sessanta giorni successivi, l'*addictus* sarebbe stato esposto a tre mercati successivi (le *nundinae*), esposizione che avveniva con l'indicazione della somma per cui era stato condannato al fine di permetterne il riscatto⁷⁶. Decorso infruttuosamente

70 Cfr. Gai 4.9 (*Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem indicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt*) e Gai 4.171 (... *adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si indicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur*...). Su questo aspetto, v. M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 347 ss.; C.A. CANNATA, *Il processo*, cit., 38 spiega l'effetto della litiscresenza in relazione al fatto che si agiva *per manus iniectioem* qualora vi fosse una causa munita di un certo grado di notorietà: «il *vindex*, che interviene a '*depellere manum*', altri non è che un cittadino, uno dei partecipi di quella notorietà, che tale notorietà contesta. Trattandosi di contestazione del notorio, il *vindex* deve, per farlo, essere ben sicuro: ecco perché non solo gli si addossa l'onere di assumersi personalmente le conseguenze del proprio intervento, ma, ad evitare comportamenti semplicemente dilatori, gli si impone di rischiare il '*duplum*'. Con ciò è garantita la serietà della contestazione». *Contra* B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 46: «crediamo ... che, se infondato, il sottrarre altri o se stesso alla *manus iniectio* si configurava come illecito punibile con *poena in duplum*».

71 Tab. 3.3: *Ni indicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito*.

72 Gell. 20.1.44: *ad praetorem vocabantur et ab eo, quibus erant indicati, addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur*.

73 C.A. CANNATA, *Profilo*, I, cit., 37.

74 V., anche per la relativa bibliografia, M. FALCON, *Il corpo del debitore, ne Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2015, 81; S. VIARO, '*Si volet, suo vivito*'. *Considerazioni sulla condizione dell'addictus nelle XII tavole*, in '*Scripta extravagantia*'. *Studi in ricordo di F. Zuccotti*, a cura di I. Faragnoli, Milano, 2024, 767 ss.

75 Cfr. Gell. 20.1.46: *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta*. Sul significato di *pacere* v. B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa': aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica al diritto giustiniano*, Milano, 2022. Del resto, la soddisfazione del creditore era preferita alle conseguenze estreme cui perveniva la *manus iniectio*: così F. ZUCCOTTI, '*Omnia iudicia absolutoria esse*', in *Riv. dir. rom.*, III, 2003, 469 ss.; L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, 151 ss.

76 Gell. 20.1.47: *Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae indicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant*.

questo termine, l'*addictus* poteva essere ucciso o – probabilmente in seguito a un'attenuazione più recente⁷⁷ – venduto *trans Tiberim*. Così ricostruita la disciplina, emerge come la procedura richiederebbe l'esistenza di una causa munita di un certo grado di incontrovertibilità, in ragione della quale si agiva (com'era, appunto, la *res indicata* o la *confessio*) e – almeno apparentemente – di una determinazione quantitativa del debito, con esclusione, quindi, delle ipotesi – ad esempio – in cui il 'titolo' non contenesse detta quantificazione. Infatti, emergono una pluralità di indizi nelle norme regolanti questa *legis actio* che depongono nel senso della necessaria pecuniarietà della somma. In particolare, il beneficio dei *triginta dies iusti* al *indicatus* e al *confessus* era funzionale, come si è visto, al reperimento del denaro necessario ad adempiere, e, quindi, sembra presupporre una preventiva stima pecuniaria del dovuto (che era effettiva nel caso di *confessio*, in quanto relativa a un debito di *certa pecunia*); inoltre, lo stesso formulario che l'esecutante doveva pronunciare *in iure* prevedeva una duplice quantificazione della somma. Nondimeno, l'eventuale condanna al *duplum* del *vindex* (che, peraltro, sembra dovesse essere «di situazione economica non inadeguata rispetto a quella del soggetto per cui interveniva»⁷⁸), che fosse soccombente nella *legis actio* promossa a contestazione dell'agire *per manus iniunctionem* del creditore, era parametrata alla somma per cui questo aveva promosso l'esecuzione. Così, infine, l'eventuale riscatto dell'*addictus* nell'esposizione ai mercati doveva avvenire in virtù di una certa quantità di denaro.

7. Un'ipotesi ricostruttiva.

L'esistenza di questi due presupposti – la sussistenza di un titolo incontrovertibile, da un lato; la quantificazione pecuniaria della somma per cui si procede, dall'altro – appare problematica qualora si ritenga che essi dovessero essere indefettibili per qualsiasi procedura che seguiva il gesto di imposizione della mano. Questo determina alcune difficoltà per riuscire a ricondurre il *manum inicere* in Tab. 1.2, che consegue al *calvi* e al *pedem struere* del *vocatus*, al 'genus' delle *manus iniunctiones*. Tuttavia, v'è margine per ritenere questa interpretazione comunque verosimile. Quanto all'esistenza di un 'titolo' certo, è stato ipotizzato che l'atteggiamento recalcitrante del destinatario della chiamata in giudizio, che si sottrae volontariamente all'instaurazione del processo, ricorrendo a scuse o tentando di fuggire, fosse idoneo di per sé a rendere la pretesa avanzata dal *vocans* inconfutabile (posto che ciò, peraltro, avveniva in presenza dei testimoni⁷⁹). In

77 L. PEPPE, *Riflessioni*, cit., 142.

78 B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 40. La fonte da cui si arriva a questa conclusione è Tab. 1.4: *Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario [iam civi] quis volet vindex esto*. Come si nota dalla collocazione palinogenetica, il frammento si trova nella I tavola (cfr., su questi aspetti, O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 375 ss.) e sembra, in prima battuta, riferirsi al *vindex* che interveniva nella *in ius vocatio* e, per i profili che qui interessano, nella *manus iniectio* contro il *vocatus* recalcitrante, dato che, «dove c'è *manus iniectio* c'è *vindex* (e viceversa)»: così G. NICOSIA, *La 'manus iniectio'*, cit., 642.

79 Cfr. Tab. 1.1: ...*antestamino: igitur em capito*.

altri termini, la causa del credito sarebbe stata, quindi, notoria e avrebbe permesso il ricorso alla procedura della *manus iniectio*⁸⁰: «il tentativo (pubblico) del *vocatus* di sottrarsi al processo per l'accertamento della *causa* è sufficiente ad attribuire alla *causa* stessa una presunzione di fondatezza che permette l'esecuzione»⁸¹.

La tesi in questione appare, tuttavia, fragile poiché cerca di spiegare il ricorso al *manum inicere* sulla base dell'asserita natura esecutiva della procedura stessa, riconducendo quindi il comportamento del convenuto a un atteggiamento assimilabile alla confessione, in quanto *calvi* e *pedem struere* realizzerebbero una forma di non contestazione della pretesa attorea. Non sembrano condivisibili i rilievi di Cannata, secondo il quale «la resistenza del convenuto ... fa, in sostanza, presumere che il chiamato sia veramente obbligato»⁸² e che, quindi, «rafforza nel senso di una notorietà presunta l'esistenza di una causa, che avrebbe, di per sé, bisogno di accertamento»⁸³. Come si è visto, infatti, il *vocatus* non era (ancora) a conoscenza della pretesa formulata dalla controparte e, neppure, della ragione sulla cui base questa si fondava, posto che la *in ius vocatio* nel processo *per legis actiones* non richiedeva l'*editio actionis*. Non sussistendo alcuna indicazione della *causa*, questa non poteva ammantarsi di un crisma di incontestabilità in virtù della non contestazione o resistenza del *vocatus*. L'intuizione, tuttavia, non è da rigettare *in toto* là dove riconosce che la soggezione alla *manus iniectio* non possa che avvenire in virtù di un titolo dotato di un certo grado di notorietà. Nel caso di Tab. 1.2, si potrebbe ipotizzare che questa sia assicurata dalla previa chiamata dei testimoni⁸⁴, come evidenzia lo scolio di Porfirione che intende l'*antestamino* in Tab. 1.1 nel senso di '*antequam manum inicitur*'. Ma non è da escludere, neppure, che quella notorietà sia garantita, ritenendo che Tab. 1.2 si riferisca a condotte compiute *in iure* dal *vocatus* già trascinato in giudizio in seguito al *capere*, dal fatto che le condotte in oggetto siano poste in essere proprio dinnanzi al magistrato⁸⁵. La sua presenza avrebbe infatti assicurato quella pubblicità necessaria per il legittimo ricorso all'uso della forza. In sintesi, quindi, appare discutibile per le ragioni anzidette che questa notorietà determinasse l'idoneità del comportamento a costituire una sorta di titolo esecutivo in virtù del quale era possibile agire esecutivamente. La causa per agire *per manus iniectioem* doveva essere, però, notoria perché solo se assistito da una qualche forma di pubblicità sarebbe stato legittimo il gesto di apposizione della mano. Questa spiegazione, peraltro, potrebbe ben valere anche in caso di *manus iniectio iudicati* là dove la sentenza e la confessione erano munite di notorietà.

In ogni caso e più in generale, com'è stato opportunamente posto in luce da recenti studi, il *manum inicere* è impropriamente ritenuto una procedura di 'natura esecutiva',

80 C.A. CANNATA, *Profilo*, I, cit., 43 s.

81 C.A. CANNATA, *Violenza*, cit., 386 s.

82 C.A. CANNATA, *Profilo*, I, cit., 44.

83 C.A. CANNATA, *Profilo*, I, cit., 44.

84 Sul punto, v. A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., 119 ss.

85 Cfr. C. GIOFFREDI, *I tribunali*, cit., 288 ss., che collega, almeno nell'epoca più arcaica, il tratto della pubblicità dell'amministrazione della giustizia al fatto che si svolgesse all'aperto.

in quanto svolge più precisamente una funzione di tipo ‘affittivo’ e ‘sanzionatorio’ di taluni comportamenti reputati illeciti dall’ordinamento. Questo aspetto è evidente se si tiene in considerazione il fatto che le conseguenze estreme cui perviene tale procedura – come descritte dalla combinata lettura dei passi gelliani e gaiani sul punto e poc’anzi evidenziati – sono la vendita *trans Tiberim* o la morte dell’*addictus*: non appare, quindi, essere una conseguenza idonea né proporzionale alla soddisfazione di un interesse creditorio, ma volta al più all’irrogazione di una sanzione per un comportamento illecito del debitore⁸⁶. A ben vedere, la disposizione in Tab. 3.3 prevede l’autorizzazione di colui che agisce a ‘*secum ducere*’ l’*addictus* al ricorrere di due presupposti negativi⁸⁷: ‘*ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit*’. Quanto all’intervento del *vindex*, si è detto: la norma precisa che questo soggetto doveva intervenire *in iure* a ‘*manum depellere*’ affinché venisse instaurata la *legis actio* (probabilmente *in personam*) con cui si sarebbe proceduto a contestare il diritto del *manum inicens* ad aver attivato la procedura.

È da sottolineare, ora, l’espressione ‘*ni iudicatum facit*’, dalla quale si può trovar conferma del fatto che la *manus iniectio* (con le relative conseguenze) era esperibile non tanto in ragione di una *res iudicata*, da cui promanasse una sorta di ‘*vis*’ esecutiva, ma in ragione di un comportamento (omissivo) del *iudicatus* che non avesse ottemperato alla sentenza e che era sentito come illecito. A ben vedere, infatti, il contegno richiesto non trovava giuridicamente fondamento sulla *res iudicata*, cioè dalla stessa non sorgeva una vera e propria obbligazione (posto che, tra l’altro, la pronuncia al termine di una *legis actio* non era formalmente di condanna⁸⁸), anche se il soccombente era tenuto al «compimento di un arco di comportamenti legati da un punto di vista eziologico alla sentenza»⁸⁹. Ciò non toglie, tuttavia, che la *causa* non fosse il *iudicatum* in sé, ma il mancato *iudicatum facere* della parte soccombente, da intendersi quale «eseguire il *ius* in conformità a quanto pronunciato in giudizio»⁹⁰. Del pari, si deve ritenere che il contegno tenuto dal *vocatus* recalcitrante e, dunque, «il rifiuto di aderire alla *in ius vocatio* ritualmente compiuta fosse considerato, in antico, illecito analogo a quello di chi non avesse pagato la somma di denaro alla quale fosse stato regolarmente condannato o per la quale avesse ammesso ritualmente la propria situazione di debitore»⁹¹. Questo rilievo permette, inoltre, di smentire l’assunto secondo il quale era possibile agire *per manus iniectioem* solo qualora il debito fosse certo nell’ammontare. I termini impiegati dal legislatore decemvirale (‘*ni iudicatum facit*’) si presentano alquanto generici e non limitati alla sola ipotesi di pagamento della somma individuata dalla sentenza di condanna.

86 V. B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 56 ss.; L. PEPPE, *Riflessioni*, cit., 147 ss.; nonché, più recentemente, A. ZINI, ‘*Sacramenta iudicare*’, cit., 554 ss., anche per la relativa bibliografia.

87 Cfr. G. NICOSIA, *La ‘manus iniectio’*, cit., 648.

88 V. nt. 55.

89 A. SALOMONE, ‘*Iudicati velut obligatio*’, cit., 73.

90 R. FIORI, *Il processo*, cit., 113.

91 B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 35.

Quanto alla disposizione in Tab. 3.1, Burdese ha posto in luce che la pecuniarietà del debito oggetto della *confessio* e della *res indicata* fosse richiesto non tanto per l'esperibilità della *manus iniectio* in sé, quanto piuttosto per la concessione dei *triginta dies iusti*, che – come si è visto – erano funzionali al reperimento del denaro da parte del debitore per adempiere⁹². Tale termine non sarebbe stato, invece, necessario qualora si fosse trattato di un *indicatum* relativo a un *incertum*, come nel caso di delitto, posto che in quel caso il convenuto soccombente non avrebbe avuto bisogno di beneficiare di una 'sospensione' per recuperare la somma⁹³.

Più complesso è, invece, ritenere che si potesse agire attraverso il *manum inicere* anche in assenza di una quantificazione in denaro alla luce delle parole del formulario pronunciate da chi agiva dinnanzi al *praetor*, di cui fornisce testimonianza Gaio. Le ipotesi per 'superare' questa obiezione potrebbero essere due. In primo luogo, si potrebbe sostenere che i *verba* ricordati dal giurista antoniniano valessero per la sola *manus iniectio iudicati*, ma non per altre forme della stessa procedura e che, quindi, la liturgia verbale seguita dal precedente potesse variare a seconda delle ipotesi: ciò sarebbe suffragato dal fatto che Gaio, a solo titolo esemplificativo (*velut*), parla della procedura in seguito a *indicatum*. Tuttavia, non è da escludere che colui che procedeva alla *manus iniectio* potesse da sé quantificare la somma che gli era dovuta. Questa ipotesi potrebbe trovare riscontro nello stesso formulario ricordato nelle Istituzioni, là dove il *manum inicere* procedeva due volte alla determinazione della somma dovuta (*quod tu mihi indicatus ... es sestertium X milia, ... ob eam rem ego tibi sestertium X milia manum inicere*). Non è, infatti, di immediata percezione quale sia il significato di una duplice quantificazione del dovuto, e non appare soddisfacente spiegarlo semplicemente alla luce dell'arcaismo e del ritualismo che caratterizzava la procedura in esame. A tal proposito, dunque, si potrebbe ipotizzare che il periodo subordinato introdotto dalla congiunzione causale *quod* contenesse necessariamente il 'titolo' in ragione del quale si procedeva (*quod tu mihi indicatus es*), ma che la quantificazione del dovuto fosse solo eventuale. In sua assenza sarebbe stato necessario procedere alla determinazione della somma «onde rendere possibile il riscatto del convenuto ad opera del terzo»⁹⁴: a ciò era diretta la seconda quantificazione nel periodo principale con cui si affermava solennemente di procedere alla *manus iniectio* che, qualora il titolo non fosse stato certo nel *quantum*, sarebbe stata l'unica e che, secondo questa ricostruzione, si sarebbe determinata in base alla stima operata dal precedente. Dunque, ben si potrebbe ammettere il ricorso alla *manus iniectio* anche in ipotesi in cui non fosse presente un debito pecuniario, come nel caso regolato da Tab. 1.2⁹⁵.

92 A. BURDESE, *Sulla condanna*, cit., 188 s. Cfr. Gell. 20.1.42: *Confessi igitur aeris ac debiti indicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissoluerent.*

93 V. A. BURDESE, *Sulla condanna*, cit., 188 ss.

94 C.A. CANNATA, *Profilo*, I, cit. 56.

95 Ma anche qualora si voglia ammettere l'esistenza di una *manus iniectio* contro il *fur manifestus* sulla base di Gai 3.189, ove il presupposto del ricorso a questa procedura era senz'altro la commissione di un illecito.

Volendo percorrere questa ipotesi, tuttavia, resta aperta la questione su quali fossero le conseguenze qualora la stima proposta da colui che agiva fosse stata contestata (e da chi potesse essere contestata): le fonti, sul punto, non forniscono una risposta. La dottrina opportunamente ritiene che si sarebbe potuto procedere a un *arbitrium litis aestimandae*⁹⁶, su impulso del convenuto che subiva la *manus iniectio*, senza necessario intervento – a tal fine – di un *vindex*⁹⁷.

Ricostruita così la procedura e superati gli ostacoli relativi alla necessaria quantificazione in denaro della pretesa, non può che ammettersi che il *manum endo iacere* in Tab. 1.2 costituisca una forma di *manus iniectio*, quale ‘sanzione’ al comportamento illecito del *vocatus* che si è sottratto o tenti di sottrarsi volontariamente all’instaurazione del giudizio (*si calvitur pedemve struit*).

La funzione di questo rimedio, affittivo prima che esecutivo, appare funzionale a coartare in via indiretta la volontà del destinatario della chiamata in giudizio, affinché assuma la veste processuale di convenuto, necessaria ai fini della corretta celebrazione del processo *per legis actiones*. Proprio questa finalità ‘general-preventiva’ permette di ipotizzare una diversa modulazione della procedura rispetto a quella descritta da Gellio e da Gaio, in relazione all’inottemperanza della sentenza (*ni iudicatum facit*).

Di regola l’interesse dell’ordinamento era, infatti, realizzare una composizione della lite, anche evitando le conseguenze estreme cui perveniva la *manus iniectio*⁹⁸: nel caso di *manus iniectio indicati*, come si è visto, la procedura si interrompeva qualora le parti avessero trovato un accordo bonario (*pacisci*), che risultava essere ‘satisfattivo’ dell’interesse creditorio. Nell’ipotesi di *manus iniectio* considerata da Tab. 1.2, invece, non appare precipuo parlare ancora di soddisfazione del creditore, in quanto – come si è visto – la pretesa non è ancora enunciata: tuttavia, è possibile immaginare che il *manum inicere* del *vocans* si interrompesse, in questo caso, qualora il *vocatus* accettasse di costituirsi in giudizio e farsi parte attiva⁹⁹ nel processo¹⁰⁰, venendo meno quel comportamento illecito che giustificava la sanzione.

96 A. ZINI, ‘*Sacramenta indicare*’, cit., 577 ss.

97 M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 295.

98 Cfr. Gell. 20.1.49-52: *Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare: Tertiis inquit nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto* Nihil profecto inmitius, nihil inmanius, nisi, ut reapse apparet, eo consilio tanta inmanitas poenae denuntiatast, ne ad eam umquam perveniretur. Adlici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt, dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi neque auctori, quoniam saevitia ista poenae contemni non quitast. V. F. ZUCCOTTI, ‘*Omnia iudicia absolutoria esse*’, cit., 469 ss.

99 Sul punto, G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 321.

100 La diversità di regime tra le varie *manus iniectioes* è ammessa da G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 321; C. PELLOSO, *Studi*, cit., 192 ss.; G. NICOSIA, *Responsabilità*, cit., 105 s.

8. *Alcune riflessioni di sintesi.*

La disposizione ‘*si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*’ in Tab. 1.2 si iscrive, dunque, nel sistema di sanzioni apprestato dall’ordinamento romano ai fini di assicurare la presenza di entrambi i contendenti *in iure* per la corretta instaurazione del processo privato, necessariamente bilaterale. Essa si colloca in una sorta di progressione quanto a gravità rispetto al precedente *carmen* in Tab. 1.1, ove è previsto che alla mancata comparizione del *vocatus*, previa chiamata dei testimoni, il *vocans* poteva procedere a un’apprensione fisica nei suoi confronti, probabilmente al fine di condurlo in giudizio.

La norma in Tab. 1.2, prevedendo un capovolgimento del soggetto tra protasi e apodosi, descrive nella prima, quali presupposti, due condotte ascrivibili al destinatario della *vocatio in ius*, maggiormente qualificate rispetto al non recarsi in giudizio: *si calvitur e pedem struit*. Il primo atteggiamento si caratterizza quale inganno e procrastinazione del *vocatus*, che – allo scopo di vessare, arrecare un danno alla controparte – volontariamente ritarda o adduce una serie di scuse e impedimenti al fine di impedire la celebrazione del processo. L’espressione *pedem struere*, invece, è maggiormente oscura, ma ne sarebbe escluso il carattere di simbolo giuridico di opposizione alla pretesa: di essa, infatti, il *vocatus* non era necessariamente ancora edotto in questa fase stragiudiziale e gli atti e i gesti che rappresentano la contestazione della domanda attorea, di regola, sono precisamente individuati e comportano lo svolgimento della fase *apud iudicem*. È ben più probabile che la locuzione indichi – come evidenziano i passi di Festo sul punto – l’atteggiamento di chi si sottrae (o tenta di sottrarsi) fisicamente all’instaurazione del processo, rallentando il passo, cambiando direzione o, addirittura, tentando di fuggire. Questi significati denotano una condotta, al pari del *calvi*, che appare sorretta da un certo grado di volontarietà. Al ricorrere di questi presupposti, l’attore è autorizzato a *manum inicere* e a procedere secondo il rituale regolato dai *mores* e, per taluni aspetti, dalla terza tavola, seppur con gli opportuni adattamenti rispetto all’ipotesi di *manus iniectio iudicati*. Il procedimento *per manus iniectioem* non realizza – almeno in epoca più arcaica e per talune ipotesi – propriamente una funzione esecutiva, nel senso di soddisfazione concreta del creditore, ma esprime soprattutto una finalità sanzionatoria e affittiva, mirante a fungere da modalità di ‘coazione indiretta’ all’ingaggiare il giudizio. Infatti, Tab. 1.2 descrive due condotte del *vocatus* considerate illecite (e, quindi, sanzionabili) al pari del mancato *iudicatum facere* del debitore soccombente o confesso, come si evince da Tab. 3.3.

A tale conclusione non osta il fatto che, di regola, la *manus iniectio* è esperibile in ragione di una causa munita di incontestabilità e per un credito certo nell’ammontare. Quanto al primo requisito, la notorietà – che non andrebbe intesa nel senso che la *causa* funge da titolo esecutivo, da cui promana una forza tale da agire *per manus iniectioem* – è assicurata anche nei casi descritti in Tab. 1.2. Questa infatti potrebbe derivare dalla previa chiamata dei testimoni (*antestamino*) che renderebbe lecito il ricorso alla violenza, perché munito di un controllo sociale a monte.

Quanto alla patrimonialità della somma per cui si agisce, appare verosimile ipotizzare che il *vocans*, dinnanzi al pretore, in seguito alla conduzione in giudizio della controparte, potesse procedere direttamente alla quantificazione, o addirittura con un formulario diverso rispetto a quello riportato da Gaio nelle Istituzioni (Gai 4.21).

Resta da chiarire se questi atteggiamenti del *vocatus* e la conseguente *manus iniectio* da parte dell'avversario si realizzino in una fase ancora stragiudiziale, come sembrano credere gli studiosi che si sono occupati del precetto, o se, invece, possa ritenersi che le parti siano già di fronte al magistrato *in iure*: quest'ultima ipotesi, che si è cercato di abbozzare in questa sede, non escluderebbe quella notorietà richiesta per *manum inicere* (svolgendosi, appunto, di fronte ad un'autorità della *civitas*) e renderebbe più chiaro e coerente il significato della locuzione *si calvitur pedemve struit* (cioè se il *vocatus* tenta di ingannare, forse cercando di nascondere la propria identità di debitore, o di fuggire dal *tribunal*).

Le conclusioni a cui si perviene non trovano diretta conferma dalle fonti che, in punto di *manum inicere* in Tab. 1.2, sono silenti. Purtuttavia, il regime così delineato sembra confermato anche dalla permanenza, nel sistema formulare, di un sistema 'sanzionatorio' in ipotesi di mancata collaborazione della controparte già al momento della chiamata in giudizio. Infatti, nel processo *per formulas* «il *vocatus* che, pur raggiunto dalla *in ius vocatio*, non ottemperava alla chiamata o non dava *vindex* idoneo ... era pure soggetto ... ad un'*actio in factum* penale, tendente all'irrogazione di una pena pecuniaria, che non incideva sull'esperibilità dell'azione principale»¹⁰¹. La perdurante illegittimità della mancata collaborazione del *vocatus* all'instaurazione del processo si tradurrebbe, anche in questo, nella predisposizione da parte dell'ordinamento di rimedi affittivi che possano, quantomeno indirettamente, indurlo a ingaggiare la contesa.

101 L. D'AMATI, *Sulla cooperazione*, cit., 863 s. Cfr., in particolare, Gai 4.46 (... *ceterae quoque formulae, quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit* ...) e Gai 4.183 (*In summa sciendum est eum, qui cum aliquo consistere velit, in ius vocare oportere et eum, qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praetoris committere* ...).

ABSTRACT: La necessaria presenza *in iure* dei due contendenti per poter instaurare e celebrare il processo *per legis actiones* era assicurata, in primo luogo, dalla chiamata in giudizio dell'avversario da parte di chi avanzava la pretesa. In merito a questa *in ius vocatio*, il presente contributo intende gettare nuova luce – attraverso un'analisi delle fonti non solo giuridiche, ma anche letterarie – su una disposizione decemvirale di oscuro significato (Tab. 1.2: *si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*) e che presenta profili problematici sia per quanto concerne l'interpretazione delle condotte ascrivibili al destinatario della citazione in giudizio (*si calvitur pedemve struit*), sia per ciò che riguarda l'autorizzazione al *vocans* a *manum inicere*. Il risultato cui si perviene è che, al comportamento ingannatorio, procrastinatore e di fuga del *vocatus*, corrisponde l'esperibilità del rito della *manus iniectio* – con alcuni adattamenti rispetto al procedimento che di regola segue un giudicato o una confessione di un debito pecuniario –, anche alla luce del fatto che questa *legis actio* aveva in epoca arcaica una funzione più propriamente sanzionatoria e afflittiva che non esecutiva. Avrebbe, quindi, potuto fungere da mezzo di coazione indiretta alla partecipazione attiva in giudizio del destinatario della chiamata.

PAROLE CHIAVE: *In ius vocatio* – XII tavole – *Manus iniectio* – Esecuzione personale – Processo arcaico – Ritualità – Coazione indiretta – Contraddittorio.

Riccardo Maset

IN TEMA DI (NON) EQUO PROCESSO DAVANTI ALLA
CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il lungo viatico verso l'effettività della tutela dei diritti umani e i rapporti fra le diverse carte internazionali. – 3. L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 3.1. Il primo 'piatto della bilancia': il 'diritto di accesso al Tribunale' e il travagliato *iter* che ha condotto al suo riconoscimento nel sistema della Cedu (il caso *Golder v. UK*) – 3.2. L'altro 'piatto delle bilancia': la ragionevole durata del processo. – 4. Sulle ragioni del formalismo in Cassazione. Fra (In)efficienza ed efficientismo: l'incapacità della Corte di Cassazione di stare al passo con le richieste di giustizia e il (vano) tentativo di recuperare terreno sacrificando il diritto di accesso alla Corte. – 5. Il primo artificio: il principio di autosufficienza e la sentenza Succi. – 6. Il secondo artificio: l'improcedibilità per violazione dell'art. 369 c.p.c. e la sentenza Patricolo – 6.1. L'evoluzione giurisprudenziale (in chiave anti-formalistica) intorno agli oneri di deposito prescritti dall'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c. – 6.2. Gli orientamenti della Corte sul tema della mancanza di autenticazione delle copie fotostatiche della PEC di notifica della sentenza (e dei suoi allegati). – 7. Il terzo artificio: la *vexata quaestio* della 'procura spillata'. – 8. Il quarto artificio: il quesito di diritto e la sentenza Trevisanato. – 9. Dall'introduzione della sezione filtro al nuovo art. 380-*bis* c.p.c. – 10. La Cassazione oscillante fra lo *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, il problema dell'art. 111, comma 7, Cost. – 11. La nuova 'revocazione europea' e il problema della sua applicabilità alle violazioni dell'art. 6 CEDU. – 12. Note di sintesi e conclusive: prospettive future per la giustizia di legittimità e inquietudine fra Corti.

1. *Premessa.*

Il presente contributo si propone di fornire in chiave diacronica uno sguardo sullo stato in cui versa attualmente il giudizio di Cassazione, analizzando le difficoltà che la Suprema Corte affronta e ha storicamente affrontato dovendo destreggiarsi fra il suo ruolo di organo deputato alla nomofilachia e quello di organismo di ultima istanza rispetto alla richiesta di giustizia dei singoli cittadini. Come è stato a più riprese sottolineato dalla dottrina¹, l'apparentemente inestinguibile problema che affligge il giudizio della Corte sta proprio nella mancanza di una chiara presa di posizione

1 *Ex multis*, G. VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *judicium.it*; R. POLI, *La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2017, 129; F. AMENDOLA, *La Cassazione è in grado di svolgere adeguatamente la funzione nomofilattica*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, IV, 2022, 337.

dell'ordinamento nella primordiale collisione fra le funzioni di *ius constitutionis* e di *ius litigatoris* assolve dalla Cassazione².

Questo conflitto irrisolto si innesta in processo quale quello italiano, caratterizzato, in tutte le sue propaggini, da una atavica lentezza e da un ciclopico arretrato il che acuisce ulteriormente la situazione di crisi in cui versa il giudizio di legittimità.

Date queste premesse la Corte negli anni ha cercato di elaborare degli *escamotage* che le permettessero di alleggerire la pressione che la gravava, ritenendo che la miglior terapia possibile fosse da rintracciarsi nell'apposizione di quanti più ostacoli o trappole sul sentiero dell'avvocato che 'osasse' sfidarla chiedendole udienza.

Da qui lo sviluppo di una serie di istituti ed interpretazioni normative volte a complicare in maniera innaturalmente artificiosa l'accesso stesso alla Corte in modo da far proliferare le pronunce di rigetto in rito, sacrificando sull'altare dello smaltimento delle cause accumulate e della velocizzazione dei giudizi le possibilità di accesso alla giustizia. Il presente lavoro, quindi, intende dapprima fornire le coordinate necessarie per muoversi fra i due poli (accesso alla giustizia e ragionevole durata del giudizio) che dovrebbero essere equamente tenuti in considerazione da chi eroga il servizio giustizia (lo Stato, sia quando veste i panni del legislatore che quando veste i panni del giudice), in modo da garantire quel diritto al *fair trial* che rappresenta un obbligo sia di carattere internazionale³ che costituzionale, analizzando, in chiave comparatistica e diafasica le disposizioni che vincolano il nostro stato, con particolare attenzione al diritto vivente formatosi intorno all'art. 6.1 CEDU, per proseguire poi con una rappresentazione diacronica dell'arretrato della Cassazione e della durata dei suoi giudizi nel corso degli ultimi vent'anni, prima di analizzare non solo i principali episodi caratterizzanti la spirale formalistica in cui si è avviluppata la nostra Corte sin dal crepuscolo del secolo scorso ma anche come gli stessi siano stati nel tempo man mano rivisti dalla Corte o a seguito di una diretta condanna comminata da Strasburgo (come nel caso delle due pronunce che danno il titolo a questo contributo) o in maniera 'spontanea' a seguito di una rilettura esegetica operata nel prisma dell'art. 6.1 CEDU.

Infine, si darà conto di quelli che sono, quantomeno ad avviso di chi scrive, alcune delle più maliose e ficcanti osservazioni formulate dalla scienza processualistica sia rispetto alle probabili cause delle problematiche che affliggono il giudizio di Cassazione sia rispetto alle possibili soluzioni utili per, quantomeno, tamponarne le ferite.

2 Conflitto che si radica pervicacemente nell'art. 111, comma 7, Cost. su cui vedi *infra*.

3 Come si vedrà su molteplici livelli anche su il *focus* principale sarà rappresentato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

2. *Il lungo viatico verso l'effettività della tutela dei diritti umani e i rapporti fra le diverse carte internazionali.*

È drammaticamente noto come le società (specialmente occidentali in quanto maggiormente coinvolte nel conflitto bellico) del secolo scorso, svegliatesi dall'incubo in cui era piombata (*rectius*: avevano fatto piombare) l'umanità, abbiano preso coscienza della inefficacia del sistema di tutela dei diritti fondamentali rimesso esclusivamente alle carte costituzionali e pertanto puramente nazionale ed egoriferito⁴, il quale non poteva porre gli stessi al riparo da quella che era (ed è) la principale minaccia per gli stessi (ossia lo Stato stesso) ed abbiano percepito un'esigenza quasi epidermica di individuare un meccanismo di protezione sovra-nazionale. Ed è altrettanto noto come, proprio in conseguenza di tale epifania, nel dopoguerra la fallimentare Società delle Nazioni sia stata sostituita dall'odierna Organizzazione delle Nazioni Unite nel cui contesto venne approvata, il 10 dicembre del 1948, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, primo atto internazionale di questa tipologia, il cui preambolo rendeva ben chiare sia le ragioni della propria genesi⁵, sia il fine cui la stessa mirava⁶.

La portata e la centralità storica di tale atto fu duplice: da un lato esso, in sé e per sé considerato, rappresentava una prima forma ufficiale e scritta di riconoscimento, in materia di diritti della persona, di un patrimonio comune (o che quanto meno veniva affermato come tale) agli stati aderenti alla neonata Organizzazione (coinvolgente all'epoca cinquantun Stati); dall'altro in quanto da essa si aprì un viatico che portò, in seno alla stipulazione di altre convenzioni fra Stati aventi carattere 'regionale', all'elaborazione di altre Carte volte a riconoscere e a tradurre per iscritto questo percepito bisogno di salvaguardia dei diritti umani.

Nacquero così, ad esempio, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950); la Convenzione americana sui diritti umani (1969); la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981); la Carta Asiatica dei diritti umani (1986). Con ogni evidenza, ai fini del presente contributo, l'attenzione sarà rivolta esclusivamente nei confronti della prima (cronologicamente parlando) di tali 'convenzioni regionali': la CEDU. Lo strettissimo vincolo che lega la Dichiarazione del 1948 con la CEDU si rivela plasticamente nel preambolo di quest'ultima il quale afferma: «considerata la Dichiarazione universale

4 Un sistema ormai estremamente risalente nel tempo ove si consideri che la prima dichiarazione in tal senso è, con ogni probabilità, rappresentata dal *Bill of Rights* britannico del 1689, seguito, a quasi un secolo di distanza, dalla *Declaration of Rights* nordamericana del 1774 e dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francese del 1789.

5 «Considerato che il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità, e che l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno è stato proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo».

6 «Considerato che è indispensabile che i diritti umani siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione».

dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948; considerato che detta Dichiarazione mira a garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi sono enunciati'; nonché 'risoluti, in quanto governi di Stati europei animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto, a prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale».

In altri termini, pertanto, la Convenzione è stata plasmata in seno al Consiglio d'Europa con lo scopo di fornire un effettivo ed efficace sistema rimediabile (e quindi garantire l'osservanza e il rispetto) rispetto alla stessa Dichiarazione universale⁷.

Il problema fondamentale di quest'ultima è che essa, infatti – pur avendo colto l'esigenza della necessaria internazionalizzazione dei diritti fondamentali, realizzando come fosse solo attraverso tale processo teso alla creazione di una nicchia di diritti innanzi ai quali la sovranità statale si sarebbe dovuta arrestare secondo il principio per cui *humana dignitas servanda est*⁸ – rappresentasse (non diversamente dalle vecchie Carte dei diritti nazionali sorte durante il XVIII e il XVII secolo) nulla più che un'elencazione di norme programmatiche, prive di un vero sistema rimediabile, presieduto da una Corte *ad hoc* capace di sanzionare i trasgressori, che le consentisse di svolgere pienamente la propria funzione. Da qui l'esigenza percepita in Europa di implementare efficacemente un sistema siffatto. La Convenzione europea era (ed è), quindi, in questo senso funzionale (ancorché in una ridotta porzione geografica) alla Dichiarazione universale, da qui l'esistenza di molteplici affinità elettive fra le due Carte.

Tali aderenze non si colgono solo nei preamboli e nelle radici storiche dei due documenti, ma emergono evidentemente anche da un rapido confronto dei rispettivi articolati dai quali emerge la corrispondenza persino nell'ordine in cui sono elencati i diritti tutelati⁹. Tuttavia, il vecchio continente, non si è accontentato dell'adozione di un unico sistema (effettivo ed efficace in quanto munito di sanzioni e organo giurisdizionale proprio) di salvaguardia dei diritti fondamentali. In tal senso si deve ricordare come anche il successivo percorso di mutua integrazione fra gli Stati europei¹⁰ sia sfociato nella capitolazione dei valori comuni nel campo dei diritti fondamentali della

7 E, con un minimo di speculazione, non sembrano particolarmente oscuri i motivi che hanno indotto proprio e solo l'Europa all'elaborazione, tramite l'istituzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in tempi così celeri di un sistema che potesse fornire una vera ed effettiva tutela dei diritti umani, in quanto sono certamente le società del principale scenario degli orrori emersi nella prima metà del secolo, quelle che potevano vedere più concretamente le manifestazioni di tali mostruosità, che sentivano più impellente la necessità di un'assicurazione sul fatto che tali abomini non potessero più ripetersi.

8 Rispetto a tale discorso cfr. V. PETRALIA, *Equo processo, giudicato nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, spec. 7; nonché M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006, XI.

9 Scorgendo i primi ci si imbatte nel: diritto alla vita; divieto di schiavitù; divieto di tortura; diritto di libertà; diritto ad un equo processo, e così via.

10 Che ha rapidamente travalicato i confini delle mere ragioni economiche proprie della Comunità Europea per culminare nella cooperazione ad ampio spettro propria dell'Unione.

persona dei paesi aderenti. In questo modo, il 7 dicembre 2000 venne approvata (nella sua prima versione) la Carta Fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea (CFDUE)¹¹

Con l'entrata in vigore del nuovo documento si chiude un cerchio che ha portato l'Europa (*rectius*: la maggioranza degli Stati che compongono questa regione geografica) da un sistema di tutela fondato esclusivamente su una serie di 'norme programmatiche' contenute in singoli atti nazionali vigente prima del secondo conflitto mondiale, il quale pativa un evidente 'difetto di forza'¹², ad un sistema complesso e composito¹³ in cui si rintracciano quattro livelli di riconoscimento dei diritti fondamentali: la Dichiarazione Universale¹⁴; la CEDU; la Carta di Nizza; le singole Costituzioni nazionali¹⁵.

Quanto sin qui detto serve solo a dare una vaga idea del travagliato percorso storico che ha portato alla formulazione dell'attuale complesso sistema di riconoscimento e di effettiva tutela (per mezzo delle diverse Corti a cui i diversi documenti riconoscono potere giurisdizionale) dei diritti fondamentali.

3. *L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo.*

Ai fini del presente contributo è tuttavia ora necessario abbandonare l'analisi (del tutto sommariamente condotta per ragioni di economia del discorso) dell'impalcatura così eretta per poter sezionare nello specifico uno di questi diritti fondamentali comune a tutti i documenti sin qui ricordati: il diritto all'equo processo. Volendo essere ancor più precisi, questo lavoro, che trova la propria occasione in due recenti pronunce rese dalla Corte di Strasburgo, richiede di analizzare tale diritto sotto la lente di quest'ultima¹⁶.

11 La quale, come noto, a seguito del Trattato di Lisbona ha, oggi, lo stesso valore giuridico dei trattati fondativi dell'Unione stessa (art. 6 TUE).

12 L'espressione è di M. SCALABRINO, *La tutela dei diritti umani nella sua evoluzione storico-giuridica*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, a cura di G. Biscottini, Milano, 1981, 23.

13 Sulla creazione del 'circolo virtuoso fra normativa nazionale, europea e internazionale incentrato sulla tutela dei «droits fondamentaux du procès», cfr. A. PANZAROLA, *Alla ricerca dei 'substantialia processus'*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 680 (spec. 684).

14 Che, come detto, conserva giuridicamente quel medesimo valore che, più che propriamente giuridico, si potrebbe definire di 'mero auspicio', comune agli ancestrali documenti volti al riconoscimento dei diritti.

15 Dovendosi inoltre precisare come anche queste ultime non siano rimaste immuni alle vicende storiche che abbiamo citato. Prendendo in considerazione, ad esempio, il caso dell'Italia, non solo la Carta Costituzionale del nostro paese nasce di per sé come atto di reazione e di cura rispetto alle lacerazioni lasciate dal conflitto (e soprattutto dal ventennio che lo aveva preceduto) ma, inoltre, ha subito delle successive modifiche proprio finalizzate ad un miglior adeguamento ad alcuni dei precetti dettati dalla CEDU (e dunque anche dalla Dichiarazione Universale). Il riferimento, di evidente aderenza a quello che è il macro-tema del presente contributo è alla riforma dell'art. 111 Cost., relativo al c.d. 'giusto processo', attuata con l. Cost. n. 2 del 1999.

16 È infatti opportuno precisare come malgrado le mutue inferenze fra i vari documenti e il chiaro evidente apparenamento nel modo in cui questi ricostruiscono i vari diritti, nondimeno sarebbe errato ritenere che sussista una piena identità di contenuto fra gli stessi in quanto vi sono (e saranno oggetto di trattazione nel proseguo della presente indagine) delle considerevoli differenze nei testi delle varie Carte.

All'interno della CEDU l'equo processo è disciplinato dall'art. 6.1¹⁷ secondo cui: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

Da questa disposizione si possono ricavare i vari sotto-principi in cui si articola l'equo processo: riserva di legge; pubblicità del giudizio; imparzialità, terzietà, indipendenza e precostituzione ed immutabilità del giudice; ragionevole durata del giudizio¹⁸.

Resta fuori da questo catalogo espresso, ma è pacificamente riconosciuto dal diritto della Corte di Strasburgo come un 'non detto' dell'art. 6 CEDU, il diritto di accesso al Tribunale. Nelle pagine che seguono ci si soffermerà in particolare proprio su queste due ultime espressioni dell'equo processo: il diritto di accesso al Tribunale e la ragionevole durata del processo in quanto è proprio in ragione delle pulsioni dettate dal giogo di questi due principi, talvolta operanti in modo asincrono e financo contrario fra di loro, che il processo italiano è stato trascinato (o si è trascinato) in quelle derive che sono state censurate dalle pronunce della Corte di Strasburgo in epigrafe.

3.1. Il primo 'piatto della bilancia': il 'diritto di accesso al Tribunale' e il travagliato iter che ha condotto al suo riconoscimento nel sistema della Cedu (il caso *Golder v. UK*).

Come anticipato sul finire del precedente paragrafo, l'art. 6 delle CEDU non fa espresso riferimento ad un diritto di accesso al Tribunale e, ciononostante, lo stesso è (oggi) unanimemente riconosciuto dal diritto vivente di Strasburgo come sottolineato, fra le altre, anche proprio dalle sentenze Succi e Patricolo. Eppure, storicamente, l'affermazione di tale principio all'interno della giurisprudenza della Corte non fu affatto scontata¹⁹. La stessa sentenza che per prima riconobbe l'esistenza di tale diritto quale

17 I successivi paragrafi, ineriscono, più specificamente, al processo penale.

18 Per una puntuale analisi delle caratteristiche e delle garanzie sottese all'equo processo nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo si veda *ex multis* la ricostruzione offerta da V. PETRALIA, *Equo processo*, cit., 165 ss.; G. COSTANTINO, *Tutela dei diritti e regole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, VI, 2017, 1418. Della «riflessioni dei giuristi [sui...] principi [...] che meritano veramente di essere annoverati fra gli elementi essenziali per poter qualificare un ordine giuridico-processuale come 'giusto'» si è occupato anche, diffusamente, A. PANZAROLA, *Alla ricerca*, cit., 680 (spec. 689).

19 Come sottolineato da N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2007, 35, è quantomeno plausibile che le ragioni di tale mancanza all'interno della Convenzione debbano essere ricondotte al fatto che,

presupposto logico necessario dell'equo processo fu la nota sentenza resa nel caso *Golder c. Regno Unito* ove si legge:

It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings.

Eppure queste (ad avviso di chi scrive del tutto condivisibili) conclusioni non furono adottate all'unanimità e ben tre giudici espressero le loro *dissenting opinions*²⁰ in cui sottolineavano (senza poter entrare troppo specificamente nel merito dei loro brillanti ed articolati ragionamenti per esigenze di economia del discorso) l'esigenza di attenersi in maniera rigida al dato testuale della convenzione proprio in ragione della natura patiziosa di tale fonte e in ragione del fatto che la 'cessione di sovranità' operata dagli Stati aderendo a tale accordo non potesse essere amplificata oltre i limiti espressamente accettati dagli stessi²¹. Merita inoltre di essere ricordato un altro profilo sottolineato dai giudici dissenzienti, ovvero quello per cui: da un lato emerge dal confronto fra la CEDU e la Dichiarazione Universale come, a differenza della prima, la seconda menzioni espressamente il diritto di accesso al Tribunale²²; e dall'altro come nel già citato preambolo della Convenzione si affermi che la stessa mira al «*enforcement of certain of the*

presentandosi quest'ultima come una sintesi dei valori comuni agli stati aderenti al Consiglio d'Europa, si sia voluto escludere un principio (quello del diritto all'accesso al Tribunale) che è estraneo ai paesi di estrazione di *common law*, i quali, appunto, riconoscono le garanzie formali all'interno del processo (quelle che sono espressamente enunciate dallo stesso art. 6.1) ma non la garanzia di accesso *ex sé* considerata. Quest'ultima, invece è tratto innegabile degli ordinamenti continentali che esprimono tale diritto nelle proprie leggi fondamentali (ma non di tutti, v. in tal senso la Francia le cui costituzioni del 1946 e del 1958 non riproducono nemmeno l'enunciato programmatico dell'art. 11 della *déclaration des droits de l'homme* del 1789 secondo cui «*la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice*») e in special modo di quei paesi la cui scienza ermeneutica ha diffusamente affrontato la questione della dommatica del diritto d'azione (non a caso prototipo in tal senso risultano essere proprio l'Italia – con il proprio art. 24 Cost. – e il *Grundgesetz* tedesco).

20 Cfr. A. Verdross, *Golder v. The United Kingdom Judgment Separate Opinion*; M. Zekia, *Golder v. The United Kingdom Judgment Separate Opinion*; Sir G. Fitzmaurice, *Golder v. The United Kingdom Judgment Separate Opinion*.

21 Estremamente esplicitiva in tal senso la *dissenting opinion* di Sir Fitzmaurice secondo cui «It is an understandable, reasonable and legitimate point of view that access to the courts of law is, or should be, regarded as an important human right. Yet it is an equally justifiable view to say that the very importance of the right requires (more especially in a convention based on inter-State agreement, not sovereign legislative power) that it should be given explicit expression, not left to be deduced as a matter of inference. This leads up to an essential point. There is a considerable difference between the case of 'law-giver's law' edicted in the exercise of sovereign power, and law based on convention, itself the outcome of a process of agreement, and limited to what has been agreed, or can properly be assumed to have been agreed. Far greater interpretational restraint is requisite in the latter case».

22 Cfr. art. 8 della Dichiarazione secondo cui: «*Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law*».

rights stated in the Universal Declaration» dovendosi, secondo le citate *opinions*, porsi particolare enfasi sul termine ‘*certain*’ che sottolineerebbe un intento selettivo dei patiscenti. In altri termini, dunque, la CEDU offrirebbe un catalogo di diritti diverso rispetto alla Dichiarazione, che possa essere sia più ampio sotto certi profili che più limitato sotto altri²³. Per quanto tali argomentazioni siano estremamente suggestive, nondimeno le stesse non hanno avuto alcun seguito nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo la quale si è monoliticamente accodata ai principi della sentenza Golder facendo così prevalere quella percezione epiteliale di necessità di garantire che gli orrori del passato²⁴ non riemergessero dall’abisso in cui erano stati confinati, che è, dopotutto come ricordato in apertura, la bragia da cui è divampata la produzione internazionale delle Carte a protezione dei diritti umani.

Come osservato dalla dottrina successiva, infatti, espresso o meno che fosse, il diritto di accesso alla giustizia si è saldato²⁵ indissolubilmente con le radici²⁶ della moderna concezione dello stato di diritto²⁷.

23 In ogni caso per una più compiuta analisi della sentenza Golder, delle annesse separate opinions, nonché degli arresti successivi della Corte (su tutti si può citare Kutic v. Croazia) che sono intervenuti a meglio precisare il perimetro del diritto di accesso al Tribunale, sia consentito rinviare a V. PETRALIA, *Equo processo*, cit., spec. 146 ss.

24 Con particolare riferimento alle ipotesi di diniego di tutela occorse durante le ore più buie del secolo scorso, da cui è seguito quale contrappasso la necessità di riaffermare come questo diritto rientrasse fra quelli più essenziali e basilari componenti il patrimonio giuridico dell’umanità, sia consentito rinviare a M. MARINELLI, *La clausola generale dell’art. 100 c.pag.c. origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 46 ss.; nonché P. BÖHM, *Zivilprozess und Ideologie im nationalsozialistischen Staat*, in *Nationalsozialismus und Recht*, a cura di I. Davy, U. Fuchs, H. Hofmeister, H. Marte e J. Reiter, Wien, 1990, 149 contributo che può anche essere recuperato nella traduzione italiana offertane da Marinelli e pubblicata in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 624 ss., con il titolo: ‘*Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*’.

25 In tema di affermazione del diritto di ‘accesso alla giustizia’ a livello internazionale, v. 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. 11ss.

26 Come puntualmente osservato da E. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, III, 2014, 908: «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».

27 Sul punto, *ex multis*, 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., v. ‘*Accesso alla giustizia*’, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988. A riprova di quanto detto si sottolinea, inoltre, come la successiva CDFUE, fin dalla sua prima versione del 2000, recependo proprio l’insegnamento impartito dalle perplessità esegetiche che l’infelice formulazione dell’art. 6.1 CEDU aveva suscitato, affermi espressamente al proprio art. 47 che: «Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article. Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented. Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice». Dal confronto con l’art. 6.1 emerge,

Chiarita, dunque, l'immanenza del principio *de quo* fra le fondamenta dell'odierna sensibilità giuridica europea, è ora necessario (al fine di poter meglio intuire le ragioni alla base delle pronunce della Corte EDU in epigrafe) quale sia il reale contenuto precettivo dello stesso, contenuto felicemente espresso dalla formula 'principio di effettività'. Autorevole conferma in tal senso è fornita da uno stesso giudice della Corte di Strasburgo il quale nell'affermare che «fra le garanzie che un sistema giurisdizionale di tutela deve offrire ce n'è una che non è sempre presente nella mente dei processualisti: l'esistenza di una certa effettività. In realtà, nella dottrina generale del processo quasi non vi è traccia, il che è comprensibile in quanto l'«effettività» piuttosto fa parte della sociologia del diritto, essendo composta di elementi di diritto e di fatto, e, come tale, è difficilmente afferrabile dal punto di vista della dogmatica giuridica». 'Siamo debitori della presa di coscienza di questa nozione di effettività allo spirito pragmatico del *common law*, dal quale è passata nel diritto internazionale e attraverso questo al sistema di tutela internazionale dei diritti fondamentali»²⁸. Tappa fondamentale in questo percorso di inclusione del 'principio di effettività' all'interno dell'art. 6.1 è rappresentato dalla sentenza della Corte EDU Kutic c. Croazia nella quale viene chiarito come il 'diritto di accesso al Tribunale' debba essere più propriamente inteso come diritto ad ottenere una pronuncia sul merito²⁹. A valle di questo percorso giurisprudenziale, pertanto, l'attuale portata dell'art. 6.1 può riassumersi nei seguenti termini: la disposizione riconosce a tutti i cittadini degli Stati aderenti alla Convenzione il diritto di agire in giudizio per ottenere il riconoscimento dei propri diritti e per ottenere il più opportuno rimedio in caso di violazione degli stessi; specularmente gli Stati aderenti sono obbligati a consentire tale accesso alla giustizia ai propri cittadini, rimuovendo ogni impaccio superfluo³⁰ che possa ostacolare l'emissione di una pronuncia di merito.

3.2. L'altro 'piatto delle bilancia': la ragionevole durata del processo.

L'idea del diritto ad una pronuncia sul merito, se intesa in senso assoluto ed indiscriminato, si scontra tuttavia con uno dei principi espressi del giusto processo: la

quindi, per molti aspetti, la piena sovrapponibilità con l'art. 6.1 CEDU, ma, allo stesso tempo, anche l'introduzione di alcune considerevoli differenze. Come acutamente colto da L.P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in NGCC, 2001, 471, la Carta di Nizza introduce alcune novità fra le quali (oltre all'esplicito riferimento al diritto ad una difesa tecnica e al gratuito patrocinio) «la vera novità risiede [...] nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, che essa si propone di consacrare, in linea con la menzionata elaborazione giurisprudenziale».

28 F. MATSCHER, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 218.

29 In questi termini E. DALFINO, *Accesso alla giustizia cit.*, 915. Inoltre, fra i vari contributi in tema di principio di effettività, anche in un'ottica che vada oltre la CEDU per offrire un'analisi di questo principio anche all'interno del sistema della CDFUE nonché dell'ordinamento italiano, *ex multis*, N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1171; L.P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela*, cit., 471; F. CARPI, *Note sull'accesso alla giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, III, 2016, 835.

30 In un'ottica di bilanciamento con gli altri diritti riconosciuti dalla Convenzione e, in particolare per quanto ci vedrà coinvolti nel proseguo della trattazione, ivi inclusi gli altri diritti discendenti dall'art. 6.1 stesso.

ragionevole durata del processo. È del tutto evidente come una risorsa scarsa quale è quella della giustizia vada ad esaurirsi rapidamente di fronte ad una richiesta ciclopica e sono queste le ragioni alla base del notorio sovraccarico della macchina processuale che ha da tempo impaludato i Tribunali italiani³¹. I due diritti, quindi, non possono nel mondo reale essere intesi in maniera assoluta poiché l'uno incide negativamente sulla perseguibilità dell'altro, divenendo pertanto necessario individuare un giusto equilibrio fra i due. Se da un lato si può pensare di sacrificare, operando una sorta di 'triage' emergenziale e senza scrupoli' alcuni giudizi in nome della necessità di non esaurire la capacità dei Tribunali; dall'altro non si può nemmeno immaginare di non svolgere nessuna forma di controllo preventivo in entrata e consentire un ingresso indiscriminato di qualunque domanda (anche manifestamente abusiva) determinando di conseguenza l'incapacità di fornire una risposta di qualità e in tempi ragionevoli, specie considerando che, come autorevolmente osservato da Jeremia Bentham, «*Justice delayed is justice denied*».

Alla luce di ciò è dunque importante ricordare come la ragionevole durata debba necessariamente intendersi in senso relativo³² e il suo perseguimento non debba portare a sopprimere altri diritti fondamentali e forse preminenti quali quello alla difesa o al contraddittorio, in quanto la rapidità non è canone assoluto ma canone che va osservato nel prisma della ragionevolezza dando spazio alle contrapposte esigenze che vivificano il processo³³. Malgrado ciò non si può negare come il problema della lentezza dei processi abbia varie ricadute su uno stato: a livello di impatto negativo sulla sua economia³⁴; a livello di immagine e prestigio internazionale; a livello di tradimento dei suoi stessi principi e valori attinenti alla giustizia sostanziale.

E nel caso dell'Italia il radicamento del problema è talmente forte e risalente e le conseguenze talmente evidenti da aver trasformato il tema della sua soluzione in una sorta di ossessione per il nostro legislatore il quale (sulla spinta degli obblighi derivanti

31 La questione, con riferimento ai tribunali di merito, è talmente nota e i riferimenti talmente numerosi da non abbisognare nemmeno di una specifica indicazione.

32 Se, come detto, l'obiettivo è quello di raggiungere un bilanciamento è evidente come anche il diritto di accesso alla giustizia non possa essere inteso in senso assoluto ma debba essere temperato con le altre esigenze alla base dell'amministrazione della giustizia. Pertanto, come si chiarirà meglio *infra* la Corte EDU ha ribadito plurime in plurime occasioni la possibilità per gli stati di porre delle limitazioni a tale accesso, chiarendo anche quali siano i parametri da considerare per vagliare la legittimità delle stesse.

33 In questi stessi termini V. PETRALIA, *Equo processo*, cit., 184 nonché G. CONSO, *Tempo e giustizia: un binomio in crisi*, in *Costituzione e processo penale*, a cura di G. Conso, Milano, 1969, 48 ss.

34 Come sostenuto da F. PICERNO-M. SARTORI, *L'Italia e la sua reputazione: la giustizia civile cinque anni dopo*, in *IlSole24ore online*. «Le inefficienze della giustizia scoraggino gli investimenti, nazionali ed esteri, e la crescita dimensionale delle imprese, incentivino la 'fuga di cervelli' e disincentivino l'immigrazione qualificata. Un sistema di giustizia non efficiente genera criticità che impattano negativamente sui mercati, sulla capacità degli imprenditori di operare in un clima di trasparenza e meritocrazia, sulle possibilità di liberare il potenziale innovativo del Paese». Sul punto sia consentito inoltre rimandare (*ex multis*) alle acute osservazioni di F. CARPI, *Note*, cit., 839; R. CAPONI, *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2012, 1153.

proprio dall'adesione alla Convenzione e all'UE) sin dagli anni '80 del secolo scorso ha cercato di individuare la terapia per curare il morbo che affligge il nostro processo.

A discapito dei diversi tentavi dispiegati³⁵, tuttavia, la rilevanza del problema è rimasta immutata e il nostro Paese è stato, anche di recente, oggetto di sentenze di condanna da parte di Strasburgo per la lentezza dei procedimenti³⁶.

Nonostante, come detto, l'inefficienza delle tempistiche processuali perseguiti il giudizio civile in ogni stato e grado, l'oggetto del presente contributo impone di concentrare l'analisi sul giudizio di Cassazione il quale presenta, anche sotto questo aspetto, peculiarità proprie rispetto ai giudizi di merito: sia sotto il profilo delle ragioni che hanno condotto alla saturazione della Suprema Corte; sia sotto il profilo delle strategie adottate per cercare di porre rimedio al problema. Ed è proprio quest'ultima, colta sotto la luce delle sue asperità, che sarà protagonista delle pagine che seguono.

4. *Sulle ragioni del formalismo in Cassazione. Fra (In)efficienza ed efficientismo: l'incapacità della Corte di Cassazione di stare al passo con le richieste di giustizia e il (vano) tentativo di recuperare terreno sacrificando il diritto di accesso alla Corte.*

È opportuno, per meglio comprendere il motore che ha spinto la Corte – sia in proprio tramite l'elaborazione di orientamenti sempre più restrittivi; sia tramite pressioni sul potere legislativo – verso la 'deriva formalistica' aspramente criticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza di Strasburgo (nei termini che meglio si vedranno *infra*) fornire delle indicazioni statistiche più precise circa lo stato in cui versa l'arretrato presso la Suprema Corte. Dai dati offerti dall'ufficio statistico della stessa Corte emerge come negli ultimi 20 anni si sia passati da un numero di procedimenti pendenti in Cassazione pari a 91.960 del 2003 ai 94.750 del 2023³⁷. Prendendo in considerazione solo questi numeri parrebbe che lo stato del contenzioso di legittimità arretrato versi in una situazione di 'stagnazione', una condizione 'grave' ma certo meno tragica di quanto sarebbe rappresentato dalla crescita – magari anche a ritmo sostenuto – dell'inevaso.

Tuttavia, guardando lo storico degli anni intermedi è possibile rilevare come l'accumulo dei ricorsi pendenti sia lievitato costantemente e considerevolmente fino al

35 Volendo fornire solo una breve elencazione e non esaustiva di alcuni dei più importanti esperimenti svolti dal legislatore si possono citare: la riforma effettuata con l. n. 353 del 1990 del processo civile, con l'irrigidimento del meccanismo preclusivo finalizzato a favorire la concentrazione processuale; l'introduzione del riferimento alla 'ragionevole durata' in Costituzione operato con la riforma dell'art. 111 della medesima del 1999; l'introduzione della 'legge Pinto' (l. n. 89 del 2001) volta a fornire un rimedio a favore del cittadino 'deluso' dall'inefficienza della risposta offerta dalla giustizia; la novella n. 69 del 2009; la riforma delle impugnazioni operata con d.l. n. 83 del 2012; e, da ultima, la c.d. 'riforma Cartabia', operata con d.lgs. 149 del 2022.

36 Cfr. la recente sentenza Petrella c. Italia del 18 marzo 2021 (resa in relazione al procedimento penale i cui problemi, sotto questo versante, non si discostano da quelli che affliggono il giudizio civile).

37 I dati del 2024 non sono ancora visibili e saranno resi disponibili a fine anno.

raggiungere un picco di 120.400 ricorsi ‘da smaltire’ nel 2020, con un incremento di quasi il 31% rispetto all’inizio del secolo. L’altra faccia della medaglia, si potrebbe sostenere, è che in soli 3 anni la Corte è riuscita a riportare il livello dell’arretrato a quello di 18 anni prima³⁸, inaugurando un *trend* che potrebbe portare nei prossimi 10 anni allo smaltimento di tutti i procedimenti pendenti, come confermato anche dall’andamento dell’indice di ricambio³⁹ passato da 70% del 2003 al 141% del 2023 con un evidente balzo dall’89,4% del 2020⁴⁰ al 129,3% del 2021.

Alla luce di questi dati sorge quindi spontaneo chiedersi cosa sia cambiato fra il 2020 e il 2021, e si potrebbe ritenere che i molteplici sforzi profusi e le innumerevoli terapie tentate dalla Corte di Cassazione e su cui ci si soffermerà nei prossimi paragrafi, abbiano effettivamente pagato e che quindi, anche se il costo in termini di sacrificio del diritto di accesso alla giustizia è stato salato (come testimoniato dalle due condanne ricevute da Strasburgo), quantomeno un risultato positivo sul versante della durata del processo sia stato ottenuto. Tuttavia, per avere un’idea più chiara circa l’effettività di questa inversione di tendenza⁴¹ nonché circa gli eventuali meriti delle terapie sperimentate dalla Corte è importante calare questi numeri in un contesto più ampio che dia conto dell’attuale direzione verso cui si muove il nostro giudizio civile. Si è detto che il presente contributo non intende diffondersi su quello che è, in generale, lo stato dell’arretrato del contenzioso civile; eppure, è necessario dare qualche pennellata rispetto al quadro dell’operazione di smaltimento delle cause nelle fasi di merito visto lo scontato impatto che questo determina, tramite il percorso di canalizzazione delle cause nell’*iter* impugnatorio, rispetto all’afflusso di ricorsi in Cassazione.

Da ormai 15 anni i Tribunali di merito sono stati in grado, specie per merito di un deciso calo del numero di procedimenti civili iscritti ogni anno – e non si intende qui speculare sulle ragioni che hanno condotto a ciò⁴²– di invertire la tendenza iniziando

38 Nel 2005 l’arretrato ammontava a 95.080 procedimenti.

39 Il quale «è calcolato come il rapporto percentuale tra il numero dei procedimenti definiti e il numero dei procedimenti sopravvenuti; quindi esprime il numero di procedimenti definiti nel periodo per ogni 100 nuovi iscritti» (come da definizione data dall’ufficio di statistica della Corte nel proprio annuario).

40 Del tutto in linea con il valore dell’indice durante il periodo 2003-2020, il quale si aggirava intorno al 90%.

41 Ammesso e non concesso che possa effettivamente parlarsi di un’inversione di tendenza vista la ristrettezza del periodo in cui questa si è, ad oggi, esplicitata.

42 Si potrebbe infatti essere ‘più realisti del re’ e affermare che ciò sia merito principalmente del potenziamento degli strumenti di ‘ADR’ effettuato nel corso degli ultimi lustri dal legislatore; oppure, con maggior disillusione, si potrebbero attribuire gran parte dei meriti di questa contrazione della domanda di giustizia alla riluttanza dei cittadini ad adire il Tribunale in virtù del combinato disposto della crescente onerosità dei giudizi: sia in termini di costi (come sottolineato da G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2024, 35; nonché in Id. *Il processo sotto l’incubo della ragionevole durata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 509. L’illustre Autore censura la direzione presa dal legislatore nel senso di aumentare a dismisura il costo del contributo unificato nonché di imporre tentativi di composizione stragiudiziale dei conflitti come mezzi per disincentivare l’esercizio del diritto di azione); sia in termini di durata (il che alimenta ulteriormente la stessa onerosità economica del giudizio).

un lungo percorso di decompressione dell'arretrato⁴³. In questo processo, come si diceva, una forte spinta la ha data la pandemia con un crollo dai 1.518 milioni di procedimenti iscritti in primo grado nel 2019 ai 1.258 milioni del 2020, attestatisi su valori simili (intorno ai 1.300 milioni) anche nel biennio seguente.

Ecco allora che questi dati rivelano come, con ogni probabilità, il vero motore dell'«inversione di tendenza» rispetto al flusso di cause in Cassazione debba rintracciarsi, forse, principalmente, negli effetti della deflazione del contenzioso di merito e, anzi, il confronto fra lo stato del giudizio di merito e quello del giudizio di legittimità rileva una certa idiosincrasia e refrattarietà di quest'ultimo rispetto alla «riduzione dei faldoni». Rivelatoria circa questo miraggio dell'aumentato efficientismo della Corte è un'altra «statistica avanzata» ossia l'«indice di smaltimento»⁴⁴ che – sebbene sia comunque leggermente migliorato⁴⁵ mostra una situazione certamente più stagnante rispetto al chimerico *trend* svelato dall'indice di ricambio⁴⁶.

Così come pure il numero dei procedimenti definiti ogni anno depone in senso contrario rispetto ad un significativo incremento della capacità della Corte di far fronte alla domanda di giustizia: nell'ultimo decennio, infatti, il numero di cause decise ogni anno è passato dalle 30.172 del 2013 alle 34.750 del 2023. Certamente un miglioramento ma molto meno significativo di quanto non lasciassero intendere i dati riportati in apertura del presente paragrafo. Con questo però non si vuole negare che l'«eccesso di formalismo» abbia sortito alcun effetto, anzi, pure questo trova un riscontro statistico: le pronunce di rigetto in rito sono passate dal 12,8% del totale nel 2013 al 24,7% nel 2020, 24,4% nel 2021 e 27,3% nel 2022⁴⁷ e se si confrontano, nello stesso periodo il numero assoluto delle variazioni di cause decise con i numeri assoluti degli aumenti delle declaratorie di inammissibilità (o improcedibilità) emesse dalla Corte si noterà come queste, grossomodo, corrispondano. Va infine considerato come il tema dello smaltimento dell'arretrato non sia il fine bensì il mezzo, il passaggio obbligato per raggiungere l'obiettivo della ragionevole durata del processo che, come ricordato dalla stessa «legge Pinto», per il processo di Cassazione (salvi ovviamente casi particolari) può dirsi realizzato laddove il singolo giudizio si concluda entro 1 anno dalla proposizione del ricorso. Rispetto a ciò i dati offerti dall'ufficio statistico non sono

43 I procedimenti pendenti in primo grado sono passati dai 5.700.105 del 2009 (erano 4.597.480 nel 2003) ai 2.720.259 del 2023.

44 Definito dall'ufficio di statistica come «indice [che] esprime il numero di procedimenti definiti nel periodo per ogni 100 procedimento presenti nelle cancellerie (comprensivi cioè dei procedimenti pendenti e sopravvenuti)».

45 Passando dal 23,4% del 2013 al 26,9% del 2023.

46 E certamente, se si parla di efficientismo è maggiormente rivelatore l'indice di smaltimento il quale dipende esclusivamente dalla capacità della Corte di sbrigare i procedimenti correnti, mentre componente fortemente incidente sull'indice di ricambio è quella del flusso in entrata dei nuovi ricorsi, componente del tutto aliena al controllo, e quindi all'efficienza, del giudizio di Cassazione stesso.

47 Per rimpiazzare, per motivi che, si ritiene, troveranno (in parte) giustificazione nelle pagine che seguono, al 17,6% del 2023.

confortanti: da una durata media del giudizio di 3 anni e 6 mesi nel 2013 si è passati ad una durata media di 3 anni, 3 mesi e 21 giorni nel 2023 a dimostrazione che nessuna delle varie derive formalistiche adottate dalla giurisprudenza della Cassazione pare aver sortito significativi effetti sulla durata dei giudizi. L'analisi di questi elementi consente di riconoscere come la Corte lavori tutt'ora 'a scartamento ridotto' e come, quindi, i vari *escamotage* introdotti al fine di deflazionare il contenzioso non si siano dimostrati funzionali al loro scopo. Resta tuttavia da esaminare l'altra faccia del problema, quella relativa alla loro compatibilità con il precetto dell'art. 6.1 CEDU per come lo si è ricostruito all'inizio del presente contributo, e per fare ciò sarà necessario vagliare analiticamente e partitamente i principali istituti e orientamenti che la Corte (o il legislatore per conto di essa) ha edificato come mura per difendersi dagli assalti condotti verso il Palazzaccio, riservando particolare attenzione a quelle posizioni esegetiche che hanno portato alla condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo e che danno il titolo al presente intervento.

5. *Il primo artificio: il principio di autosufficienza e la sentenza Succi.*

Storicamente il più risalente dei meccanismi sviluppati dalla Corte nel tentativo di fluidificare la mole di ricorsi che la sommergevano (e la sommergono) è il c.d. 'principio di autosufficienza'. Come sagacemente e pungentemente evidenziato da Sassani «che si tratti di principio è articolo di fede perché nessuno sa indicare da dove si ricavi, ma tant'è»⁴⁸. L'assenza di un autentico fondamento normativo del principio è una delle principali ragioni della sua storica letalità⁴⁹ di tale principio il quale «è concetto elastico quanto basta a contenere un universo»⁵⁰. In prospettiva diacronica, infatti, il vero elemento di pericolosità per l'avvocato che si accingesse (e a ben vedere che si accinga) alla stesura di un ricorso (o di un controricorso) in Cassazione sta nell'aleatorietà della concreta foggia che, in quel momento la Corte (*rectius*: la specifica sezione a cui il ricorso è stato assegnato) dovesse ritenere di attribuire alla figura. Nel corso del tempo, infatti, il modo e la severità con cui la Corte ha delineato le fattezze del principio in questione sono mutate radicalmente e ripetutamente, oscillando fra una versione più *light* e una più *strong* come sono state icasticamente denominate dalla dottrina⁵¹.

48 B. SASSANI, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2019, 55.

49 Richiamata, con specifiche indicazioni quantitative ad esempio da E. RICCI, *Sull'autosufficienza del ricorso per cassazione il deposito dei fascicoli come esercizio ginnico e l'avvocato cassazionista come amanuense*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 736; nonché da A. GIUSTI, *L'autosufficienza del ricorso per cassazione civile*, in *Giust. civ.*, V-VI, 2013, 247.

50 E. RICCI, *Sull'autosufficienza*, cit., 737.

51 In questi termini F. SANTANGELI, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 736; nonché ID., *Sui mutevoli (e talora censurabili) orientamenti della Suprema Corte, in tema di autosufficienza del ricorso per cassazione, in attesa di un (auspicabile) intervento chiarificatore delle Sezioni Unite*, in *judicim.it*, contributi a cui si rinvia anche per una completa ricognizione storica, con molti e puntuali riferimenti giurisprudenziali, del principio in questione.

L'originaria variante nasce come costola del principio di specificità e completezza del ricorso il quale venne ricavato a partire dall'art. 366 n. 3 del c.p.c. che, secondo l'interpretazione datane dalla Corte sin dall'introduzione del codice del 1942, impone che l'atto introduttivo rappresenti esaustivamente il fatto da cui è scaturita la controversia nonché i passaggi salienti dei precedenti gradi di giudizio in modo da consentire alla Corte di rintracciare già nel ricorso, le ragioni delle doglianze avanzate⁵². Solo negli anni 80⁵³ la giurisprudenza di legittimità inizia a discorrere di 'necessaria autosufficienza del ricorso' il quale tuttavia, appare in questo periodo, e in questa sua prima versione *light* come un 'fratello gemello' del sopraricordato principio di completezza e specificità⁵⁴.

In questa prima fase, infatti, il principio di autosufficienza richiede 'semplicemente' che il ricorso contenga già tutto quanto risulti necessario alla Corte per avere contezza della vicenda e dei motivi di censura, rifuggendo tecniche redazionali *per relationem* che non consentano al giudice di avere una immediata percezione circa l'oggetto della vicenda, costringendo il collegio alla riapertura del fascicolo di merito anche solo per farsi un'idea rispetto alla fondatezza delle doglianze. Questo, tuttavia non era che lo stato germinale del principio *de quo* il quale si era sviluppato a partire dall'orientamento elaborato dalla Corte secondo la quale sarebbe sussistito un divieto di 'eterointegrazione' da parte della Corte rispetto a quanto non fosse espressamente stato indicato nel ricorso. Lo sviluppo successivo di questo embrione portò gli ermellini ad inasprire il rigore con cui venivano fissati i presupposti formali dell'atto introduttivo richiedendo all'avvocato non una mera ricostruzione, a mo' di sommario compendio, dei passaggi salienti della sentenza impugnata e del merito della vicenda, bensì l'integrale trascrizione degli stessi. Di fronte alla sollevazione della dottrina e dell'avvocatura⁵⁵ il legislatore intervenne con il D.lgs. n. 40 del 2006⁵⁶, introducendo un nuovo n. 6 all'art. 366 c.p.c. con il quale veniva previsto che il ricorso contenesse – a pena di inammissibilità – «la

52 *Ex multis*, fra le più risalenti, Cass. civ., n. 720, del 1952.

53 Probabilmente già Cass. civ., n. 5530, del 1983 reca le stimmate del principio di autosufficienza laddove afferma come: «Ai fini dell'ammissibilità della censura di difetto di motivazione, il ricorrente in cassazione ha l'onere di indicare specificamente e singolarmente i fatti, le circostanze e le ragioni che assume essere stati trascurati, insufficientemente o illogicamente valutati dal giudice del merito, e tale onere non può ritenersi assolto mediante il mero generico richiamo agli atti o risultanze di causa, dovendo il ricorso contenere in sé tutti gli elementi che consentono alla Corte di Cassazione di controllare la decisi-
vità dei punti controversi e la correttezza e sufficienza della motivazione e della decisione rispetto ad essi, senza che sia possibile integrare *aliunde* le censure in esso formulate». Tuttavia l'espressione 'principio di autosufficienza' è di qualche anno posteriore, ed appare per la prima volta in Cass. civ., n. 5656, del 1986.

54 In questi esatti termini: F. SANTANGELI, *Sui mutevoli (e talora censurabili) orientamenti*, cit., 2.

55 Rappresentata in maniera estremamente incisiva dal contributo di E. RICCI, *Sull'autosufficienza*, cit., 736.

56 Intervento su cui si tornerà anche *infra*, rispetto ad un altro strumento usato dalla Corte per la falcidiazione dei ricorsi introdotto proprio con questa novella, ossia il quesito di diritto. Per una puntuale analisi delle aspirazioni di tale riforma all'alba della sua approvazione si rinvia a F. MONTALDO, *Note sul c.d. principio di autosufficienza dei motivi in Cassazione*, in *Giust. civ.*, X, 2010, 2086.

specifica indicazione [...] degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda»⁵⁷.

Idealmente l'intervento avrebbe dovuto rappresentare un «momento di tregua e approfondimento»⁵⁸, il frutto di un'intesa fra la giurisprudenza, l'avvocatura e l'accademia processual-civilistica⁵⁹, sancendo la codificazione della versione *light* del principio di autosufficienza⁶⁰, in quanto, come evidenziato acutamente dalla dottrina, «in buon italiano l'«indicazione» è qualche cosa di diverso della «trascrizione». Il lettore fiducioso nel vocabolario è tratto dunque a pensare che il ricorrente, il quale citi con esattezza gli «atti processuali», i «documenti», i «contratti o accordi collettivi» cui l'impugnazione fa riferimento, possa stare tranquillo. Così invece non è, perché la nostra Corte ricava dalla norma un generale principio di «autosufficienza» del ricorso, in virtù del quale la «indicazione» diventa «trascrizione»⁶¹. La Corte, infatti, tradì ben presto le premesse di collaborazione con l'avvocatura⁶² che stavano alla base della riforma del 2006,

57 La norma, come noto, è oggi stata modificata dalla c.d. Riforma Cartabia la quale, intervenendo a valle del percorso giurisprudenziale che si esaminerà nelle pagine seguenti volto all'affermazione della versione *light* del principio di autosufficienza ha precisato come il ricorrente sia tenuto, oltre che alla indicazione dei documenti, «all'illustrazione del contenuto rilevante degli stessi».

58 B. SASSANI, *La deriva*, cit., 46.

59 In questo senso è particolarmente utile una ricostruzione diacronica dei molteplici e notevoli contributi forniti da Sassani sul punto i quali consentono di rivelare sia l'originaria ispirazione alla base della riforma del 2006 che la delusione della componente avvocatura-accademia per il tradimento di tali premesse consumato dalla corte. In particolare l'autore passa dall'affermare, all'alba dell'introduzione della nuova norma come questa «realizz[ia] un onorevole compromesso tra la direttrice del c.d. principio di autosufficienza del ricorso (principio di cui si è largamente abusato) e la logica (egualmente perversa) dello *jura novit ... chartulam* che sembra presiedere alla redazione di molti ricorsi in cui l'accavallarsi dei riferimenti documentali mette il relatore che intenda eseguire i necessari controlli, nella sgradevole alternativa di impiegare il suo tempo alla caccia ai riscontri cartolari ovvero di sbrigativamente invocare il deprecato principio di autosufficienza» (cfr. B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 228); salvo poi, ad anni di distanza ed avendo avuto modo di vedere la concreta messa in posa fatta dalla Corte delle nuove disposizioni affermare (in particolare con riferimento all'applicazione dell'art. 366-*bis* c.p.c. su cui si tornerà *infra* ma con discorso valido anche per il 366 n. 6 c.p.c.) come «L'illusione di una strada condivisa è definitivamente perduta: da allora in poi la Corte si muoverà in maniera di scrivere e dettare a sé stessa le proprie regole incurante di ogni voce critica proveniente dal suo esterno» (cfr. B. SASSANI, *La deriva*, cit., 48).

60 Sul punto cfr. F. SANTANGELI, *Sui mutevoli (e talora censurabili) orientamenti*, cit., 9 secondo cui «con questa disposizione il legislatore non ha provveduto – contrariamente a quanto possa *prima facie* apparire – alla codificazione *tout court* del principio di autosufficienza, ma, spinto dall'esigenza di arginare le degenerazioni interpretative ed applicative della formulazione più estrema di tale principio – divenuto nel tempo un meccanismo meramente deflativo e sempre più spesso ingiustamente cassatorio – ha attribuito veste normativa, così in qualche modo cristallizzandola, alla versione originariamente (nonché ragionevolmente) *light* dell'autosufficienza, intesa esclusivamente come onere di «localizzazione» dell'atto o del verbale di causa cui fa riferimento la censura, ammettendo la possibilità di un rinvio *per relationem*.

61 E. RICCI, *Sull'autosufficienza*, cit., 736.

62 Nonché con lo stesso legislatore se è vero, come afferma F. SANTANGELI, *Sui mutevoli (e talora censurabili) orientamenti*, cit., 10 che l'introduzione dell'art. 366 n. 6 c.p.c. (e quindi della codificazione della versione *light* del principio di autosufficienza) con conseguente limitazione dei poteri censori (in tema di

trasfigurando il tenore letterale dell'art. 366 n. 6 (come sottolineato nel passaggio di Ricci sopra riportato). Di conseguenza, a valle del 'nuovo' decreto il principio di autosufficienza risultava ancor più minaccioso e giugulatorio, richiedendo all'avvocato di trascrivere integralmente i passaggi di cui voleva che il giudice fosse edotto nonché di 'localizzarli' (indicando nel ricorso da quali atti o documenti fossero tratte le citazioni) e di ridepositarli facendoli entrare nel c.d. fascicoletto⁶³.

Come se tutto ciò non bastasse (e quasi come se la Corte non ritenesse di aver sufficientemente complicato la vita all'avvocato che osasse adirla) i giudici di via Cavour non aderirono in maniera coesa a nessuno dei due orientamenti, avviando un'oscillazione imprevedibile⁶⁴ fra la versione *light* e quella *strong* (quella che predicava l'onere di trascrizione) del principio ingenerando una forte instabilità ermeneutica e minando così il principio della certezza del diritto (vivente)⁶⁵. Gli avvocati, allora, in molti casi, nel tentativo di cautelarsi finivano con lo stendere dei ricorsi 'obesi'⁶⁶ in spregio al principio (originariamente solo pretorio e successivamente codificato⁶⁷) di sinteticità che dovrebbe ispirare la redazione degli atti processuali. Non solo, ma gli avvocati meno impavidi (e forse meno avvezzi alle le tecniche redazionali richieste dalla Suprema Corte) iniziarono ad incorrere in un'altra prassi, quella del c.d. 'assemblaggio'⁶⁸.

ammissibilità e procedibilità del ricorso) della Corte, trovava un proprio contrappasso nell'introduzione dell'art. 366-*bis* (il quale aprì alla 'traumatica esperienza' del quesito di diritto, altra mannaia per decidibilità nel merito dei ricorsi). Riesumando la versione '*strong*' del principio di autosufficienza la Corte rinnegò il bilanciamento dei suoi poteri che il legislatore perseguiva, con la conseguenza che la novella del 2006 divenne l'occasione per aggiungere una nuova acuminatissima freccia alla propria faretra dell'inammissibilità, senza rinunciare a nulla in cambio.

63 Per i riferimenti giurisprudenziali si rinvia a F. SANTANGELI, *Sui mutevoli (e talora censurabili) orientamenti*, cit., 16.

64 Va altresì sottolineato come, al di là di quanto si sta per dire circa i chiarimenti arrivati dalla giurisprudenza rispetto al contenuto del principio di autosufficienza, nondimeno il legislatore, non recependo nell'ambito della riforma Cartabia le specifiche indicazioni provenienti dalla commissione Luiso circa la determinazione analitica degli elementi necessari per il rispetto del principio di autosufficienza, ha perso un'ottima occasione per sedare – in maniera potenzialmente definitiva – ogni controversia sul punto [cfr. L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2021, 998].

65 Per puntuali rinvii giurisprudenziali si rinvia a F. SANTANGELI, *Autosufficienza. Ieri, oggi, domani. '... Eppure si muove...'*. *Dal peccato di omissione al peccato di commissione*, in *judicium.it*, 16 ss.; nonché A. GIUSTI, *L'autosufficienza*, cit., 247, spec. 255.

66 In questi termini R. METAFORA, *Il requisito dell'autosufficienza del ricorso per cassazione e l'onere di localizzazione*, in *GiustiziaCivile.com*, 2018, 2.

67 Dapprima con riferimento solo al giudizio amministrativo (decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22.12.2016 – ai sensi dell'art 13-ter disp. att. c.p.a., così come novellato dal d.l. n. 168/2016, convertito in legge n. 197/2016) e, successivamente anche nel rito civile (cfr. art. 121 c.p.c., nonché – con specifico riferimento al giudizio in Cassazione – art. 366 n. 4) c.p.c. nelle versioni post d.lgs. 149/2022).

68 Con la quale, in sostanza, la ricostruzione in fatto contenuta nel ricorso in Cassazione si trasforma un'operazione di *bricolage* in cui vengono copia-incollati, pezzi dei documenti e degli atti del giudizio di merito, talvolta in maniera raffazzonata e priva di un costrutto logico coerente. Per una più puntuale descrizione, in termini operativi, di tale prassi si rinvia a L.P. COMOGLIO, *Esposizione assemblata dei fatti ed inammissibilità del ricorso in Cassazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 199.

La Corte si dimostrò immediatamente ostile a tale pratica la quale pretendeva di liberare il ricorrente dall'onere di selezionare i fatti ritenuti rilevanti ai fini dei motivi formulati, oberando la Corte con letture inutili e superflue⁶⁹ e ne affermarono di conseguenza l'inammissibilità per contrarietà al dettato dell'art. 366 n. 3 c.p.c. il quale (nella versione ante 'riforma Cartabia', *ratione temporis* applicabile) disponeva che il ricorso contenesse «la ricostruzione sommaria dei fatti di causa»⁷⁰.

Il panorama in cui doveva muoversi l'avvocato cassazionista assumeva sempre più le fattezze di un 'campo minato': da un lato non sapeva se era tenuto alla trascrizione integrale degli atti e dei passaggi ritenuti rilevanti (e nemmeno l'intervento delle Sezioni Unite con la pronuncia n. 8077 del 2012 o il protocollo redazionale del 2015⁷¹ riuscirono a dissipare l'obnubilamento che gli ondivaghi pronunciamenti della Corte avevano ingenerato sul punto⁷²); dall'altro temeva che nemmeno la strada prudenziale della trascrizione fosse poi così sicura poiché la Corte avrebbe potuto ritenere che tali trascrizioni fossero inutili ed eccessive, un assemblaggio irragionevole degli atti e dei documenti del giudizio di merito e, pertanto, ritenere comunque inammissibile il ricorso. Infine, dove forse si è maggiormente visto il delirio formalistico della Corte è in alcune (ancorché sparute) pronunce in cui l'onere di localizzazione è stato portato alle sue estreme conseguenze: per evitare il rigetto in rito non sarebbe stato sufficiente «indicare l'atto processuale, il documento o il contratto o accordo collettivo su cui il ricorso si fonda» (come previsto dal già citato art. 366 n. 6 c.p.c.) bensì sarebbe stato necessario indicare anche la pagina esatta da cui proveniva l'estratto (trascritto o sintetizzato) e perfino la riga di inizio e di fine, in modo da consentire alla Corte un controllo più rapido ed agevole.

69 Cfr. Cass., Sez. Un., n. 5698, del 2012.

70 Sebbene la norma sia stata modificata dal d.lgs. 149/2022 a seguito del quale prevede che il ricorso contenga 'la chiara [non più sommaria] esposizione dei fatti essenziali alla illustrazione dei motivi di ricorso', nondimeno è da ritenersi che il divieto di 'assemblaggio' sopravviva nel nostro ordinamento in quanto: da un lato lo stesso art. 366 n. 4 c.p.c. richiede, come si è appena visto, che il ricorso esponga «i fatti essenziali», lasciando intendere, *a contrario*, l'esclusione di quelli superflui; dall'altro la codificazione (già ricordata in precedenza) del principio di sinteticità al successivo n. 4 del medesimo articolo (nonché, in generale al 121 c.p.c.) depone ulteriormente a favore di ricorsi snelli e certamente contro ciclopiche riproduzioni di quanto già scritto nelle fasi precedenti.

71 Intervenuto proprio su temi quali il rapporto fra autosufficienza e sinteticità, e sul quale la migliore dottrina – a cui, per esigenze di economia del discorso, si rinvia – ha scritto. Cfr. *ex multis*, C. CONSOLO, *Il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (... a rischio di essere riponderato quale hard black letter rule)*, in *Il Ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza*, a cura di C. Consolo, in *Giur. It.*, 2016, 2775; R. FRASCA, *Intorno al Protocollo fra Corte di cassazione e C.N.F. sui ricorsi civili*, in *Il Ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza*, a cura di C. Consolo, in *Giur. It.*, 2016, 2768; I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziali: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Il Ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza*, a cura di C. Consolo, in *Giur. It.*, 2016, 2782; C. PUNZI, *Il principio di autosufficienza e il protocollo d'intesa sul ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 585.

72 Come dimostrato, ad esempio da Cass., n. 112312, del 2017 (con nota di S. RUSCIANO, *Ancora autosufficienza del motivo di ricorso per cassazione. Ma non era iniziata l'era della sinteticità degli atti?*, in *judicium.it*) nella quale sono evidenti le reminiscenze della versione *strong* del principio di autosufficienza.

E sorge dunque spontaneo chiedersi, anche a tutto voler concedere, anche volendo ritenere giustificata un'estrema collaborazione dell'avvocato nel tentativo di semplificare il lavoro di una Corte fortemente provata dall'immane carico di ricorso che la cingono d'assedio e volendo sanzionare tale mancanza di 'empatia' dell'avvocato, come può ritenersi sostanzialmente equa (secondo la foggia che questo concetto ha assunto in virtù delle vicende storiche ed ermeneutiche che hanno interessato l'art. 6.1 CEDU e i suoi 'cugini' per come ricapitolate nei primi paragrafi del presente contributo) una sentenza che dichiari inammissibile un ricorso perché l'avvocato, pur indicando l'atto nonché la pagina di riferimento, non indica da quale riga inizi la citazione o, addirittura, indichi persino questa ma si limiti ad aggiungere 'e ss.' anziché individuare esattamente l'intervallo segnalando anche la riga finale?⁷³ In questo clima da 'terrore giacobino' in cui né l'intervento del legislatore (2006) né l'arresto delle Sezioni Unite (2012) né, infine, il protocollo redazionale (2015) avevano dato prova di poter arrestare la ghigliottina della Corte si inserisce la sentenza Succi c. Italia dell'ottobre 2021. La sentenza regala molti spunti interessanti che vanno ben al di là della mera condanna (irrogata peraltro per uno solo dei tre ricorsi congiuntamente trattati), in questa sede, tuttavia, il principio di 'ragionevole durata del contributo' impone di soffermarsi solo su alcuni degli aspetti salienti della pronuncia⁷⁴. In particolare, la Corte di Strasburgo muove da una premessa di carattere generale ossia dalla necessità di relativizzare il diritto di accesso al Tribunale. In precedenza, si è detto della necessità di trovare un equilibrio fra i diversi pilastri che reggono l'equo processo così come ricostruito nel diritto vivente europeo, in particolare gli Stati sono chiamati ad individuare (e la Corte è chiamata a vigilare sopra) il corretto bilanciamento fra le esigenze di difesa dei cittadini e la garanzia di un'amministrazione della giustizia efficace. A tal fine, dunque, i giudici di Strasburgo hanno a più riprese affermato come il diritto di accesso alla giustizia non sia incomprimibile, potendo invece essere soggetto a limitazioni frutto di scelte di politica legislativa delle autorità nazionali. Nella propria ricostruzione del perimetro dell'art. 6.1 CEDU la Corte, dunque, ha elaborato quali siano i criteri da considerare per valutare la legittimità delle limitazioni, riconoscendo l'esistenza di un

73 È quanto affermato da Cass. civ., 24 agosto 2020, n. 17614 (con commento di C. CONSOLO, *Autosufficienza del ricorso per cassazione dopo Strasburgo e impugnazione incidentale tardiva nel diritto vivente della cassazione*, in *Giur. it.*, 2022, 1381).

74 Rinviano, per più compiute trattazioni, e per citare solo alcuni dei contributi offerti dalla alluvionale produzione dottrinale, senza alcuna pretesa di esaustività a: 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*, cit. 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, *Diniogo di tutela giurisdizionale e poteri delle Sezioni Unite alla luce del diritto unitario europeo. Riflessioni a caldo su una decisione annunciata*, in *judicium.it*.

nucleo inviolabile del diritto di accesso alla giustizia. Specificamente, dunque, i fossati scavati per respingere gli assalti al Tribunale sono legittimi laddove:

- a. perseguano uno scopo 'legittimo';
- b. sussista un rapporto di ragionevole proporzionalità dei mezzi impiegati rispetto al fine.

Per quanto riguarda il parametro teleologico, al fine di chiarire quella che appare come una evidente tautologia⁷⁵ è bene precisare come lo scopo possa considerarsi legittimo ove lo stesso sia coerente con i principi espressi e riconosciuti dalla stessa Convenzione. Pertanto, sicuramente sussiste tale legittimità ove le limitazioni tendano ad assicurare una corretta e più efficiente amministrazione della giustizia e/o la ragionevole durata del processo, essendo questi ultimi corollari del *fair trial*.

Per quanto riguarda, invece, il secondo parametro la Corte, a più riprese⁷⁶, ha sottolineato come si debba tenere conto di tre fattori, ovvero:

1. la prevedibilità della restrizione;
2. su chi (ricorrente o Stato convenuto) gravino le conseguenze avverse degli errori compiuti durante il procedimento in esito al quale era stato negato al ricorrente l'accesso alla Corte suprema;
3. se si possa affermare che le restrizioni in questione pecchino di 'eccessivo formalismo'.

Tanto chiarito sul piano generale, tornando al caso di specie, i giudici di Strasburgo individuarono lo scopo dell'autosufficienza «nella semplificazione dell'attività della Corte di cassazione e nel garantire allo stesso tempo la certezza del diritto e la corretta amministrazione della giustizia», aggiungendo inoltre come andassero rammentate «le considerazioni formulate dal Governo per quanto riguarda l'enorme arretrato e il notevole afflusso dei ricorsi presentati ogni anno dinanzi all'Alta giurisdizione». In altri termini veniva certificato quanto si è sottolineato già in apertura del presente paragrafo ossia che sull'altro piatto della bilancia vi fosse la necessità di ridurre la pressione gravante sulla Suprema Corte. Per quanto concerne, invece, la proporzionalità la Corte osserva che «il principio di autosufficienza permette alla Corte di cassazione di circoscrivere il contenuto delle doglianze formulate e la portata della valutazione che le viene richiesta alla sola lettura del ricorso, e garantisce un utilizzo appropriato e più efficace delle risorse disponibili», affermando come tale maggior rigore sia legittimo in considerazione della natura del giudizio di Cassazione, concludendo in sostanza per la legittimità (in astratto) del principio di autosufficienza.

Eppure, la pronuncia contiene un monito importante per la Cassazione laddove afferma «risulta che l'applicazione da parte della Corte di cassazione del principio in questione, almeno fino alle sentenze nn. 5698 e 8077 del 2012 riveli una tendenza dell'Alta giurisdizione a porre l'accento su aspetti formali che non sembrano rispondere allo

75 «La legittimità della limitazione sussiste se lo scopo che persegue è legittimo».

76 Da ultimo proprio nella sentenza Patricolo.

scopo legittimo individuato in particolare per quanto riguarda l'obbligo di trascrivere integralmente i documenti citati nei motivi di ricorso, e l'esigenza di prevedibilità della restrizione». In questo modo i giudici garanti della Convenzione rimarcavano come il giusto, condivisibile e dunque legittimo bilanciamento fra le esigenze di giustizia sostanziale che promanano dall'art. 6.1 CEDU e le esigenze di efficientamento nell'amministrazione della giustizia che ispirano gli ermellini (o almeno una parte di essi) andasse rinvenuto nella versione *light* del principio di autosufficienza, che deve, dunque, oggi ritenersi quello consolidatosi nel diritto vivente, non potendo ritenersi condivisibili quei (forse rapsodici ma certamente non isolati) che, anche successivamente all'arresto delle Sezioni Unite del 2012 hanno ripristinato l'onere di trascrizione ed esasperato quello di localizzazione.

6. Il secondo artificio: l'improcedibilità per violazione dell'art. 369 c.p.c. e la sentenza Patricolo.

La sentenza Succi, come detto conteneva un espresso monito nei confronti dei giudici italiani affinché questi rifuggissero le interpretazioni eccessivamente formalistiche in quanto queste, comportano *ex sé* uno sbilanciamento rispetto al ragionevole equilibrio che deve essere ricercato fra le (potenzialmente) opposte esigenze di giustizia sostanziale e di amministrazione della giustizia. Nella sentenza Succi, tuttavia, i giudici di Strasburgo avevano solo 'scrostato la superficie' dell'assurdo formalismo che negli anni ha insudiciato gli ingranaggi del giudizio di legittimità e, solo pochi anni dopo, ha avuto modo di imbattersi in un altro delirio rigorista inventato al Palazzaccio, un ulteriore meccanismo tagliola dei ricorsi sorto in relazione all'art. 369, comma 2, c.p.c. in relazione al tema dell'onere di deposito della sentenza impugnata unitamente alla relata di notifica (ove questa vi sia stata) e ulteriormente arricchitosi in occasione dell'introduzione del 'processo civile telematico' e dello sfasamento temporale fra l'introduzione dello stesso nel giudizio di merito e nel giudizio di legittimità⁷⁷.

6.1 L'evoluzione giurisprudenziale (in chiave anti-formalistica) intorno agli oneri di deposito prescritti

⁷⁷ Si ricorda come la possibilità di deposito telematico in Cassazione sia stata estesa al giudizio di Cassazione per la prima volta, in via sperimentale, a decorrere dal 31 marzo 2021 a seguito del primo protocollo d'intesa fra il Ministero della Giustizia, la Corte di Cassazione, il PG presso la Cassazione, l'Avvocatura di Stato, il Consiglio Nazionale Forense e l'Organismo Congressuale. Successivamente, a seguito della riforma Cartabia (cfr. art. 35, comma 3, d. lgs. n. 149/2022, versione aggiornata alla legge n. 197/2022) le modalità telematiche sono diventate obbligatorie anche per il giudizio di legittimità a decorrere dal 01 gennaio 2023. Tale uniformazione del rito di ultima istanza a quello di merito rende obsolete, come si vedrà, alcune delle tematiche specificamente affrontate dalla sentenza Patricolo (e nello specifico quelle alla base della condanna ivi irrogata) la quale, tuttavia, rimane comunque una pronuncia di estremo interesse per la sua portata generale e sistematica rispetto al tema dell'eccessivo formalismo qui trattato.

dall'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c.

Prima di affrontare direttamente la pronuncia in questione è opportuno fornire al lettore un quadro (anche solo nella fase di un 'primo studio' dell'opera) della situazione del diritto vivente maturato intorno all'art. 369 c.p.c. Come noto la disposizione in questione prevede che il ricorso debba essere depositato⁷⁸ a pena di improcedibilità entro venti giorni dall'ultima notificazione e che con esso sia depositato, per quanto qui di interesse, «copia autentica della sentenza o della decisione impugnata con la relazione di notifica, se questa è avvenuta» (cfr. art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c.).

Storicamente la giurisprudenza ha offerto tre interpretazioni della norma⁷⁹: il più rigido (nonché più risalente), muovendo da un'interpretazione strettamente letterale della norma⁸⁰ imponeva al ricorrente, per non incorrere nella pronuncia di improcedibilità, che il deposito dei documenti di cui al n. 2 del 369 c.p.c. fosse contestuale al deposito del ricorso⁸¹; quello intermedio, valorizzando il termine di cui al comma 1 dell'art. 369 c.p.c. sosteneva che il ricorrente potesse depositare, ex art. 372 c.p.c., i predetti documenti anche successivamente rispetto al ricorso purché entro il termine di venti giorni dall'ultima delle notificazioni⁸²; infine il più liberale riconosceva tale possibilità di deposito successiva ex art. 372 c.p.c. senza limitazioni di tempo (e quindi, in concreto, prima dell'udienza pubblica o dell'adunanza in camera di consiglio)⁸³.

L'orientamento intermedio venne sposato dalle Sezioni Unite nel 1998⁸⁴ e, di nuovo, nel 2009⁸⁵ e rimase dominante anche nei successivi dieci anni, fino al *revirement* del 2017⁸⁶ (anticipato dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite del 2016⁸⁷). La dottrina accolse con sentimenti contrastanti ma principalmente negativi la pronuncia del 2009⁸⁸, tacciata di un eccessivo formalismo che, la stessa giurisprudenza di legittimità,

78 Prima in forma cartacea presso la cancelleria, oggi, a seguito della sopra ricordata estensione del processo telematico al giudizio di Cassazione, tramite l'apposito portale informatico.

79 Per una più completa ricostruzione della quali, con anche ricchi riferimenti giurisprudenziali, sia consentito rinviare a V. CAPASSO, *Le sezioni unite e l'insignificanza dei termini (forse) l'ultima parola sul deposito della sentenza munita di relata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 2018, 865.

80 La quale recita «insieme col ricorso devono essere depositati sempre a pena di improcedibilità».

81 Cass. civ., n. 125, del 1980.

82 Cass. civ., n. 7380, del 1986.

83 Cass. civ., n. 1315, del 1979.

84 Cass. civ., Sez. Un., n. 11932, del 1998.

85 Cass. civ., Sez. Un., n. 9005, del 2009.

86 Cass. civ., Sez. Un., n. 10648, del 2017.

87 Cass. civ., n. 1081, del 2016.

88 Per alcuni commenti 'a caldo' rispetto alla sentenza *de qua* si rinvia, *ex multiis*, alle annotazioni di: A. CARRATO, *Le sezioni unite riaffermano l'improcedibilità del ricorso per cassazione per la mancata prova della notifica della sentenza impugnata*, in *Corriere giur.*, 2009, 1355; M.C. VANZ, *Sulle sorti (forse ancora da ridiscutere) del ricorso in cassazione in caso di mancato deposito della copia autentica della sentenza e della relata di notifica*, in *Giur. it.*, 2010, 382; F. AULETTA-G. DELLA PIETRA, *Dalla nomofilachia alla cronofilachia: le Sezioni Unite esigono il tempestivo deposito della sentenza munita di relata*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 180.

a sezione semplici⁸⁹, aveva ravvisato negli anni antecedenti a tale arresto e che aveva intaccato la stabilità nomofilattica del precedente del 1998.

Non sorprende, dunque, come la letteratura abbia salutato positivamente l'*overruling* del 2017⁹⁰ (e prima ancora quello *in nuce* presente nell'ordinanza di rimessione dell'anno prima⁹¹). In particolare, le maggiori criticità ravvisate rispetto all'orientamento più rigido (quello sin qui definito 'intermedio') risiedevano nella reiezione operata dalla giurisprudenza del 2009 verso le 'forme equipollenti' che potessero condurre a risultati analoghi a quelli perseguiti dal legislatore con l'introduzione dell'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c. È quindi opportuno ricordare quale sia la *ratio* della norma in questione che è unanimemente (sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza, che – in occasione delle difese formulate in occasione del caso Patricolo – dallo stesso Governo) stata individuata nella volontà di consentire alla Corte di cassazione di verificare senza ulteriori passaggi e/o ritardi l'osservanza dei termini per l'impugnazione e di salvaguardare il principio della *res judicata*, assicurando così il rapido svolgimento del processo.

Muovendo da ciò le tesi più liberali affermavano che la sanzione dell'improcedibilità fosse eccessiva – e in effetti le conseguenze della declaratoria di improcedibilità sono esiziali per il ricorrente il quale è costretto ad assistere al passaggio in giudicato delle sentenze impugnate a prescindere dalla fondatezza delle proprie doglianze – e perciò da evitare in tutti i casi in cui, pur mancando il deposito della sentenza e/o della relata di notifica da parte del ricorrente, nondimeno la Corte, avendo comunque la disponibilità delle stesse 'per altre vie', potesse comunque avere contezza della data di notificazione della sentenza e, di conseguenza, della tempestività del ricorso ex art. 325 c.p.c. Questa impostazione, in sostanza, estendeva il meccanismo della sanatoria per raggiungimento dello scopo dell'atto ex art. 156, comma 3, c.p.c.⁹² oltre il campo della nullità a ricomprendere anche quello dell'improcedibilità o, più correttamente includeva l'improcedibilità all'interno di quello della nullità.

Né l'ordinanza del 2016 né la sentenza del 2017, a ben vedere, richiamano il ragionamento sistematico condotto dalla letteratura intorno all'art. 156 c.p.c. ma concentrano

89 Cfr. Cass. civ., n. 7027, del 2008.

90 In questo senso si vedano, *ex multis*, i commenti di A. BONAFINE, *Sull'improcedibilità (anche in ottica telematica) del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, IV-V, 2018, 1196; M. GOZZI, *Il deposito della relazione di notificazione della sentenza impugnata: un auspicato revirement della Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, VI, 2016, 738, 1619; V. CAPASSO, *Le sezioni*, cit., 865.

91 R. POLI, *Ricorso per cassazione improcedibile e sanabilità per raggiungimento dello scopo: la questione torna alle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, III, 2016, 738.

92 In tal senso si rinvia *ex multis*, alle osservazioni di A. BONAFINE, *Sull'improcedibilità*, cit., spec. 1203; nonché ai numerosi contributi sul tema di Poli, fra i quali si ricordano: R. POLI, *Ricorso per cassazione*, cit.; ID., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 472 ss.; ID., *In tema di forme equipollenti e fattispecie equipollenti degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 1164 ss.; ID., *Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 447 ss.; ID., *Improcedibilità del ricorso per cassazione e sua sanabilità per raggiungimento dello scopo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1133 ss.; ID., *Invalitità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 111 ss.

la loro attenzione proprio sull'art. 6.1 della CEDU e sui suoi corollari, recuperando, in particolare, il tema del bilanciamento fra diritto di accesso al tribunale ed esigenze di amministrazione della giustizia e, di conseguenza, dei parametri per la valutazione delle limitazioni alla decidibilità del ricorso.

L'applicazione dei summenzionati principi di diritto europeo alla vicenda ermeneutica in questione impone, ad avviso della Corte, la necessità di rivedere il proprio precedente, aprendo alla possibilità di 'far salvo' il giudizio qualora la Corte possa esaminare i documenti di cui all'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c. 'al di là' della (o malgrado la non) produzione del ricorrente, ad esempio per essere gli stessi stati prodotti dalla controparte (nel proprio controricorso) o per essere gli stessi presenti nel fascicolo d'ufficio trasmesso alla Corte.

Come sottolineato dalla dottrina che ha monitorato la vicenda giurisprudenziale in esame, si sarebbe 'sull'abbrivio di una recente tendenza antiformalistica della Suprema Corte' e risulta evidente come miccia e combustibile di tale moto siano stati conferiti dalla (o dal timore della) giurisprudenza di Strasburgo.

Resta da precisare come malgrado con le Sezioni Unite del 2017 si sia assistito ad una importante apertura in chiave 'sostanzialistica', nondimeno rimane ancora esclusa la possibilità (propugnata dalle tesi più elastiche) che sia lo stesso ricorrente, tramite un deposito effettuato dopo lo scadere del termine di cui all'art. 369, comma 1, c.p.c. a sanare l'irregolarità procedimentale.

La dottrina⁹³ (pur salutando con favore la pronuncia) ha sottolineato la 'prudenza' della Corte evidenziando come i valori di proporzionalità e di necessaria funzionalità del processo civile alla pronuncia sul merito posti a premessa della statuizione, non avrebbero dovuto lasciare adito a dubbi sulla doverosità di una soluzione totalmente liberale ed aperturista, incentrata unicamente sulla possibilità di verifica che il ricorso sia tempestivo e sottolineando come il logico e coerente sviluppo delle protasi adottate avrebbe dovuto condurre i giudici di legittimità a riconoscere quale unico parametro guida nel senso della procedibilità o meno del giudizio quello della conoscibilità in concreto da parte del collegio della tempestività del ricorso, a prescindere dalle modalità con cui le informazioni necessarie sono giunte nella sfera di cognizione dello stesso. Ne sarebbe dovuta, dunque, seguire l'adesione alla tesi che fa coincidere il termine entro cui può essere depositata la «copia autentica della sentenza con la relazione di notificazione» con l'ultimo momento anteriore a quello «in cui vi è la certezza processuale che il ricorso non verrà toccato dalla mano di alcun magistrato della S.C. (ossia sino al momento della scadenza del termine per il deposito del controricorso, ovvero ancora della scadenza del termine per il deposito del controricorso avverso il ricorso incidentale eventualmente proposto dal resistente, ex art. 371, comma 4, c.p.c.), se non addirittura, salvo il rispetto delle modalità di cui al comma 2 dell'art. 372 c.p.c., sino

93 M. DE CRISTOFARO, *L'improcedibilità in cassazione 2.0 quali gli oneri congrui di deposito a fronte di notifica della sentenza a mezzo PEC*, in *Corr. Giur.*, IV, 2018, 555.

all'udienza pubblica o alla memoria depositata prima dell'adunanza camerale 'non partecipata' ex artt. 380 bis, 380 bis.1 o 380 ter c.p.c. al giorno in cui il fascicolo verrà preso in mano da un qualunque magistrato della S.C. comunque non esprime alcun valore autonomo rispetto al dovere di verifica di tempestività del ricorso, di cui il Collegio giudicante dovrà farsi carico in occasione dell'udienza o dell'adunanza camerale»⁹⁴.

6.2 Gli orientamenti della Corte sul tema della mancanza di autenticazione delle copie fotostatiche della PEC di notifica della sentenza (e dei suoi allegati).

Lo stesso anno in cui le Sezioni Unite abdicavano rispetto ad un altro 'feudo del formalismo', la Corte di Cassazione vinceva un'altra battaglia nella sua 'guerra contro l'assedio dei ricorrenti' e, secondo la dottrina intervenuta sul tema⁹⁵ fu proprio la timidezza delle Sezioni Unite e la loro ritrosia ad accettare la soluzione massimamente liberale di cui sopra a «creare il contesto entro cui possono svilupparsi quelle ulteriori 'chiusure' irragionevoli» espresse (fra le altre) da Cass. civ., n. 30765, del 2017⁹⁶.

Il riferimento va a quell'orientamento della Corte sorto in occasione del, sopracitato, sfasamento temporale fra l'introduzione del processo civile telematico nei giudizi di merito (2014)⁹⁷ e in quello di legittimità (2021)⁹⁸. Tale distonia ha dato luogo ad una situazione che può essere riassunta per sommi capi come segue: Tizio risultato vincitore in appello nella causa proposta contro Caio notifica a quest'ultimo la sentenza resa all'esito del gravame (ai fini della decorrenza del termine breve ex art. 325 c.p.c.) a mezzo P.E.C., allegando (necessariamente) al proprio messaggio sia la sentenza che la relata di notifica. Successivamente Caio propone ricorso in Cassazione e, ai sensi dell'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c. sopra considerato è tenuto a depositare (necessariamente in copia cartacea stante l'assenza, all'epoca, del PCT) la PEC ricevuta insieme agli allegati, ossia la sentenza e la relata di notifica (appunto i documenti richiamati dalla disposizione sopra ricordata). Il problema che si pone in questo caso deriva dal fatto che, diversamente dal contesto in cui era sorta la disposizione del 369 c.p.c. in cui tutto (originali e copie) erano cartacee, durante il periodo in questione ci si trovava in una 'terra di mezzo' in cui gli originali erano telematici e le copie cartacee.

La giurisprudenza di legittimità, dunque, con una serie di pronunce, chiari, muovendo da una esaustiva ricostruzione della articolata e complessa disciplina relativa

94 M. DE CRISTOFARO, *L'improcedibilità*, 554.

95 M. DE CRISTOFARO, *L'improcedibilità*, cit., 555.

96 Ma, nello stesso senso, lo stesso anno, v. Cass. civ., n. 26520, del 2017.

97 Il Processo Civile Telematico (PCT) è stato introdotto in Italia con la Legge di Stabilità 2013 e il Decreto Legge 90/2014.

98 V. *supra* nota 77.

al processo telematico⁹⁹, quelle che erano le incombenze delle quali era gravato il ricorrente (*rectius*: il suo difensore). Questi avrebbe dovuto autenticare in proprio della conformità delle copie fotostatiche agli originali telematici a lui notificati (messaggio di posta elettronica, sentenza e relata di notifica) e procedere, dunque, al deposito di tali copie corredate dalle relative autentiche.

Questo orientamento presentava due ordini di problemi.

Il primo era legato all'incertezza del diritto, frutto del conflitto interno alla Cassazione che con le due successive pronunce (la n. 26520 e la n. 30765 del 2017) aveva ricostruito in maniera affatto diversa la fisionomia delle incombenze autenticatorie gravanti sul ricorrente. In particolare, la prima delle due pronunce richiedeva che il ricorrente certificasse la conformità della copia fotostatica della sentenza non solo rispetto al documento notificatogli telematicamente dalla controparte ma, altresì rispetto all'originale telematico (previa estrazione dal fascicolo telematico).

99 Per esigenze di economia del discorso ci si limita a riportare in nota alcuni dei passaggi (sufficienti a richiamare alla mente del lettore i punti cardinali della disciplina che qui rileva) della sentenza n. 30765 del 2017. Ricorda la Corte come: «Quanto agli atti del giudice, degli ausiliari o delle parti presenti nei fascicoli informatici o trasmessi in allegato alle comunicazioni telematiche dei procedimenti civili dinanzi ai Tribunali ed alle Corti d'appello, l'art. 16-*bis*, comma 9-*bis* d.l. n. 179 del 2012, convertito con modificazioni nella l. n. 221 del 2012 (introdotto dall'art. 52, comma 1, lett. a), d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114) dispone che il difensore può estrarre con modalità telematiche duplicati, copie analogiche o informatiche ed attestare la conformità delle copie estratte ai corrispondenti atti contenuti nel fascicolo informatico. La norma precisa che tali copie analogiche o informatiche equivalgono all'originale. ... pertanto, l'avvocato, in qualità di pubblico ufficiale, ha il potere di attestare la conformità agli originali digitali delle copie del messaggio di posta elettronica certificata inviato all'avvocato di controparte, delle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna, nonché degli atti allegati, compresi dalla relazione di notificazione. ... il potere di attestazione di conformità dell'analogico al digitale è stato generalizzato ed esteso 'a tutti i casi in cui l'avvocato debba fornire prova della notificazione', compreso, pertanto, quello in cui egli sia il destinatario della notificazione. Se, in tale ambito, non è possibile utilizzare modalità telematiche, si deve procedere ai sensi del comma precedente (1-bis) e cioè mediante estrazione di copia su supporto analogico. Naturalmente la copia riguarderà gli atti di cui l'avvocato dispone e quindi, se egli non è il notificante ma colui che ha ricevuto la notifica, oltre alla copia della relazione di notifica e del provvedimento impugnato, l'avvocato estrarrà copia del messaggio di ricezione (in luogo della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna). Quindi, se il destinatario della notifica del provvedimento impugnato intende proporre ricorso per cassazione, dovrà depositare nella cancelleria della Corte copia analogica del messaggio di posta elettronica ricevuto e dei relativi allegati, atto impugnato e relazione di notifica, e dovrà attestare la conformità di tali documenti cartacei agli originali digitali. È necessaria l'autenticazione del messaggio p.e.c., perché solo di lì si vince giorno e ora in cui si è perfezionata la notifica per il destinatario, ma è altresì necessaria l'autenticazione dei suoi due allegati: relazione della notificazione a mezzo p.c.c. e provvedimento impugnato autenticato dall'avvocato che ha provveduto alla notifica. Solo così si adempie a quanto previsto dall'art. 369 c.p.c., laddove richiede, a pena d'improcedibilità, il deposito di 'copia autentica della sentenza o della decisione impugnata con la relazione di notificazione, se questa è avvenuta».

Rispetto a tale impostazione non tardarono ad arrivare le critiche sia della dottrina¹⁰⁰ sia della giurisprudenza, le quali sottolinearono come essa imponesse un'inutile ed irragionevole duplicazione dell'onere certificatorio.

Così già la successiva pronuncia n. 30765 (di nemmeno due mesi successiva) operò un *revirement* rilevando come «perché la notifica del provvedimento abbia effetti il difensore deve notificarlo in copia autenticata. Non vi è necessità di chiedere al difensore che riceve la notifica e decide di proporre ricorso per cassazione, di procedere a sua volta ad una estrazione di copia del provvedimento impugnato direttamente dal fascicolo informatico. Egli impugna il provvedimento che gli è stato notificato. L'art. 369 c.p.c., se vi è stata notifica, impone di depositare il provvedimento notificato, non di andare alla fonte e farsi rilasciare un'autonoma copia del provvedimento dalla cancelleria. Il ricorrente per cassazione deve produrre detto provvedimento così come gli è stato notificato e deve produrre il messaggio p.e.c. e la relativa relazione di notifica, mediante i quali dimostrerà quando gli è stato notificato, per rendere possibile la verifica della tempestività del ricorso».

Sotto questo primo profilo, l'avvocato cassazionista si trovava ancora una volta (come nel caso del principio di autosufficienza) nel guado dell'incertezza, con l'emergere (quasi contestuale) di due orientamenti, in aperta contraddizione fra di loro, in cui quello più ragionevole (il secondo) era quello però meno sicuro da seguire poiché 'il principio di precauzione' suggeriva di seguire quello più (irragionevolmente) formalistico. Ma al di là della portata e delle indicazioni ricavabili per i ricorsi futuri, il vero tema era quello dell'esito dei ricorsi già proposti destinati ad essere falciati (da quei giudici che si fossero accodati al primo orientamento) per una tesi esegetica già dichiarata, dalla stessa Corte, come, nei fatti, eccessivamente formalistica.

Tuttavia, in concreto, non fu questo aspetto – il quale comunque rileva ai nostri fini in quanto rivelatore dell'impostazione 'ghigliottinara' – a costituire il vero *punctum dolens* dei rapporti fra 'PCT' e art. 369 c.p.c. quanto il rifiuto, da parte della Corte di prendere in considerazione il contegno mantenuto dalla controparte, nel caso di deposito della documentazione *de quo* priva dell'autenticazione da parte del difensore del ricorrente.

In altri termini, la Corte, in entrambe le pronunce del 2017, ritenne che l'assenza di contestazione o addirittura l'esplicito riconoscimento proveniente da parte dell'autore della notifica circa la conformità della copia depositata dal ricorrente fossero irrilevanti rispetto al tema della procedibilità in ragione delle esigenze pubblicistiche sottese all'art. 369 c.p.c. le quali impedivano che, nel caso di specie, potesse trovare applicazione l'art. 2719 c.c. – il quale, sostanzialmente, parifica, ai fini probatori, l'attestazione di conformità al mancato disconoscimento – poiché «tale regola si applica quando si tratta di attribuire ad un documento efficacia probatoria, da valere tra le parti, mentre non vale quando si devono operare verifiche, quali la tempestività di un atto di impugnazione rispetto ad un termine preteritorio e quindi correlativamente la formazione

100 M. DE CRISTOFARO, *L'improcedibilità*, cit., 558.

del giudicato, che hanno implicazioni pubblicistiche»¹⁰¹. L'atteggiamento tenuto dalla Corte nelle pronunce del 2017 rievocava gli echi dell'orientamento rigido espresso con le pronunce del 2009 e del 1998 richiamate nella prima parte del presente paragrafo e, pertanto, rappresentava un passo indietro rispetto alle considerazioni svolte dalle Sezioni Unite del 2017 e dalla Sezione remittente del 2016 segnando una decisa battuta d'arresto rispetto a quella 'tendenza antiformalistica' che la dottrina riconosceva essere stata adottata dai giudici di legittimità sulla spinta di una maggior valorizzazione dei principi del giusto processo e, in particolare, del diritto di accesso alla giustizia.

Il timore era, pertanto, che le pronunce del 2017 prefigurassero un processo di involuzione nella giurisprudenza di legittimità con il rischio (poi concretizzatosi, come si dirà a breve) che si rendesse necessario un intervento di Strasburgo per far rinsavire i nostri giudici dalla loro frenesia mietitrice. In realtà sebbene fossero seguite delle pronunce che condividevano il principio di diritto espresso dalle sentenze del 2017¹⁰², le Sezioni Unite intervennero 'a stretto giro' con due arresti – il n. 22438, del 2018 e il n. 8312, del 2019¹⁰³ – ristabilendo quella linea nomofilattica particolarmente sensibile al 'giusto processo europeo' il cui presagio era rintracciabile già nell'ordinanza di rimessione del 2016 di cui *supra*. Il viatico dell'orientamento formalistico inaugurato da Cass. civ., n. 26520 e n. 30765, del 2017, dunque, si sdoppia, per poi ricongiungersi nella destinazione ossia nel rigetto di tale rigidismo esecutivo.

Il primo ramo è quello 'del diritto vivente interno' nel quale i due richiamati arresti delle Sezioni Unite, muovendo da un «principio di sterilizzazione della sanzione di improcedibilità»¹⁰⁴ e riallacciandosi ad alcune delle argomentazioni anti-formalistiche fatte proprie dalla ricordata sentenza n. 10648, del 2017, affermavano: da un lato la necessità di adattare le norme codicistiche al nuovo contesto telematico senza che l'introduzione di quest'ultimo venisse assunta a pretesto per introdurre nuove ed irragionevoli forme di barriera per la decidibilità del merito della domanda¹⁰⁵, dall'altro che essendo il fine diretto della autenticazione da parte dell'avvocato quello di salvaguardare la fedeltà documentale (e solo mediamente quello della tutela della cosa giudicata), è evidente come tale risultato venga ugualmente raggiunto anche tramite il

101 Così Cass. civ., n. 30765, del 2017.

102 Fra cui le ordinanze n. 11022 e n. 24568, del 2018, contro le quali verranno proposti i ricorsi presso la Corte EDU, n. 54009, del 2018 e 20655, del 2019 per i quali l'Italia verrà condannata nel caso Patricolo.

103 Con note di C. SACCHETTO, *Attestazione di conformità, art. 23, comma 2, CAD e condizioni di procedibilità in Cassazione*, in *GT*, XII, 2019, 950; nonché di M. RUSSO, *Non contestazione e procedibilità del ricorso per Cassazione*, in *Giur. It.*, 2018, 333.

104 Così denominato in Cass. civ., Sez. Un., n. 22438, del 2018 e il cui nome è, *ex sé*, rivelatore della volontà della Corte di intraprendere una nuova linea rispetto a quella austera che aveva dominato il recente passato (e che tutt'ora serpeggia largamente fra molti giudici di via Cavour).

105 Così, testualmente, la sentenza n. 8312, del 2019: «per quel che concerne la procedibilità del ricorso, è necessario un adattamento delle regole applicabili onde evitare che l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità, sulla base dei principi tradizionali nati «in ambiente di ricorso analogico», risulti irragionevole o sproporzionata nel diverso «ambiente digitale».

coinvolgimento nel procedimento della controparte, autrice della notifica, dovendosi inoltre sottolineare come pur in assenza di autenticazione, l'integrità dei documentati depositati in Tribunale sia presidiata da rilevanti sanzioni disciplinari e penali che consentono di 'presumere' (specie in un clima di auspicata collaborazione fra avvocatura e magistratura) la conformità dei depositi effettuati.

L'altro ramo del viatico è quello che conduce, invece, alla sentenza Patricolo resa il 23 maggio 2024 dalla Corte di Strasburgo. La pronuncia in questione tocca entrambe le questioni che si sono prese in considerazione nel presente paragrafo, essa infatti unisce tre ricorsi: uno (il n. 37943, del 2017) relativo al mancato deposito della relata di notifica entro il termine di cui all'art. 369 c.p.c.¹⁰⁶; gli altri due (i nn. 54009, del 2018 e 20655, del 2019), invece, riguardanti la mancata autenticazione delle copie cartacee depositate dai ricorrenti dei documenti di cui all'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c.¹⁰⁷. Solo gli ultimi due ricorsi si sono tradotti in una condanna per l'Italia.

A ben vedere, tuttavia, la pronuncia di Strasburgo non aggiunge nulla di davvero rivoluzionario rispetto alla spontanea evoluzione intrapresa dalla giurisprudenza di legittimità italiana. Riguardo alla questione sottoposta al suo vaglio dal ricorso 37943/17, dopo aver rimarcato la funzione dell'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c. conferma la legittimità dello scopo della norma, la proporzionalità della sanzione e dunque la ragionevolezza dell'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite n. 10648, del 2017¹⁰⁸ il quale dichiaratamente, come visto, si ispirava ai principi del giusto processo.

106 Il caso *de quo* scaturiva dalla doglianza del ricorrente per la pronuncia di improcedibilità emessa dalla Corte a fronte del mancato deposito, da parte dello stesso, della relata di notifica.

107 Nel primo dei due casi il ricorrente aveva depositato in cancelleria due copie dell'impugnata sentenza, la prima delle quali era certificata conforme all'originale dal cancelliere del Tribunale. La seconda era una copia cartacea della sentenza come notificata per posta elettronica certificata accompagnata dalla relazione di notificazione priva però di attestazione della conformità all'originale così come inviata per posta elettronica certificata. La Corte dichiarò improcedibile il ricorso affermando che: «nel caso di specie è determinante l'assenza dell'attestazione della conformità all'originale della relazione di notificazione della sentenza impugnata così come inviata per posta elettronica certificata». Nel secondo i ricorrenti, unitamente al ricorso depositarono in cancelleria una copia cartacea della sentenza così come loro notificata per posta elettronica certificata insieme alla relazione di notificazione. Controparte partecipò al procedimento. Successivamente i ricorrenti depositarono un'altra copia della sentenza impugnata corredata dell'attestazione di conformità alla sentenza telematica originale redatta dal loro avvocato. La Corte di Cassazione dichiarò improcedibile il ricorso affermando che «I ricorrenti, pur dichiarando che l'impugnata sentenza era stata loro notificata mediante PEC il 14 marzo 2017, non hanno fornito un'attestazione che certificasse che loro avevano presentato copia conforme dei documenti telematici relativi alla notificazione ... nel fascicolo della causa delle parti, la copia cartacea della PEC con la quale è stata notificata l'impugnata sentenza è priva dell'attestazione (comprensiva della firma autografa dell'avvocato) di conformità. Tale documentazione non è stata depositata neanche dal convenuto che avrebbe potuto correggere l'omissione e rendere pertanto procedibile il ricorso».

108 Deve sottolinearsi come il caso *de quo*, estremamente lineare, non abbia in alcun modo costretto Strasburgo a prendere specificamente posizione su alcuni degli aspetti controversi che le Sezioni Unite lasciavano ancora in sospeso (su tutti la possibilità per il ricorrente di provvedere ad integrare il deposito anche dopo la scadenza del termine dell'art. 369 c.p.c.).

Non dissimile il discorso riguardante i capi relativi agli altri due discorsi in cui la decisione di improcedibilità si fondava su un orientamento (quello del 2017) che, come si è visto, era stato già superato dalle Sezioni Unite, le quali vengono, infatti, prese in considerazione dalla stessa Corte di Strasburgo nel motivare la propria condanna¹⁰⁹. La Corte giustifica la propria condanna – e, quindi, la propria valutazione nel senso dell'eccessivo formalismo¹¹⁰ dell'interpretazione fornita nei casi di specie dalla Cassazione – intorno a tre nuclei essenziali: a) La circostanza che le nuove tecnologie applicate al processo non debbano trasformarsi in una serie di trappole per gli operatori del diritto ma in una risorsa per gli stessi, migliorando l'accesso concreto alla giustizia, sotto l'attenta e collaborativa supervisione dei giudici; b) il fatto che anche in assenza della autenticazione la Corte potesse avere immediata percezione della tempestività del ricorso, cosicché doveva ritenersi adempiuta la funzione dell'art. 369 c.p.c. ed eccessiva la sanzione 'pregiudiziale' dell'improcedibilità; c) l'esistenza di sanzioni disciplinari e penali specificamente preposte a tutelare l'integrità della documentazione depositata e a fondare una presunzione di corrispondenza, aggiungendo che «in ogni caso si può facilmente verificare la conformità delle copie cartacee agli originali informatici, invitando i ricorrenti a depositare la necessaria attestazione in una fase successiva del procedimento».

Si nota, dunque per molti aspetti una piena sovrapposizione con le argomentazioni delle Sezioni Unite del 2019. Dove, invece, la pronuncia di Strasburgo ha carattere innovativo è nell'ultimo virgolettato che si è citato ove sembra sposare una linea ancora più liberare di quella della nostra Suprema Corte, rievocando quel monito che già la dottrina¹¹¹ aveva speso rispetto alle Sezioni Unite n. 10648 del 2017 ritenendole troppo prudenti e spingendo per una posizione che favorisse una maggior interlocuzione fra Corte e difensori delle parti in modo da disinnescare quanto più possibile la sanzione della improcedibilità. In conclusione di questo paragrafo, tuttavia, l'elemento più interessante da cogliere è proprio quello relativo alla (perlomeno apparente) presa di coscienza da parte del supremo consesso delle derive formalistiche che le singole sezioni

109 Si legge infatti nella sentenza (par. 100) che: «La Corte osserva inoltre che nel 2019 la stessa Corte di cassazione aveva ripensato l'interpretazione adottata nelle sentenze impugnate e aveva stabilito che il mancato deposito dell'attestazione di conformità delle copie cartacee agli originali informatici entro il termine fissato dall'articolo 369 del codice di procedura civile non doveva comportare l'improcedibilità del ricorso qualora la controparte non avesse affermato la difformità delle copie cartacee dagli originali o qualora il ricorrente avesse depositato l'attestazione mancante in un momento qualsiasi precedente allo svolgimento dell'udienza della causa»

110 Ricordando come (par. 94) «nell'applicare le norme procedurali i tribunali nazionali devono evitare il formalismo eccessivo che è contrario all'obbligo di assicurare il diritto concreto ed effettivo di accesso a un tribunale previsto dall'articolo 6 § 1 della Convenzione. La Corte ribadisce inoltre che il diritto di accesso a un tribunale è compromesso quando le norme non servono più a conseguire i fini della certezza del diritto e della retta amministrazione della giustizia e formano una specie di barriera che impedisce ai litiganti di ottenere una determinazione nel merito della causa».

111 M. DE CRISTOFARO, *L'improcedibilità*, cit., 554, già sopra richiamato.

hanno preso nel tempo e abbiano cercato di recuperare la rotta, riprendendo il timone per evitare di schiantarsi contro la giurisprudenza di Strasburgo. Tuttavia, come si vedrà anche *infra* l'analisi del quadro più nel complesso, in cui versa il nostro processo, non appare rassicurante, poiché l'impressione è che nella Corte di Cassazione convivano due anime e che quella più 'sostanzialistica' non abbia intrapreso questa strada per un'autentica presa di coscienza dei valori che ispirano il giusto processo, quanto per la consapevolezza di essere attenzionata e sotto 'l'occhio di bue' della Corte EDU.

7. Il terzo artificio: la 'vexata quaestio' della 'procura spillata'.

Il medesimo *pattern* visto nel precedente paragrafo (e, in un certo senso anche in quello relativo all'autosufficienza) ha interessato anche un'altra vicenda esegetica con cui la Corte ha mietuto innumerevoli ricorsi, ossia quella della c.d. 'procura spillata', anche in questo caso, infatti si è partiti da un orientamento fortemente restrittivo¹¹² lungamente dominante nella giurisprudenza della Corte e più volte ribadito per assistere poi, in tempi recenti, ad un deciso *revirement* operato dalle Sezioni Unite¹¹³ che esprime una spiccata sensibilità verso i temi del 'giusto processo'.

Prima di analizzare le vicissitudini giurisprudenziali interne relative alla procura speciale in Cassazione è opportuno precisare sin d'ora come la questione non abbia mai raggiunto la Corte di Strasburgo e potrebbe dunque apparire, stravagante rispetto all'oggetto del presente contributo. Nondimeno, come si vedrà, la stessa è emblematica sia della tradizionale impostazione rigida e formalistica della Corte, sia del suo recente ammorbidimento che qui, per evidenti ragioni cronologiche pare essere stato fortemente 'ispirato' dal monito della sentenza Succi il quale, come si è detto, ebbe – e tutt'ora ha – (con, in più, l'ulteriore rinforzo derivante dalla condanna Patricolo) una portata generale che trascende il caso particolare del principio di autosufficienza.

Nel riassumere l'intricato ginepraio di pronunce intervenute sul tema il punto di partenza non può che essere rappresentato dall'arresto delle Sezioni Unite del 1994 n. 9869 la quale intervenne per sanare un contrasto sorto fra le sezioni semplici affermando il principio secondo cui il difensore non era munito di poteri autenticatori rispetto alla procura rilasciata su foglio separato rispetto al ricorso e a quest'ultimo unita solo per mezzo di spilli, con la conseguenza che il difensore che avesse presentato il ricorso in virtù di una procura di questo tipo si sarebbe dovuto considerare privo di *ius postulandi*, con conseguente rigetto *limine litis* della domanda e passaggio in giudicato della sentenza impugnata¹¹⁴. Non sorprende come l'affermazione di tale principio abbia comportato negli anni seguenti a quella che la dottrina ha causticamente definito

112 Cass. Civ., Sez. Un. 1994, n. 9869.

113 Cass. Civ., Sez. Un. 2024, nn. 2075 e 2077.

114 La tesi della Corte muoveva dall'assenza di un potere certificatorio generale dell'avvocato il quale era titolare esclusivamente del potere certificatorio concessogli dall'art. 83, comma 3, c.p.c., il quale (nella

«la strage degli innocenti»¹¹⁵, fatto che spinse il legislatore ad intervenire per cercare di placare lo sterminio posto in atto dalla Corte. Venne dunque varata la l. n. 141 del 1997 con la quale fu modificato l'art. 83, comma 3, c.p.c. inserendo il seguente periodo: «la procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce». Il tenore della norma sembrava chiaro e appariva a tutti gli effetti come un palese tentativo del legislatore di ribaltare l'orientamento della Corte, tuttavia la giurisprudenza immediatamente successiva¹¹⁶ intervenne a ridimensionare la portata della norma (facendo riferimento ai lavori parlamentari che ne avevano preceduto l'introduzione) affermando come l'intento del legislatore fosse unicamente quello di rimuovere «qualsiasi incertezza circa le caratteristiche estrinseche o topografiche necessarie» della procura in cassazione, senza però intervenire «riduttivamente sugli elementi di specificità necessari (ai sensi dell'art. 365 c.p.c.) per la specialità della procura di cui dev'essere munito l'avvocato sottoscrittore del ricorso per cassazione, esigendo che la procura rilasciata sul foglio separato materialmente congiunto al ricorso faccia riferimento a questo, atteso che l'espressione «all'atto cui si riferisce» non può assolutamente intendersi come equivalente».

La Corte, dunque, a discapito del tenore letterale dell'art. 83, comma 3, c.p.c. che parificava la procura a margine o in calce con quella spillata, tracciava un solco netto fra le due, in quanto la seconda, per poter essere valida necessitava di espressi riferimenti¹¹⁷ al giudizio di cassazione cui accedeva. Tale orientamento 'ribelle' (rispetto alla probabile effettiva volontà legislativa) ed esasperatamente formalistico non fu però seguito in maniera compatta dalla giurisprudenza ma venne rapidamente sconfessato¹¹⁸ ingenerando un contrasto giurisprudenziale che le Sezioni Unite cercarono di placare con l'arresto n. 2642 del 1998¹¹⁹ il quale sposò la linea più liberale, dichiarando in maniera espressa la propria ispirazione antiformalistica¹²⁰. L'intervento del Supremo Consesso,

formulazione *ratione temporis* applicabile) non considerava la procura su foglio separata ma solo quella a margine o in calce.

115 C. GUARNIERI, *Risolto 'ex lege' l'annoso problema della validità della procura spillata*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 486.

116 Cass. civ., n. 5569, del 1997, con nota di F. CIPRIANI, *Procura su foglio separato o procura presunta*, in *Foro it.*, 1997, I, 3152, e con nota di M. ACONE, *La procura speciale alle liti tra tiepidezza del legislatore e i contrasti nella Corte*, in *Corriere Giur.*, 1997, 1159.

117 Ad esempio, l'indicazione dell'n.r.g. del giudizio di appello o delle coordinate numeriche della sentenza impugnata.

118 Si può citare, *ex multis*, Cass. civ., n. 11595, del 1997.

119 Il quale si poneva per molti aspetti in continuità con un altro precedente delle stesse Sezioni Unite (anteriore alla legge del 1997 e in contrasto, quantomeno nello spirito alla pronuncia del 1994), ossia la sentenza n. 11178, del 1995.

120 Si legge infatti nella sentenza la vera ragione della riforma fosse quella di «evitare di favorire atteggiamenti cavillosi, che producano la sconfitta della giustizia» e che, per dare attuazione alla *voluntas legis*, «si deve evitare di perpetuare una giurisprudenza esasperatamente casistica, quale inevitabilmente si riprodurrebbe continuando a ricercare nella procura conferita su foglio separato indici di riferimento all'atto, cui la procura è stata unita dal difensore».

tuttavia, non si dimostrò in grado di placare i tumulti esegetici in seno alla giurisprudenza di legittimità, con il riemergere di posizioni aspramente formalistiche¹²¹.

Per citare la migliore dottrina, sembrava che quella della procura ‘spillata’¹²² fosse destinata a diventare un’*historia infinita*¹²³ questo almeno fino (salvi nuovi e mai scarababili *revirement*) fino al 2022 quando con una nuova pronuncia a Sezioni Unite (la n. 36057), gli inquilini di via Cavour sono nuovamente intervenute sul tema ribadendo la posizione più liberale e, anzi, sposando una linea ancor più elastica e coerente con quella repulsione del formalismo che la giurisprudenza di Strasburgo, e in particolare la sentenza Succi dell’anno prima, espressamente citata in motivazione imponeva.

La Corte, infatti, dopo aver ricostruito la vicenda giurisprudenziale sottolinea: da un lato come motore della stessa fosse la perdurante distinzione fra procura in calce o a margine e procura redatta su foglio separato, negando però che tale distinzione potesse ancora trovare cittadinanza nel nostro ordinamento a seguito della l. n. 141 del 1997, così sconfessando apertamente la ‘fantasiosa’ ricostruzione della *voluntas legis* inaugurata dalla pronuncia n. 5569 del 1997 per attenersi ad un’interpretazione più aderente al dettato normativo dell’art. 83, comma 3, c.p.c.; dall’altro, richiamando il diritto di accesso alla giustizia come formulato dalla giurisprudenza EDU (nonché l’art. 24 Cost.) ha affermato come lo stesso, «per poter essere concretamente esercitato, impone che gli ostacoli di natura procedurale impeditivi al raggiungimento di una pronuncia di merito siano limitati ai casi più gravi» ricordando inoltre la sussistenza nel nostro ordinamento del principio (a cui viene conosciuta portata generale) di conservazione degli atti di cui agli artt. 1363 c.c. e 159 c.p.c. – e il riferimento all’art. 159 rievoca un’altra analogia con il ragionamento esegetico sorto intorno alle vicende esposte nel paragrafo precedente. Infine, e anche in questo caso è possibile riscontrare un parallelismo con quanto detto nel paragrafo precedente, la Corte sottolinea il necessario spirito di collaborazione che deve ispirare il rapporto fra magistrati e avvocati, nonché il ruolo sociale svolto da questi ultimi, circostanze che devono, dunque, deporre nel senso della presunzione della effettiva riferibilità della procura al ricorso, dovendosi rifuggire

121 Che, ad esempio, dichiararono l’improcedibilità del ricorso perché la procura: era stata conferita su foglio separato, privo di timbro di congiunzione e con riferimenti esclusivi alle fasi di merito del giudizio, senza nessun richiamo al giudizio di cassazione (Cass. civ., n. 25177, del 2018); non indicava la data successiva alla sentenza di appello impugnata (Cass. civ., n. 4069, del 2020); conteneva un riferimento al ‘presente giudizio pendente davanti alla Corte di cassazione’, ritenuto generico (Cass. civ., n. 31191, del 2021); era stata apposta a margine di un foglio bianco allegato al ricorso, di modo che non poteva ritenersi ‘tutt’uno’ con il ricorso stesso (Cass. civ. n. 33274 del 2021).

122 La quale, nel frattempo, con la sopra ricordata introduzione del PCT anche nel giudizio di Cassazione era stata digitalizzata.

123 F. CIPRIANI - G. COSTANTINO - A. PROTO PISANI - G. VERDE, *L’infinita ‘historia’ della procura speciale*, in *Foro It.*, I, 1995, 3437 (a testimonianza che la vicenda si protraeva già da tempo immemore prima del punto di partenza che si è scelto per la nostra ricostruzione); e ancora (a valle del secondo arresto delle Sezioni Unite di cui si dirà a breve) G. VERDE - G. AULETTA - G. BALENA - G. P. CALIFANO - G. COSTANTINO - F. D’ALFINO - G. DELLA PIETRA - G. TRISORIO LUIZZI, *L’historia della procura si conferma... infinita*, in *Foro It.*, I, 2023, 2855.

(salvi chiari indizi in senso contrario) l'idea che l'avvocato possa utilizzare sotterfugi per agire senza il benessere del proprio cliente. Come detto però quella della procura in Cassazione è un' *'historia infinita'* così come infinite sono le sue sottotrame, per cui, accantonata la questione della 'procura spillata' altre due fattispecie hanno catalizzato l'attenzione delle Sezioni Unite le quali sono state chiamate ad intervenire con le recentissime sentenze gemelle (le nn. 2075 e 2077) del 2024¹²⁴. Anche in questo caso il Supremo Consesso è intervenuto per sedare le derive formalistiche, riscontrabili in alcune pronunce di legittimità, che affermavano: a) la invalidità della procura (e dunque l'improcedibilità del ricorso) ove la data della stessa risultasse anteriore a quella indicata nel ricorso stesso (e evidentemente il problema si poneva esclusivamente rispetto alle procure allegare e non a quelle a margine); b) l'invalidità della procura ove rilasciata in analogico (e autografata dalla parte) e copiata digitalmente al fine di essere allegata ad un ricorso nativo digitale.

Ciò che, ai fini del nostro discorso, risulta di maggior interesse è vedere non sono tanto le due sentenze gemelle del 2024 in sé, quanto riscontrare come, ancora una volta si riproponga il medesimo schema nell'evoluzione della Corte.

Rispetto ad entrambe le questioni, infatti, dopo l'elaborazione di una linea 'sterminatrice' (in senso formalistico), le Sezioni Unite (ancora scottate dalla recente condanna Succi), nello svolgimento del loro compito nomofilattico, reinstradarono la Corte sui binari del giusto processo.

Gli arresti del 2024, dunque, altro non sono che la prole di questa nuova linea 'elastica' – in controtendenza con lo storico formalismo che ha lungamente caratterizzato la Corte – che le Sezioni Unite *sembrano* aver intrapreso negli ultimi anni la quale è stata certamente fecondata dal monito anti-formalista contenuto nella sentenza Succi.

8. *Il quarto artificio: il quesito di diritto e la sentenza Trevisanato.*

La nostra rassegna dei mezzi elaborati dalla Corte per perseguire le proprie mire deflazionistiche non può non prendere in considerazione le vicende che hanno interessato il c.d. 'quesito di diritto'. Tale istituto è già comparso sullo sfondo durante il nostro discorso, specificamente nel paragrafo relativo al principio di autosufficienza e questo perché sussistono degli evidenti legami (soprattutto in chiave di cronistoria del diritto positivo) fra le due figure, essendo stata introdotta quella che si esaminerà nel presente paragrafo da quel medesimo d. lgs. n. 40 del 2006 che già abbiamo avuto modo di considerare esaminando la modifica legislativa dell'art. 366 c.p.c. Non a caso la dottrina¹²⁵ parlò dell'inserimento del quesito di diritto come una forma di 'contrappasso' rispetto al tentativo di codificare la versione *light* del principio di autosufficienza.

124 Entrambe commentate da F. DE CAROLIS, *Cassazione e procura speciale, il tramonto del formalismo*, in *judicium.it*.

125 F. SANTANGELI, *Sui mutevoli (e talora censurabili) orientamenti*, cit., 10.

Come sappiamo però, malgrado, la modifica dell'art. 366 c.p.c. fosse idealmente diretta a togliere il filo alla falce dell'autosufficienza, la giurisprudenza successiva alla riforma tradì tali premesse, con la conseguenza che, il vero esito della riforma del 2006 fu l'introduzione di un aggravio dei requisiti formali che il ricorso doveva rispettare. L'art. 366-*bis* c.p.c. introdotto dal citato decreto prevedeva che a conclusione di ogni motivo di ricorso (che riguardasse uno dei casi previsti dai nn. 1-4 dell'art. 360 c.p.c.) il ricorrente formulasse un 'quesito di diritto'. Lo scopo (almeno ufficiale) del nuovo istituto era evidente: da un lato si mirava a velocizzare il lavoro della Corte, sintetizzando in poche righe quello che era il tema giuridico controverso e la richiesta ermeneutica sottesa al singolo motivo formulato¹²⁶; dall'altro si mirava ad «operare una 'selezione naturale' di ricorsi, evitando che possano trovare ingresso innanzi alla Corte quelle impugnazioni che dietro apparenti censure di diritto nascondono, in realtà, l'intento di sottoporre alla cognizione del giudice di legittimità questioni di fatto, spesso già oggetto del giudizio di appello»¹²⁷. La norma, tuttavia, non forniva alcuna indicazione circa le tecniche di redazione da osservare nella stesura dello stesso il che, inevitabilmente ingenerò una situazione di assoluta incertezza con conseguente panico dei difensori chiamati ad interfacciarsi con un istituto dai caratteri sfuggenti e che recava con sé la minaccia della declaratoria di inammissibilità, perplessità acute dalle oscillazioni della stessa giurisprudenza circa le fattezze che tale quesito dovesse assumere¹²⁸.

Il rischio (che presto si concretizzò) «insito nel processo di selezione naturale dei ricorsi» era quello dell'insorgere di 'aberranti conseguenze» poiché, «dal punto di vista della Corte, infatti, tale innovazione potrebbe rappresentare un'arma per «cestinare» i ricorsi e ridurre in modo rapido e sbrigativo le pendenze che affliggono la Cassazione»¹²⁹. Ecco, dunque, che in poco tempo – come ricorda chi, avendo avuto anche un ruolo di primo piano nella commissione ministeriale che aveva lavorato alla riforma del 2006, risultava maggiormente deluso dal tradimento delle premesse di collaborazione con l'avvocatura consumato dalla Corte – si iniziarono a «sperimentare dichiarazioni di inammissibilità di motivi i cui quesiti avevano solo il torto di non essere piaciuti al loro lettore»¹³⁰.

Il quesito di diritto si trasformò, dunque, nel tempo, da uno strumento (in astratto) razionale e funzionale a porre la Corte in condizione di rilevare con precisione ed immediatezza la questione da risolvere¹³¹ in una mannaia con cui la corte poteva sulla base del proprio assoluto arbitrio dichiarare ammissibile o meno il ricorso sulla base di una

126 Nel senso del quesito di diritto come sintesi del motivo si veda E. RICCI, *Il quesito di diritto nel ricorso per cassazione istruzioni per l'uso*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 550.

127 S. RUSCIANO, *Il contenuto del ricorso per cassazione dopo il d.lgs 40-2006. La formulazione dei motivi: il quesito di diritto*, in *Corr. giur.*, III, 2007, 437.

128 Sul punto cfr. M. MARINELLI, *Una breve chiosa sull'exasperato formalismo della Sezione tributaria della Suprema Corte in tema di quesito di diritto*, in *GT*, VIII, 2009, 695.

129 S. RUSCIANO, *Il contenuto*, cit., 437.

130 B. SASSANI, *Corte Suprema e quesito di diritto: alla ricerca del senso perduto*, in *judicium.it*, 3.

131 Così affermava Cass. civ., Sez. Un., n. 2658, del 2008.

mera opinione sulla satisfattività del quesito¹³². L'art. 366-*bis* c.p.c. divenne una sorta di laboratorio in cui la Corte poteva sperimentare ed elaborare nuovi bizantinismi per sopprimere nella culla i nuovi ricorsi, e lo fece con un accanimento di rara capziosità, in un clima di ambiguo formalismo e nella compiaciuta indifferenza dei vertici, trasformando la fattispecie in una trappola per il ricorrente¹³³ tanto da far paradossalmente rimpiangere la trovata della procura spillata: «irrazionalità per irrazionalità, almeno lì la fattispecie di inammissibilità era chiara, univoca (e quindi prevedibile) mentre nel caso del quesito è praticamente impossibile rappresentarsi se la sua concreta formulazione rientri o meno nelle capricciose, nebulosissime prescrizioni che la Corte va dettando negli anni successivi alla riforma del 2006»¹³⁴. I perigli che poneva il quesito di diritto, dunque si manifestavano su due fronti: il primo era quello di comprendere esattamente come dovesse essere strutturato il quesito, cosa dovesse contenere e cosa invece non doveva essere inserito; il secondo era quello delle *chicane* che la Corte escogitava in alcuni casi particolari. Sotto il primo profilo l'avvocatura dovette aspettare ben due anni (sui tre di vita dell'istituto) per avere una prima indicazione nomofilattica da parte delle Sezioni Unite, le quali intervennero con la n. 2658, del 2008 dettando le seguenti massime apocrife¹³⁵ per cui il quesito di diritto: «a) non può consistere nella formulazione di una domanda sulla fondatezza del motivo; b) deve fare riferimento ad una sintetica enunciazione del fatto; c) deve contenere l'enunciazione della regola di diritto proposta dal ricorrente in luogo di quella applicata nella sentenza; d) deve contenere l'enunciazione di una regola di diritto suscettibile di applicazione anche in casi ulteriori rispetto a quello deciso; e) deve consentire di comprendere l'errore commesso dal giudice di merito». Questa impostazione non solo oberava il difensore di nuovi e gravosi compiti nel confezionamento del ricorso (il che è comunque una scelta in astratto condivisibile ove finalizzata ad alleviare il carico della Corte in un'ottica di collaborazione fra gli operatori del diritto); ma, come osservato dalla più arguta dottrina intervenuta sul tema¹³⁶ traducendo, di fatto, il quesito di diritto in un'appendice riassuntiva del motivo di ricorso, con l'effetto paradossale di penalizzare quegli avvocati, che, più ligi al principio di sinteticità, abbiano già redatto un motivo snello e conciso, per i quali il quesito diventerebbe meramente ripetitivo del motivo con il rischio di essere considerato inammissibile. Inoltre, come precisato da altri interventi della Corte¹³⁷, il quesito di diritto doveva risultare in maniera specifica ed espressa tramite l'utilizzo – se non di

132 Così B. SASSANI, *La deriva*, cit., 47 nt. 12.

133 Così, B. SASSANI, *La deriva*, cit., 47.

134 B. SASSANI, *La deriva*, cit., 47.

135 Riprese come di seguito dal commento di E. RICCI, *Il quesito*, cit. 550.

136 E. RICCI, *Il quesito*, cit. 551 ss.

137 *Ex multiis*, Cass. civ., n. 16002, del 2007

vere e proprie differenziazioni grafiche¹³⁸— di espressioni caratteristiche che consentissero di delimitare una parte distinta del discorso deputata ad assolvere tale funzione.

Dal secondo punto di vista, invece, si possono ricordare, ancorché in maniera solamente sommaria (ancorché evocativa del clima del periodo): l'elaborazione ad opera di una giurisprudenza dedita al formalismo creativo del 'momento di sintesi' quale omologo del quesito di diritto a coronamento del motivo ex art. 360 n. 5 c.p.c.¹³⁹; o il rigetto della possibilità che nei 'motivi plurimi'¹⁴⁰ il ricorrente possa formulare un quesito di diritto 'a grappolo', ingenerando l'esito paradossale (e agghiacciate sotto il profilo del formalismo) per cui il ricorso sarebbe da considerarsi inammissibile ove il difensore facesse convogliare le varie censure all'interno di un'unica *quaestio iuris* (e ciò a prescindere da ogni valutazione circa la fondatezza sostanziale dello stesso e la chiarezza espositiva raggiunta); mentre effettuando una pura e semplice «operazione di *make up*»¹⁴¹ volta a separare i quesiti per farli numericamente corrispondere alle censure svolte otterrebbe la decidibilità nel merito della propria domanda. Il quesito di diritto non seguì quell'*iter* di 'ravvedimento operoso' che, in diverse forme abbiamo visto per gli istituti considerati nei paragrafi precedenti: non ne ebbe il tempo.

Di fronte alla strage di ricorsi e alle mostruosità ermeneutiche partorite dalla giurisprudenza la reazione dell'avvocatura e dell'accademia fu decisa e compatta nel pretendere 'la testa' del quesito di diritto. Esattamente come nel caso della 'procura spillata' il legislatore fu costretto ad intervenire ma, in questo caso, l'intervento fu molto più risoluto. La novella n. 69/2009 (il cui art. 47 dispose l'abrogazione l'art. 366-*bis* c.p.c.) segnò la capitolazione del quesito di diritto, ma tuttavia ciò non fu sufficiente a porre fine alla sua storia poiché i suoi miasmi giunsero: temporalmente fino al 2016; e geograficamente sino a Strasburgo, quando la Corte diede il proprio responso al ricorso n. 32610, del 2007 nella causa Trevisanato c. Italia. La pronuncia, che si concluse con il rigetto del ricorso e l'assoluzione dell'Italia, riconobbe la legittimità rispetto all'art. 6.1 CEDU dell'istituto introdotto con l'art. 366-*bis* c.p.c.¹⁴² ed è facile immaginare come il legislatore e la giurisprudenza si appuntarono al bavero, come una medaglia, la statuzione, esibendola come una rivincita contro i capricci dell'avvocatura del decennio prima. Tuttavia è bene fornire delle precisazioni al contesto della sentenza, sottolineando

138 Che erano state paventate in letteratura e successivamente scartate dalla giurisprudenza con le pronunce nn. 11434 e 13329, del 2007.

139 Cfr. B. SASSANI, *Corte Suprema*, cit., 5 il quale ricorda la vicenda (inaugurata da Cass. civ., n. 16002, del 2007) che ha portato al travisamento dell'art. 366-*bis* portando la giurisprudenza a richiedere una conclusione distinta e separata anche topograficamente dal corpo del motivo (sulla falsa riga di quanto avveniva con il quesito di diritto di cui al comma 1 dell'art. 366-*bis* c.p.c.) anche per il motivo di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c. (cui si riferiva il comma 2 dell'art. 366-*bis* c.p.c.).

140 Quelli in cui il ricorrente deduce più *errores in procedendo o in indicando*, cumulati nello stesso motivo in ragione della loro stretta connessione logica.

141 Così M. MARINELLI, *Una breve chiosa*, cit., 696, in commento a Cass. civ., Sez. trib., n. 5926 del 2009.

142 La Corte, in particolare sottolineò la legittimità dello scopo perseguito, la genesi legislativa dell'istituto e la conoscibilità preliminare dell'onere da parte del ricorrente.

come nel caso sui cui la stessa è stata chiamata a pronunciarsi non fosse involta nessuna delle questioni controverse che si sono sopra ricordate relative al *quomodo* del quesito di diritto, ma si discutesse esclusivamente sul suo *an*.

In altri termini, nel caso di specie, il ricorrente non aveva confezionato un quesito di diritto ‘non gradito’ ai giudici della Suprema Corte ma aveva radicalmente omesso di redigerlo, una violazione ben più grave, manifesta ed inequivoca. Allora nessuna utile indicazione può trarsi, in prospettiva storica e di monito per il futuro, dalla sentenza Trevisanato, quantomeno rispetto al tema delle interpretazioni fatte «con l’elasticità del *rigor mortis*»¹⁴³, ma si può solo trarne l’astratta legittimità (peraltro non messa in discussione dalla dottrina) dell’inserimento di particolari e più severe formalità (che non devono trascendere in un irrazionale formalismo) per la redazione del ricorso in Cassazione. Infine una piccolo appunto critico che si può rivolgere alla sentenza Trevisanato sta nel passaggio in cui la Corte di Strasburgo afferma di non poter «dubitare dell’affermazione del Governo convenuto secondo la quale l’abrogazione dell’articolo sopra menzionato, operata dalla legge n. 69, del 18 giugno 2009, risulta dalla riorganizzazione del procedimento dinanzi alla Corte di cassazione e non è la conseguenza di una valutazione negativa della disposizione citata», essendo smentito dalla cronaca sopra ricordata l’affermazione contenuta nelle difese del Governo secondo cui «l’abrogazione dell’articolo 366-*bis* c.p.c. non è la conseguenza di una valutazione negativa della disposizione citata, ma il risultato di una riorganizzazione del procedimento dinanzi alla Corte di cassazione e del rafforzamento del filtro preventivo di ammissibilità dei ricorsi presentati dinanzi ad essa».

9. Dall’introduzione della sezione filtro al nuovo art. 380-*bis* c.p.c.

Con la rievocazione delle vicende relative al c.d. ‘quesito di diritto’ si conclude la rassegna dei ‘trabocchetti’ ideati dalla Corte per arginare l’assalto dei ricorrenti e ci si può dunque intradare verso le conclusioni del presente contributo. Più volte nel corso del nostro cammino si è sottolineato come la Corte abbia scelto il proprio destino percorrendo due strade: da un lato quella della interpretazione creativa anche sviando in maniera palese (come nel caso della riforma dell’art. 83, comma 3, c.p.c.) la volontà del legislatore; dall’altro operando direttamente essa stessa come *faber legis* entrando nelle commissioni legislative cucendosi da sola e su misura l’abito del proprio giudizio¹⁴⁴.

143 Prendendo in prestito la suggestiva espressione di B. SASSANI, *Corte Suprema*, cit. 3.

144 Cfr. B. SASSANI, *La deriva*, cit., 48.

Alle riforme del 2006 e del 2009 citate¹⁴⁵ seguirono infatti: quella del 2012¹⁴⁶, quella del 2016¹⁴⁷ e, da ultima, quella del 2022¹⁴⁸. Non ci si intende qui dilungare sul contenuto di tali riforme, poiché ciò esula evidentemente dall'oggetto del presente contributo, nondimeno, trattando il tema dell'inammissibilità e dell'improcedibilità si ritiene opportuno muovere qualche considerazione rispetto al 'nuovo' art. 380-*bis* introdotto dalla recente 'riforma Cartabia'. È noto come con la novella del 2009 il legislatore avesse introdotto, «in vece dell'abrogato quesito di diritto un nuovo un articolato vaglio preventivo del ricorso che fa leva sul complesso meccanismo procedurale di cui ai novellati artt. 360-*bis*, 375, 376 e 380-*bis* c.p.c.»¹⁴⁹. Il nuovo congegno ruotava intorno alla creazione di una nuova apposita 'Sezione filtro' (la Sezione VI) la quale era deputata a vagliare i ricorsi che giungevano in Corte e: qualora questi fossero stati ritenuti inammissibili/improcedibili (o manifestamente infondati) essa poteva procedere (all'esito di un'apposita procedura)¹⁵⁰ alla definizione del giudizio; mentre qualora, in caso contrario, la Sezione avesse ritenuto la decidibilità nel merito del ricorso, gli atti sarebbero stati rimessi al Primo presidente per l'assegnazione alla Sezione meritoria competente. Il fondamento di tale meccanismo era perfettamente logico e condivisibile e risiedeva nella volontà di mantenere separati i soggetti deputati a svolgere un vaglio preliminare relativo alla decidibilità (nel merito) del ricorso da quelli chiamati a formulare in concreto la decisione in modo che, una volta giunto che il ricorso fosse giunto alla sezione competente a decidere sul merito, quest'ultima non fosse condizionata dalla propria preliminare valutazione svolta in punto di ammissibilità.

A distanza di tredici anni il legislatore rivoluziona il piatto: abolisce la 'Sezione filtro' e trasforma il procedimento per il vaglio preliminare sulla decidibilità del ricorso che viene affidato al presidente della sezione assegnataria o ad un consigliere da quest'ultimo delegato. Se il legislatore si fosse limitato a consolidare i poteri di decidere il merito e di quello di decidere circa l'ammissibilità in capo alla singola Sezione cui è stato affidato il ricorso, non vi sarebbe stato nulla di male né nulla di rivoluzionario. Avviene già così per il giudizio di merito (ove il giudice è chiamato a sbrogliare gradatamente, ex art. 276 c.p.c., prima le questioni di rito e poi quelle di merito) e avveniva così anche pel giudizio di Cassazione prima del 2009. Ma con la riforma del 2022 il legislatore si è spinto oltre, elaborando un meccanismo molto più perverso e che dimostra

145 Le quali comunque rappresentano ancora un tentativo da parte della Cassazione di scendere a compromessi con le richieste e i suggerimenti provenienti dal mondo dell'avvocatura e dell'accademia (cfr. B. SASSANI, *La deriva*, cit., 48).

146 D.l. n. 83/2012, convertito nella l. n. 134/2012.

147 Il c.d. 'decreto giustizia' n. 168/2016 convertito con modificazioni dalla l. n. 197/2016.

148 Dlgs. n. 149/2022.

149 Così M. MARINELLI, *Introduzione del filtro di ammissibilità e abolizione del quesito di diritto*, in *Corr. Trib.*, XXXIII, 2009, 2701.

150 La quale prevedeva: la fissazione di un'udienza in camera di consiglio e la successiva comunicazione al pubblico ministero e la notifica ai difensori delle parti del decreto e della relazione. Con facoltà, per il primo, di presentare conclusioni scritte; e per i secondi di depositare memorie nonché di chiedere di essere sentiti.

plasticamente come, malgrado il (supposto) recente ‘rinascimento anti-formalistico’ di cui si è detto nei precedenti paragrafi, serpeggi ancora nel nostro ordinamento la tendenza a cercare *escamotage* per risolvere il problema dell’arretrato anche a scapito dei principi del giusto processo. In particolare il nuovo art. 380-*bis* c.p.c. prevede che quando il presidente (o un consigliere da lui delegato) ravvisi una potenziale inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso, egli possa formulare «una sintetica proposta di definizione del giudizio» comunicandola ai difensori delle parti.

A questo punto la palla passa al difensore il quale potrà: o rimanere inerte; oppure, dopo essersi fatto rilasciare una nuova procura speciale (formalità anche questa di cui è difficile spiegarsi il fondamento e può nel concreto generare considerevoli problemi pratici)¹⁵¹, potrà chiedere che si proceda e che venga pronunciata una decisione.

Nel primo caso (inerzia) il ricorso si intenderà rinunciato e, di fatto, il processo si estinguerà senza che ci sia stata alcuna decisione; nel secondo caso (richiesta di decisione) qualora la Corte definisca (in camera di consiglio ex art. 380-*bis*.1 c.p.c.) il giudizio in maniera conforme alla proposta, il ricorrente verrà condannato alle spese aggravate ex art. 96, commi 3-4, c.p.c. È evidente la natura mefistofelica di tale meccanismo che la dottrina ha definito «il nuovo non-rito in Cassazione»¹⁵². In primo luogo viene rimesso esclusivamente al *placet* della Sezione la scelta fra questo ‘non-rito’ e il rito più tradizionale (quello camerale) dell’art. 380-*bis*.1 c.p.c.; in seconda battuta, come sottolineato dai primi commentatori della riforma «suscita naturalmente un senso di quasi epidermico disagio il pensiero che il presidente di una Sezione della Corte di cassazione, organo supremo del nostro apparato giudiziario cui è affidato il compito di «assicurare l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge» (come solennemente recita l’art. 65 Ord. giud.), formuli «una sintetica proposta» al ricorrente al fine di dissuaderlo dalla prosecuzione del giudizio»¹⁵³.

Quello che il legislatore e la Corte cercano di vendere come ‘un’onorevole uscita’ al ricorrente, all’osservatore più smaliziato si appalesa come un vero e proprio ricatto: «rinuncia al giudizio o paghi doppio». E la minaccia è resa tanto più credibile dal fatto che il legislatore non ha previsto alcuna possibilità di ricasazione o, tantomeno, dovere di astensione in capo al giudice che abbia formulato la proposta di definizione, cosicché il ricorrente che decida di andare avanti e di chiedere la decisione sa che, in camera di consiglio, siederà anche quel giudice che si è già espresso (ancorché sommariamente e preliminarmente) rispetto a quello che dovrebbe essere l’esito di quel

151 Da un lato, infatti, visti tutti i problemi che si pongono rispetto ai requisiti di validità della procura speciale in Cassazione, l’introduzione di un secondo mandato duplica il rischio di incorrere in sanzioni; dall’altro considerando le tempistiche dei giudizi (il ricorso potrebbe essere pendente e dormiente anche da molti anni) e la ristrettezza dei termini (40 giorni dalla comunicazione) entro cui tale nuova procura deve essere rilasciata, non si possono escludere casi in cui l’avvocato non riesca a mettere in contatto con il proprio cliente prima del maturare della decadenza.

152 R. RUSSO, *L’ultimo non - rito della cassazione civile ovvero l’entente cordiale con il legislatore*, in *judicium.it*; nonché ID., *Il non rito accelerato in Cassazione come ingiusta sfida*, in *judicium.it*.

153 A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 677.

giudizio. All'epiteliale senso di repulsione che genera la norma si sommano però anche questioni più profonde che sollevano dubbi di compatibilità con i caratteri del giusto processo in quanto, a ben vedere, la 'sintetica proposta di definizione' tutto è tranne che una pronuncia, specie in considerazione del fatto che, come sottolineato in letteratura¹⁵⁴, il legislatore delegato (discostandosi sul punto da quanto previsto dalla legge delega¹⁵⁵) non ha previsto alcun onere di motivazione e quindi la proposta potrebbe essere assolutamente laconica ed autoreferenziale, anche un mero 'si ritiene che il ricorso sia inammissibile'¹⁵⁶. Coglie dunque nel segno chi¹⁵⁷, analizzando la normativa, ha sottolineato come «la Suprema Corte ha così acquisito il diritto non solo 'di decidere come decidere', ma anche di «non decidere», in frontale contrasto con i principi del giusto processo (art. 111 Cost.) [e art. 6.1 Cedu, agghiamo noi]».

In questo quadro si passerebbe dal comico al grottesco (o dal drammatico al tragico a seconda dei punti di vista) laddove si dovesse realizzare quanto preconizzato da chi¹⁵⁸ afferma che l'attuale disposizione probabilmente avrà scarsi effetti sul piano deflazionistico in ragione del fatto che difficilmente il ricorrente, dopo aver affrontato tre gradi di giudizio, si lascerà scoraggiare dalla minaccia di una (seppur per nulla esigua) sanzione pecuniaria¹⁵⁹.

10. La Cassazione oscillante fra lo *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, il problema dell'art. 111, comma 7, Cost.

La Corte di Cassazione, dunque, sembra ancora alla ricerca di quella panacea che le consenta di risolvere i suoi problemi di arretrato, un rimedio che, come hanno chiarito le sentenze Succi e Patricolo, non può però essere ricercato nel culto delle forme e nella loro beatificazione a scapito della sostanza e del diritto di accesso alla giustizia.

Volendo essere ottimisti la Corte (visti in particolare i molti arresti, sopra richiamati, delle Sezioni Unite che, uno alla volta, sono intervenuti a bonificare molte delle paludi del formalismo) sembra aver intrapreso una inversione di marcia sotto questo profilo.

Tuttavia, il domani (e l'oggi) del giudizio di Cassazione, rispetto ad una piena osservanza del *fair trial*, si palesa ancora a tinte fosche, come dimostrano, ad esempio il sopra

154 P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Giust. Civ.*, II, 2023, 405.

155 La quale condizionava la formulazione della proposta alla sintetica esposizione delle ragioni sui cui la stessa si fondava.

156 Allora fa certamente bene la dottrina [cfr. P. FARINA, *Il giudizio*, cit., 405] ad affermare che «è auspicabile che nella proposta sia comunque assolto un onere motivazionale, seppure minimo, con l'illustrazione delle ragioni che hanno indotto il giudice a ritenere il ricorso inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato» ma ciò, ad oggi non rimane che, appunto, un mero augurio.

157 R. RUSSO, *Il non-rito*, cit., 5.

158 P. FARINA, *Il giudizio*, cit., 405.

159 E in questo caso ecco che trova la propria giustificazione l'introduzione dell'ulteriore 'tranello' della nuova procura speciale.

citato art. 380-*bis* c.p.c. o, ancora, l'assoluta ristrettezza con cui la Corte, concede la pubblica udienza, senza contare che, come si è già sottolineato in apertura il processo davanti alla Suprema Corte è ancora ben lontano da rispettare quelle tempistiche ragionevoli che un processo giusto richiederebbe. Potrebbe sorgere spontaneo domandarsi, a questo punto, quali siano le ragioni di questa 'refrattarietà' del giudizio apicale ad una accelerazione delle tempistiche visto che (e ancora una volta si rinvia ai dati esposti nel par. 3) lo stesso appare decisamente resistente a quel *trend* che (timidamente) sta riuscendo a smaltire gli accumuli del giudizio di merito. Le ragioni sono senza dubbio molteplici e non si ha certo la pretesa di dilungarsi nell'analisi di un tema così delicato e complesso al quale si è dedicata (senza peraltro trarne grandi risultati¹⁶⁰) la migliore dottrina, pertanto ci si limiterà a ripercorrere, a volo di rondine, alcuni dei più ficcanti rilievi formulati dagli studiosi del processo civile per soffermarsi poi in maniera più specifica su quello che, quantomeno a parere di chi scrive, rappresenta l'equivoco di fondo alla base del problema. In tal senso è necessario partire dalla premessa, molto meno scontata di quanto non si creda (e sul punto si avrà modo di tornare a breve), che il contenzioso non tocca la Corte in maniera diversa da come tocca gli altri giudici¹⁶¹ e che, pertanto, non si possa pretendere (allo stato attuale) di risolvere il tema della saturazione di questa senza risolvere quello della saturazione dei tribunali e allo stesso modo, che quest'ultima è data dalla ingente mole di domande di giustizia che vengono presentate le quali sono, a loro volta, frutto di ragioni culturali. Rispetto a queste, se per alcune non vi sono margini di intervento in capo allo Stato¹⁶² (inteso qui nella sua accezione più ampia possibile), altri invece rappresentano fattori su cui lo Stato, potrebbe (e dovrebbe) intervenire e che stanno a monte del processo. Si possono citare, ad esempio, la frequenza dei ritardi della PA nell'adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali; la proliferazione di normative che affastellano oneri spesso di difficile lettura in capo al privato che lo portano a compiere irregolarità e, successivamente a dolersene in giudizio; o ancora quel 'buco nero'¹⁶³ che è la materia tributaria in cui si assiste sia a normative cervelotiche ed involute (il che ci riporta al problema appena considerato), sia alla tendenza dell'amministrazione ad impugnare (anche in Cassazione) sempre, anche per cause di valore poco più che bagatellare ed è così che «lo Stato intasa lo Stato»¹⁶⁴. Il primo passo, dunque, dovrebbe essere quel-

160 Anche a causa di una certa timidezza e reticenza del legislatore ad accogliere e a tradurre in riforme le proposte (sia elaborate nella letteratura scientifica che tradotte in veri e propri disegni all'interno delle commissioni legislative) provenienti dalla dottrina.

161 Così, letteralmente, B. SASSANI, *Giudizio sommario in cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 37.

162 E il riferimento va a quella che B. SASSANI, *Giudizio*, cit., 38, definisce come «l'endemia, disinvolta disapplicazione della legge a proprio favore da parte della maggioranza dei consociati».

163 Dagli ultimi *report* emerge come oltre un terzo del contenzioso in Cassazione provenga dalla materia tributaria.

164 P. BIAVATI, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2017, 1219, il quale afferma che basterebbe una circolare del Ministero (che imponga di impugnare cause solo oltre un

lo di intervenire sul diritto sostanziale e su certe prassi dell'amministrazione. Altro aspetto di pressione sulla Corte è rappresentato dalla sproporzionalità fra il numero di consiglieri della Corte (65) e il numero di avvocati abilitati al patrocinio in Cassazione (oltre 40mila). È infatti evidente come la risorsa giustizia sia, in termini economici, una 'risorsa scarsa' e la sua 'offerta' non possa prescindere dal numero di magistrati preposti a decidere mentre la sua 'domanda' dipenda: da un lato dalle predette questioni di diritto sostanziale e di prassi e, dall'altro, dal numero di professionisti abilitati pronti ad intercettare le richieste di giustizia dei consociati. Laddove la domanda superi l'offerta si verifica il sovraccarico e per riportare il carico entro i limiti di funzionamento o si aumenta l'offerta o si riduce la domanda. La prima strada, che sarebbe certamente quella preferibile, è da escludere visto l'attrazione (per note ragioni) del nostro legislatore per le c.d. riforme a 'costo zero'¹⁶⁵ e, allora, non rimane che la seconda che impone di rendere più selettivo l'abilitazione a patrocinare innanzi alla Cassazione.

Un passo decisivo in questo senso è stato fatto nel 2013¹⁶⁶ quando è stato eliminato l'accesso all'abilitazione in virtù della mera anzianità rendendo obbligatorio il superamento di un apposito esame. Tuttavia il legislatore ha prorogato innumerevoli volte¹⁶⁷, il regime previgente, perdendo tempo prezioso (circa un decennio): sia per la riduzione della forbice fra domanda e offerta; sia per il raggiungimento, nel contempo, di un altro risultato prezioso ossia quello della selezione in senso virtuoso degli avvocati 'migliori' (o quantomeno specializzati alla ricorsistica di legittimità) come gli unici idonei ad interloquire con la Corte, evitando che questa 'perda tempo' nell'esame di ricorsi inammissibili o manifestamenti infondati e tali non in ragione di interpretazioni rigide o fantasiose della Corte stessa ma in quanto frutto dell'incompetenza di un avvocato meno capace o preparato¹⁶⁸. Ma il vero *punctum dolens* del giudizio in Cassazione è tuttavia rappresentato dal mai risolto equivoco relativo alla natura ancipite della Corte la quale risulta straziata dall'arduo (e forse impossibile) compito di coniugare la sua

certo valore) per ottenere importanti effetti deflattivi sul contenzioso in Cassazione.

165 Merita comunque di essere riconosciuto un passo in senso positivo compiuto con la recente introduzione dell'Ufficio per il processo, anche se, come osservato in dottrina «pensare di incrementare quantità e qualità presso l'organo supremo della giurisdizione solo con i neoassunti che compongono l'ufficio per il processo in cassazione rischia di produrre una pernicioso illusione percettiva» [cfr. F. AMENDOLA, *La Cassazione è in grado di svolgere adeguatamente la funzione nomofilattica*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, IV, 2022, 337].

166 Con la 'nuova' legge professionale, la n. 247 del 2012.

167 E il *trend* non sembra arrestarsi vista l'ennesima posticipazione dell'entrata in vigore della riforma operata con la l. n. 18 del 2024 di conversione del d.l. 215 del 2023 la quale ha prorogato sino al 2/2/2025 il termine per maturare l'anzianità necessaria per iscriversi nell'Albo Speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori.

168 E sempre in tema di selezione per qualità del personale che operi nel Foro, la migliore dottrina – G. VERDE, *Diritto*, cit., 12 – ha sottolineato come tappa obbligata di una riforma volta ad alleggerire la pressione gravante sulla Cassazione sarebbe garantire che l'appello si svolga dinanzi «a giudici qualificati per professionalità ed esperienza», abbandonando l'idea della fungibilità dei magistrati, poiché è certamente più difficile ricorrere contro le sentenze 'ben fatte'.

funzione nomofilattica (notoriamente cara e fortemente voluta dal Calamandrei) con quella di giudice di terza istanza¹⁶⁹. Da un punto di vista di diritto positivo, come noto, la frizione è la conseguenza della problematica coesistenza dell'art. 65 R.D. n. 12/1941¹⁷⁰ con l'art. 111, comma VII, Cost.¹⁷¹, poiché: mentre il primo – manifesto del c.d. *ius constitutionis* ed espressione delle funzioni più spiccatamente pubblicistiche assolute dalla Cassazione – richiederebbe alla Corte, al fine di garantire l'uniformità del diritto vivente, una pronuncia frutto di una lenta e macerata ponderazione; il secondo – manifesto del c.d. *ius litigatoris* ed espressione delle funzioni più privatistiche della Corte – impone, invece (in ossequio alle più volte ricordate esigenze di celerità del giudizio) ritmi molto più sostenuti ai giudici, che trascendono nel forsennato ove si tenga conto della mole del contenzioso pendente.

Ecco allora come da più parti in dottrina¹⁷² (e non solo¹⁷³) si sia: in primo luogo, sottolineata la difficoltà della Corte nello svolgere il proprio fondamentale ruolo nomofilattico; e, quale conseguenza di ciò, si sia caldeggiato per una netta presa di posizione – la quale evidentemente non potrebbe che derivare dal legislatore – verso uno dei due magneti che polarizzano l'anima della Corte. La gravità di questo conflitto interno è addirittura maggiore nel concreto di quanto non risulti sulla carta in virtù delle tendenze interne della Corte stessa la quale: da un lato amplia il perimetro di operatività dell'art. 111, comma VII, Cost. espandendo ben oltre il tenore letterale il concetto di sentenza¹⁷⁴; mentre dall'altro – come dimostra la tendenza formalistica dedicata al respingimento delle domande di tutela dei privati, nonché il crescente ed oltremodo

169 Per alcuni lineamenti del dibattito sorto in sede costituente sul punto con protagonista, *in primis*, proprio il Calamandrei, si rinvia a F. FIECCONI, *La doppia anima del giudizio di cassazione*, in *Corr. giur.*, III, 2021, 373.

170 «Attribuzioni della corte suprema di cassazione. La corte suprema di cassazione, quale organo Supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità, del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del Regno, dell'Impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato».

171 «Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge ...».

172 *Ex multis*, R. POLI, *La evoluzione*, cit., 129.

173 F. AMENDOLA, *La Cassazione*, cit., 337, il quale è certamente un contributo 'dotto' ma non è irrilevante il fatto che il suo Autore eserciti la funzione di consigliere in Cassazione.

174 Secondo un'interpretazione tralatizia risalente Cass. civ., Sez. Un., n. 2593, del 1953, rispetto alla quale si vedano le osservazioni di L. LANFRANCHI, *Giusto processo: I) Processo civile* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000, 1 ss.

noto fenomeno delle c.d. sentenze trattato – pare voler privilegiare il proprio ruolo nomofilattico¹⁷⁵ (predilezione che traspare anche dalle intenzioni del legislatore)¹⁷⁶.

Ma evidentemente queste opposte tensioni e una coperta troppo corta¹⁷⁷ rendono impossibile alla Corte svolgere adeguatamente anche una sola delle due funzioni a cui è vocata. Da qui la ricorrente proposta, sostenuta a gran voce dalla dottrina¹⁷⁸ di un intervento del legislatore sull'art. 111, comma VII, Cost. con l'accorato invito', nelle more, alla Corte stessa di adottare una posizione di *self-restraint* volta quantomeno a circoscrivere, anziché ampliare, la portata del dato normativo¹⁷⁹. Senza tagliare – sulle orme di altri ordinamenti¹⁸⁰ – una delle teste dell'«aquila bicipite»¹⁸¹ e volendo rimanere fedeli alla politica delle 'riforme a costo zero' che tanto appassiona il nostro legislatore¹⁸², appare dunque improba l'opera di mondatura dei fascicoli pendenti e, ancora una volta, si enfatizza l'inefficienza del grave sacrificio del diritto di difesa operato dalla Corte con l'erezione delle barriere per il respingimento dei ricorsi.

175 Sul punto per alcune considerazioni critiche (estremamente pungenti) sia consentito rinviare a B. SASSANI, *Giudizio*, cit., 37 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 *Rassegna Forense*, III-IV, 2014.

176 Questo è quanto emerge da gran parte delle recenti riforme intervenute rispetto al giudizio di Cassazione, come evidenziato, fra gli altri da A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2006, 1105; B. SASSANI, *La deriva*, cit., 56; oltre che, di recente, da G. TRISORIO-LIUZZI, *La Cassazione e il rafforzamento della funzione nomofilattica negli ultimi interventi normativi*, in *Problemi attuali di diritto processuale civile* (speciale del *Foro. It.*), 2021, 181; F.S. DAMIANI, *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione tra mito e realtà*, in *Problemi attuali di diritto processuale civile* (speciale del *Foro. It.*), 2021, 217. Nonché, con riferimento all'introduzione del nuovo art. 363-bis c.p.c., il cui carattere di tonico rinvigoren-te per la funzione nomofilattica è evidente, come sottolineato, autorevolmente, fra gli altri, da G. VERDE, *Il metodo*, cit., 64; e da M. MARINELLI, *La saisine pour avis de la Cour de Cassation e il nuovo rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. divagazioni su norme giuridiche e «norme culturali»* in *Riv. dir. proc.*, I, 2024, 72 ss.

177 Il che, ancora una volta è reso evidente dal dato statistico, – riportato da F. AMENDOLA, *La Cassazione*, cit., 341 – ove si consideri come negli ultimi trent'anni, a fronte di un organico rimasto inalterato, la Suprema Corte sia passata dalla stesura di circa 10.000 sentenze all'anno alle odierne oltre 30.000.

178 *Ex multis*, G. VERDE, *Diritto*, cit., 12.

179 Sul punto, *ex multis* A. CARRATTA, *La riforma*, cit., 1109 il quale non esita a definire 'sciagurata' l'interpretazione 'sostanzialistica' offerta dalla Corte dell'art. 111, comma VII, Cost.

180 Sottolinea sul punto G. VERDE, *Diritto*, cit., 12, (proseguendo nella sua elencazione – già richiamata alla nota 168 – delle 'tappe obbligatorie' per una riforma sistemica funzionare a deflazionare il contenzioso in Corte) come «in genere negli altri ordinamenti non c'è una garanzia indefettibile del ricorso ad una Corte superiore» e come, dunque, il nostro sistema dovrebbe riorientarsi nel senso di «configurare il ricorso per cassazione come rimedio utilizzabile soltanto quando la questione presenti elementi di novità che rendano utile l'indicazione interpretativa del giudice superiore o elementi che pongano in discussione giurisprudenze consolidate o che servano a comporre contrasti giurisprudenziali», in una sorta di restringimento del perimetro dell'odierno art. 360 c.p.c. fino a farlo coincidere con quello dell'odierno art. 374 c.p.c.

181 Così come è stata definita la Corte da F. FIECCONI, *La doppia anima*, cit., 374.

182 Le quali, come sottolinea, R. POLI, *La evoluzione*, cit., 129, ove «non adeguatamente ponderate, finiscono per creare molti più problemi di quanti riescono a risolverne».

11. *La nuova ‘revocazione europea’ e il problema della sua applicabilità alle violazioni dell’art. 6 CEDU.*

Fintantoché non verrà adottata alcuna riforma sul punto, dunque, è ragionevole aspettarsi che persista lo *status quo* (ed è pertanto – forse – utopistico sperare in una vera, piena e diffusa adesione dei giudici di legittimità al neo-antiformalismo cui si è più volte fatto riferimento): la Corte inseguirà (forse invano) la strada dell’abbattimento del contenzioso tramite nuovi bizantinismi (o altri *escamotage*¹⁸³ equipollenti, confliggenti con l’art. 6.1 CEDU) e Strasburgo emetterà nuove condanne nei confronti del nostro Paese, circostanza quest’ultima che non può che spostare il *focus* del presente contributo (ancorché solo per alcune brevi ed assolutamente sommarie considerazioni) su un altro profilo dei rapporti fra le due Corti, ossia quello delle conseguenze derivanti dalla comminatoria di una condanna per violazione del ‘giusto processo’ da parte dei giudici di Strasburgo. Come noto l’art. 46 della Convenzione prevede la forza vincolante delle sentenze della Corte e l’obbligo per gli Stati aderenti di conformarvisi¹⁸⁴ e, d’altro canto, l’art. 41 dispone che in caso di condanna gli Stati si debbano impegnare per rimuovere le conseguenze delle violazioni dei principi prevedendo a tal fine due vie alternative: quella restitutoria e quella indennitaria¹⁸⁵.

L’interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo di tale ultima disposizione chiarisce come la *restitutio in integrum* sia il cammino auspicabile ma (almeno tendenzialmente) non obbligata per gli Stati (i quali comunque devono impegnarsi a garantire la cessazione e la non ripetizione dell’infrazione)¹⁸⁶ prevedendo la norma che tale via debba essere percorsa solo se permessa dal sistema ordinamentale interno dello stato violatore, soccorrendo, in caso contrario, il rimedio sussidiario dell’equo indennizzo¹⁸⁷.

Il tema della *restitutio in integrum* si pone necessariamente in frizione con il principio della stabilità del giudicato il quale, come noto, può essere eroso solo da mezzi di impugnazione straordinari tipici e tassativamente previsti e regolati dalla legge.

Fino al 2022 il nostro ordinamento non prevedeva alcun mezzo particolare per rimuovere le statuizioni su cui fosse calata la *res iudicata* le quali si ponessero in conflitto con i principi fondamentali della Convenzione e tale impostazione era stata oggetto

183 Come quello del citato ‘neo’ art. 380-*bis* c.p.c.

184 E, come si è detto in apertura del presente contributo, è proprio questo l’aspetto caratterizzante della Convenzione rispetto alla Dichiarazione Universale.

185 Per una approfondita analisi dei rapporti, in campo civile, fra il rimedio restitutorio e quello indennitario si rinvia, fra i diversi contributi resi dalla dottrina sul tema a: M. MARINELLI, *Les Jugements civils par rapport aux arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme. Lignes d’évolution*, in *Justice tatique et justice ecclésiastique: Les droits et libertés fondamentaux au service d’une protection effective de la personne*, a cura M. Douchy-Oudot, G. Payan, P. Vallin, Paris, 2024, 121 ss.; nonché E. D’ALESSANDRO, *L’attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 727 ss.

186 Sul punto, di recente, cfr. Corte EDU 14 novembre 2023, causa n. 1049/17, Nika c. Albania.

187 Per una panoramica comparatistica fra i diversi stati aderenti alla Convenzione con riguardo alle diverse formule in cui è stata declinata il rimedio restitutorio ‘caldamente suggerito’ dall’art. 41 citato si rinvia ancora a M. MARINELLI, *Les Jugements*, cit., 121.

di riflessione anche in seno alla Corte Costituzionale, la quale era intervenuta, con una serie di pronunce, sia in campo penale che in campo civile ed amministrativo giungendo, peraltro, a conclusioni radicalmente divergenti nei diversi settori. Senza potersi qui dilungare nell'offrire un'esaustiva ricostruzione della vicenda giurisprudenziale *de quo*, nondimeno è utile ricordare alcune coordinate di massima del discorso e dell'evoluzione del ragionamento dei giudici di Palazzo della Consulta rappresentando le loro considerazioni *l'humus* su cui è germogliato l'istituto di recente coniazione.

Il primo terreno su cui il giudice delle leggi è stato chiamato a vagliare la compatibilità del nostro sistema con gli obblighi derivanti dalla Convenzione è quello penale, ove è intervenuto con la celebre sentenza additiva n. 113 del 2011¹⁸⁸, con la quale è stato dichiarato incostituzionale l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva quale ulteriore ipotesi di revisione del giudizio (e del giudicato) penale quella in cui fosse occorsa una sentenza della Corte EDU la quale avesse rilevato una violazione dei principi ispiratori del *criminal fair trial* (anch'essi regolati dall'art. 6 CEDU). In altri termini la Corte Costituzionale, nell'occasione, aveva rilevato come necessario il rimedio restitutorio nello specifico campo del giudizio penale, ritenendo che solo tale strumento potesse garantire al ricorrente vittorioso una equa riparazione della lesione dei propri diritti fondamentali lesi dalla condotta dello Stato. Tali conclusioni, tuttavia erano intimamente connesse alle peculiari caratteristiche del diritto criminale sia in campo sostanziale che processuale. Sul primo versante, infatti, è evidente il diverso peso dei valori in gioco rispetto a quello proprio delle controversie civili (o amministrative); sul secondo, invece, è nel processo penale – e non in quello civile – che si ha una piena corrispondenza fra le parti del giudizio interno e di quello innanzi a Strasburgo¹⁸⁹ il che rende certamente più agevole una riforma della sentenza ormai passata in giudicato che ne consenta l'adeguamento a quanto statuito dai giudici europei¹⁹⁰.

Proprio sulla scorta di tali differenze la stessa Corte Costituzionale, con due successivi arresti – il n. 123 del 2017¹⁹¹ e il n. 93 del 2018¹⁹² – ha, invece, sostenuto l'assenza del carattere mandatorio della 'revocazione europea' in ambito civilistico pur affermando (nemmeno troppo sibillantemente) l'opportunità di un intervento legislativo in tal senso. Ed è anche, se non principalmente, in virtù di tali spinte che il nostro legislatore è intervenuto, nell'ambito della già citata 'riforma Cartabia' modificando

188 Commentata in dottrina, fra gli altri, da G. CANZIO-R.E. KOSTORIS-A. RUGGERI, *Gli effetti dei giudizi «europei» sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, II, 2011.

189 In entrambi i casi è il privato (nella cangiante veste di imputato e ricorrente) 'contro' lo Stato (ora quale autorità procedente, ora quale resistente)

190 Non ponendosi la necessità di correttivi particolari che tengano in considerazione la posizione dei terzi come avviene invece ora nella 'nuova' revocazione civile, sulla scorta dell'ordinamento spagnolo, ex art. 391-*quater*, comma III, c.p.c.

191 Annotata da E. D'ALESSANDRO, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2017, I, 2180 ss.

192 Annotata da E. D'ALESSANDRO, *Violazione della Cedu e revocazione del giudicato civile: 'nihil novi sub sole'*, in *Foro it.*, 2018, I, 2289 ss.0

la disciplina della revocazione ed inserendo il nuovo art. 391-*quater* c.p.c.¹⁹³ norma che, come si andrà subito a dire, pone non pochi problemi di natura esegetica quanto alla delimitazione del suo campo di applicazione, uno su tutti, in riferimento al tema del presente contributo, relativo alla sua invocabilità a fronte di una condanna della Corte EDU per violazione da parte dei giudici nazionali dei principi regolatori del giusto processo. Al fianco delle tradizionali casistiche degli artt. 395 e 397 c.p.c., è stata, dunque, introdotta una nuova ipotesi di applicazione dell'istituto per i casi in cui la sentenza passata in giudicato fosse stata dichiarata contraria alla CEDU o ad uno dei suoi protocolli. Il nuovo istituto prende a piene mani dal modello francese con alcune mutazioni da quello spagnolo¹⁹⁴. Come per il sistema francese¹⁹⁵ anche il nostro legislatore ha deciso di introdurre una duplice limitazione alla proponibilità del ricorso: l'incidenza della violazione rispetto ad un «diritto di stato della persona»; la circostanza che, nel caso specifico l'indennità ex art. 41 CEDU non si appalesi «idonea a compensare le conseguenze della violazione». Il testo definitivo della norma, dunque, si discosta sia da quanto previsto dalla legge delega¹⁹⁶ – facendo così sorgere presso alcuni autori dubbi di illegittimità costituzionale per c.d. ‘eccesso di delega’¹⁹⁷ – sia da quanto previsto nella versione dell'art. 391-*quater* c.p.c. formulata dal gruppo di

193 Disposizione scandagliata con mirabile analiticità nella nostra dottrina, fra gli altri, da B. ZUFFI, *CEDU e giudizio di legittimità: il nuovo rimedio revocatorio esperibile ai sensi dell'art. 391-*quater* c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, I, 2023, 115 ss.; G. CARUSO, *La nuova ipotesi di revocazione ex art. 391-*quater* c.p.c.*, in *Riv. Trim. di Dir. Proc. Civ.*, II, 2024, pag. 639.

194 Sotto il profilo, che non verrà in questa sede affrontato, della tutela della posizione dei terzi.

195 Oltralpe l'istituto – introdotto in forza dell'art. 42 della *Loi* 18 novembre 2016, n. 2016-1547, di novella al C.O.J., secondo cui: (art. I. 452-1) «Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéficiaire de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions» – è tratteggiato in maniera differente rispetto a quanto fatto dal nostro legislatore. Mentre da noi si sono allargate le maglie (*rectius*: le casistiche) di un rimedio già esistente, lì il *faber legis* ha optato per l'introduzione di un nuovo strumento *ad hoc*. Per alcuni commenti e considerazioni ad opera della letteratura francese riguardo al (comunque scarsamente applicato) istituto si rinvia a: T. LE BARS, *Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes: instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile*, in *Dr. Famille*, 2017, 1 ss.; L. CADIET, *La loi J21 et la Cour de cassation: la réforme avant la réforme?*, in *Procédures*, 2017, étude 3, §; F. FERRAND, *Le décret du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation*, in *Juris Classeur Périodique Général*, 2017, 702, §4; L. POULET, *Cour de cassation: les évolutions procédurales*, in *Dalloz actualité*, 2017.

196 Cfr. l. n. 206 del 2021, art. 1, comma 10, lett. a), per approfondimenti rispetto il quale si rinvia a E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 217 ss.

197 *Ex multis* si rinvia a G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2024, 173 ss.

lavoro nominato dal Ministero ove si stabiliva che la revocazione potesse operare in tutti i casi in cui (a prescindere dal diritto sostanziale sotteso), la violazione riscontrata dalla Corte europea avesse pregiudicato «in modo decisivo» il diritto di difesa della parte¹⁹⁸. Ed è proprio nelle limitazioni all'operatività del rimedio che si annidano i principali problemi esegetici della disposizione. In particolare, l'infelice scelta testuale del legislatore di riferirsi alla incerta categoria dei «diritto di stato della persona» suscita perplessità rispetto a quale possa essere il campo di applicazione di tale rimedio.

Se da un lato, infatti, è indubbio – vista la vicinanza semantica fra ‘diritto di stato’ e ‘*status*’ – come il principale ambito di applicazione del rimedio sarà rappresentato dalle violazioni dell'art. 8 CEDU¹⁹⁹; il riferimento alla «non sufficienza dell'indennizzo» di cui al n. 2 del 391-*quater* c.p.c. (unitamente alla indefinitezza/imprecisione del requisito di cui al n. 1) potrebbe offrire buoni argomenti per affermare che le maglie di tale istituto siano più large, potendo essere invocato ogniquale volta si controverta di diritti diversi da quelli avente carattere schiettamente patrimoniale²⁰⁰.

E all'interno di tale incertezza restano in sospeso ed irrisolte alcune questioni di assoluto pregio, su tutte – con particolare riguardo al tema che qui ci occupa – quella della tutelabilità per mezzo di tale istituto dell'art. 6.1 CEDU (in ambito civile).

È infatti noto ed ormai assodato come il processo civile debba essere inteso in senso strumentale rispetto al diritto sostanziale ivi azionato²⁰¹ e, pertanto, se è ragionevole ritenere (con un buon grado di probabilità) che, qualora la violazione dei caratteri del giusto processo sia sorta rispetto ad un giudizio in cui le parti controvertessero di diritti di carattere patrimoniale, la tutela indennitaria si dimostri sufficiente (e dunque non possa trovare applicazione l'art. 391-*quater* c.p.c.) molto più dubbie e complesse sono le conclusioni laddove il giudizio in cui è emersa la violazione avesse ad oggetto un diritto di carattere non patrimoniale (o segnatamente inerente la materia familiare di cui al sopracitato art. 8 CEDU). In tal caso, infatti, la violazione del giusto processo indirettamente potrebbe riflettersi proprio su quei ‘diritti di stato della persona’ a cui l'ordinamento accorda (ora) una tutela peculiare.

198 E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2023, 481. Laddove fosse stata mantenuta tale formulazione i problemi esegetici relativi all'applicabilità del rimedio in questione alle violazioni dell'art. 6 CEDU, di cui si dirà a breve, avrebbero certamente trovato più agevole soluzione.

199 G. RAITI, *La revocazione*, cit., 172.

200 E sul livello di densità della trama di queste maglie si rinvia alle considerazioni e ai riferimenti di A. GRAZIOSI, *Le nuove norme*, cit., 694 ss.

201 Sul tema del rapporto di ‘strumentalità’ fra il processo rispetto al diritto sostanziale dedotto in giudizio (con alcune importanti precisazioni anche rispetto all'evoluzione dogmatica del concetto di azione – dalla ricostruzione in senso concreto a quella in senso astratto – sia consentito rinviare all'ampia e diffusa ricostruzione offerta da A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti (art. 2907 c.c.) in Il Codice Civile, Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2018, 18 ss. nonché, sulla strumentalità del diritto processuale in generale, a E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, 3.

Non sorprende, dunque, come anche sul punto la dottrina si sia divisa offrendo sia interpretazioni estensive²⁰² che restrittive²⁰³ entrambe supportate da argomenti certamente validi e suggestivi. La curvatura del presente contributo (che tocca solo tangenzialmente l'istituto in questione, limitandosi, pertanto, a fornire, solo sommariamente, una ricostruzione delle linee essenziali e dei punti maggiormente controversi dello stesso) non permette e non ha l'ambizione di addentrarsi un'analisi dogmatica delle varie proposte scientifiche offerte per rispondere al quesito *de quo*. Più modestamente (e in aderenza con l'inarcamento dato a questo lavoro) ci si limiterà – sulla base delle tendenze che ispirano la Corte di cui si è dato conto sopra – a tentare di vaticinare quale potrebbe essere l'espressione, nel diritto vivente, del rimedio in questione.

Nelle pagine precedenti è emersa l'attitudine (*rectius*: l'ossessione) della nostra Suprema Corte verso la riduzione del contenzioso e l'abbattimento dell'arretrato, ed è evidente come, quanto più si alleggerisce la grammatura della 'nuova revocazione' e, di conseguenza aumentano le casistiche in cui la stessa può essere invocata, tanto più aumenta il rischio di un aumento del contenzioso innanzi alla Corte e tanto più si vanificano gli effetti di quegli stessi *escamotage* che la Corte ha elaborato per 'sgonfiare' i numeri dell'arretrato. Se a ciò si aggiunge la portata assolutamente eccezionale della revocazione, che, in quanto mezzo di impugnazione straordinario, mette in discussione la stabilità del giudicato – la quale, come noto, rappresenta un principio fondante del nostro sistema processuale – è del tutto ragionevole supporre che – a discapito dei dubbi e delle acute osservazioni di carattere offerte dalla dottrina 'aperturista' – con ogni probabilità la Corte di Cassazione offrirà un'interpretazione restrittiva dell'art. 391-*quater* c.p.c. escludendo che le violazioni dell'art. 6 CEDU siano coperte da tale rimedio.

12. Note di sintesi e conclusive: prospettive future per la giustizia di legittimità e inquietudine fra Corti.

Prima di concludere, provando a trarre le fila del discorso è opportuno cercare di ricapitolare brevemente quanto sin qui visto. Ci si è mossi a partire da alcune brevi considerazioni relative al liquido amniotico in cui si è sviluppato il c.d. *fair trial* evidenziando le diverse sfumature che tale principio ha assunto nelle diverse carte internazionali in cui lo stesso è stato codificato e ripercorrendo, dunque, l'*iter* affatto scontato che ha condotto al riconoscimento del principio (corollario) del diritto di

202 Che includono, fra le violazioni rimediabili ex art. 391-*quater* c.p.c. quelle per la violazione del giusto processo, ove riferito a diritti non patrimoniali, in questo senso, ad esempio, S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *judicium.it*, pag. 1 ed E. D'ALESSANDRO, *Revocazione*, cit., 481.

203 Ossia nel senso di escludere che in alcun caso le violazioni dell'art. 6 CEDU possano essere riparate per mezzo dell'art. 391-*quater* c.p.c., su tutti F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, 230 ss.

accesso alla giustizia all'interno del sistema CEDU (art. 6). Lo scandaglio del 'giusto processo europeo' ha evidenziato la difficile ed instabile convivenza fra il predetto principio di effettività e quello della ragionevole durata del giudizio, una coesistenza che impone agli stati di cercare la "giusta ricetta" per contemperare le confliggenti esigenze con il rischio: da un lato di non offrire affatto una tutela a molte situazioni contenziose rispetto alle quali nessun giudice fornirà mai alcuna risposta (quantomeno nel merito); e dall'altro di rispondere a tutte le istanze ma in tempi talmente lunghi da vanificare comunque l'utilità pratica della decisione resa.

Entrambi gli estremi, dunque, comportano l'effetto di frustrare il diritto sostanziale a cui il processo risulta strumentalmente preposto ed è questa la situazione in cui versa il giudizio civile italiano, in particolar modo quello apicale. Si è dato infatti conto (dati alla mano) dell'angosciante ed angoscioso stato dell'arretrato civile in Cassazione e di come questo sia il *casus belli* che ha dato origine alla 'guerra dei trent'anni'²⁰⁴ – combattuta sul terreno del 'neo-formalismo' – fra Corte di Cassazione, da un lato, e Avvocatura ed Accademia (spesso) dall'altro. Nel corso di un'operazione quasi più 'storiografica' che 'scientifica' si è cercato di tratteggiare gli aspetti salienti delle quattro 'principali battaglie' che hanno caratterizzato questa guerra evidenziando anche il ruolo assunto nelle stesse dalla Corte EDU, unica vera 'cavalleria' a disposizione del 'contende debbole' (l'Avvocatura) per poter raggiungere l'armistizio su singoli punti (e il riferimento va, ovviamente, alle recenti e sopra considerate pronunce 'Succi' e 'Patricolo').

Ciò che è emerso all'esito della rassegna condotta è come, di recente, si scorgano delle defezioni all'interno della Corte di Cassazione stessa le quali paiono sintomatiche di una sorta di 'rinascimento anti-formalistico'. Non è dato però sapere – ed è questo probabilmente il tema più interessante e rilevante in ottica futura – se tale 'disordine nei ranghi' sia frutto di un autentico ravvedimento in seno alla Corte (o almeno a parte di essa) o se, invece, sia dettata dalla mera presa di coscienza di essere diventati (viste le due condanne in rapida successione arrivate da Strasburgo) degli 'attenzionati speciali' agli occhi della Corte EDU. In altri termini – e sempre per seguitare nella metafora bellica – il dubbio che si pone (e che si è già esposto anche nel corpo del presente contributo) è se le 'diserzioni' *de qua* lascino intravedere all'orizzonte un 'trattato di pace' o siano una mera tecnica diversiva per 'colpire il nemico dietro le linee' (cioè aggirando lo sguardo ora vigile di Strasburgo).

Alcuni recenti interventi legislativi – veicolati (come si è già dato conto nel corso di questo lavoro) dai Giudici di via Cavour – fanno propendere per la seconda soluzione, lasciando intendere come la Corte non intenda abdicare alla propria missione di velocizzazione del processo da realizzarsi tramite la strada del sacrificio del diritto di accesso alla giustizia (e il riferimento va al neonato non-rito di cui all'art. 380-bis c.p.c.).

204 Prendendo come riferimento cronologico il tema della '*historia infinita*' della 'procura spillata' di cui si è dato conto *supra*.

Eppure non si comprendono le ragioni dell'ostinatezza dei giudici di legittimità nel perseguire questo diabolico viatico, il quale non solo svisciva il processo e, per questo tramite, frustra il diritto sostanziale (e questo è certamente l'aspetto più grave e deprecabile) ma, allo stesso tempo, ha ampiamente dato prova della sua inefficacia (e sia consentito rinviare, a tal proposito, ai dati esposti nel par. 4).

Si è già dato conto (ancorché solo sommariamente) di alcuni possibili interventi (autorevolmente suggeriti nel corso degli anni) che il nostro Stato (a tutti i livelli) dovrebbe effettuare per cercare di risolvere l'annoso e critico problema dell'arretrato e conseguente elefantiasi del processo civile in Cassazione senza, tuttavia, sacrificare il diritto di accesso alla giustizia, sottolineando in particolare la necessità di una definitiva presa di posizione (a livello costituzionale) sul ruolo della Corte stessa, sciogliendo il 'nodo gordiano' stretto dai lacci dello *ius constitutionis* e dello *ius litigationis*.

La protervia del nostro Stato nell'insistere con l'attuale sistema, oltre a rendere utopistica la soluzione del problema crea l'*humus* ideale per la proliferazione e l'eterno ritorno' del formalismo il quale, nel tempo, non potrà che condurre all'esacerbazione del (già complesso) rapporto fra Corti (di Roma e di Strasburgo). E anche in questo caso²⁰⁵ il vaticinio di cosa potrebbe accadere in futuro trova avvisaglie ed ispirazione nella recente 'riforma Cartabia' e nella sopra richiamata 'revocazione europea' di cui all'art. 391-quater c.p.c. La nuova norma (la cui applicabilità rispetto alle vicende che qui ci hanno interessato, è, come visto, alquanto dubbia) ha infatti una portata teorica ben maggiore di quelle che, con ogni probabilità, saranno le sue effettive ricadute pratiche (e quest'ultima previsione trova conforto nella scarsità di precedenti applicativi del suo omologo francese).

Quanto alle prime, infatti, la previsione legislativa di un nuovo strumento (*rectius*: l'ampliamento dei casi in applicativi di uno strumento esistente) di impugnazione straordinaria, con conseguente *vulnus* al fondamentale principio di stabilità del giudicato, apparecchia il terreno per future tensioni fra le due Corti con il rischio, inoltre, di aprire ulteriori dispute con la CGUE²⁰⁶.

Il nostro ordinamento, infatti, ha sempre cercato di custodire gelosamente il principio dell'intangibilità del giudicato – come dimostrato, per certi aspetti, anche dalla reticenza (di cui si è dato conto *supra*) della Corte Costituzionale nel riconoscere l'obbligatorietà del rimedio restitutorio (che implica, *in re ipsa*, una maggior caducità e precarietà del giudicato) in campo civile – e non è affatto detto che la scelta operata dal

205 Oltre a quello, sopra richiamato, delle possibili linee di tendenza della Corte rispetto all'abbandono o meno del formalismo (cfr. art. 380-bis c.p.c.).

206 Come evidenziato fra gli altri da P. PIVA, *L'intangibilità del giudicato nazionale fra diritto UE e CEDU alcune riflessioni alla luce della più recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in *L'intangibilità del giudicato nazionale tra diritto dell'UE e CEDU* (a cura di) B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, (speciale di) *Eurojus*, 2023, pag. 23 ss. (spec. pag. 39) l'assenza di una analoga disposizione relativamente al contrasto fra giudicato e sentenze rese dalla CGUE pone seri problemi di compatibilità con il c.d. 'principio di equivalenza' così come elaborato da Lussemburgo.

legislatore nel 2022 sarà, all'atto pratico, ben accolta dai Giudici di via Cavour (elemento che, come detto, consente di profetizzare che la Corte opererà un'interpretazione quanto più restrittiva possibile dei limiti dell'art. 391-quater c.p.c.).

Quanto alle dispute con la CGUE è risaputo come il tema della 'tenuta del giudicato' (intesa come possibilità dei giudici italiani di disapplicare una sentenza irrevocabile laddove il suo contenuto sia contrario a norme e/o principi dell'UE) sia stato più volte attenzionato da Lussemburgo con ondivaghi risultati²⁰⁷. L'apertura del nostro ordinamento verso una maggior labilità del giudicato di fronte alle sentenze sovranazionali (ancorché legislativamente solo nei confronti delle sentenze di Strasburgo) potrebbe offrire il destro alla CGUE per sposare in maniera più decisa e salda la posizione meno incline al rispetto del giudicato interno. A quel punto (ammesso che gli eventi prendano questa piega, ma le 'pedine' sulla 'scacchiera' sembrano disposte in modo da favorire questa 'mossa') sarà solo da vedere se la nostra Corte accetterà questo nuovo *vulnus* al principio dell'intangibilità della decisione (molte volte resa proprio dalla stessa Cassazione) o se verrà coinvolta una quarta Corte, quella Costituzionale, al fine di invocare (o anche solo minacciare, come già avvenuto ancorché in contesti diversi²⁰⁸) la c.d. teoria dei controlimiti. In definitiva il quadro che emerge dalle considerazioni sopra svolto è alquanto fosco per quanto riguarda sia lo stato della giustizia nel nostro paese che il tema del rapporto fra le Corti nazionali e sovranazionali.

Da un lato, infatti, si è detto come ci siano molti elementi per escludere l'abbandono dell'iper-formalismo nel giudizio di Cassazione nonché per dubitare circa la risoluzione dell'atavico problema dell'arretrato e conseguente lentezza dello stesso. Ciò non solo si tradurrà in un una perdurante (e duplice) violazione dell'equo processo ma, allo stesso tempo, a fronte di altre, eventuali (ma in ragione di quanto detto probabili), condanne da parte di Strasburgo in fonte di irrigidimento fra la Corte di Cassazione e quella Europea dei Diritti dell'Uomo.

Dall'altro, per le ragioni sopra esposte, si palesa altresì il rischio che le tensioni vengano a coinvolgere anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁰⁹ (estendendosi forse, a quel punto, anche a quella Costituzionale).

207 Su tutti basti richiamare: nel senso della tenuta forte del giudicato Corte giust. 29 luglio 2019, in causa C-620/17, *Hochtief Solutions*; nel senso della cedibilità del giudicato Corte giust., sez. IX, 4 marzo 2020, in causa C-587/18. Rinviano in ogni caso, per una rassegna più completa a G. GRECO, *Intangibilità o meno del giudicato nazionale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. Ital. Dir. Pub. Com.*, II, 2023, 397.

208 E il riferimento va, ovviamente, alla nota vicenda 'Taricco'.

209 Il che rischierebbe di vanificare il cammino intrapreso dalla Corte di Lussemburgo negli ultimi anni verso una maggior "clemenza" nell'applicazione del c.d. principio di equivalenza, arrivando ad affermare come lo stesso non debba essere inteso nel senso di forzare l'estensione di tutte le norme "processuali" favorevoli a tutte le azioni e i diritti fondati sul diritto UE. Come osserva P. PIVA, *L'intangibilità* cit. pag. 45, tale applicazione 'soft' del principio in esame ha portato la Corte di Lussemburgo verso un sacrificio sempre più rilevante del principio del primato del diritto dell'UE. Se le cose stanno così, però, è evidente che ogni nuovo *vulnus* ai predetti principi eurounitari rischino che 'a forza di tirare troppo la

ABSTRACT: Con il presente lavoro l'A. – muovendo dalle coordinate che caratterizzano il fair trial nel sistema delineato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. art. 6 CEDU) – ripercorre in senso critico i diversi artifici formalistici elaborati dalla Corte di Cassazione italiana al fine di incrementare le declaratorie di *absolutio ab instantia* e deflazionare il contenzioso arretrato, sacrificando però il diritto di accesso alla giustizia (corollario del *fair trial*). Verranno così sottolineate le tensioni sorte, in virtù di tale prassi, fra il nostro paese e la Corte EDU e come queste siano sfociate di recente in due condanne (casi Succi e Patricolo) dell'Italia per violazione dell'art. 6 CEDU. In chiusura alcuni cenni all'istituto di fresco conio della revocazione della sentenza passata in giudicato che siano state dichiarate da Strasburgo contrarie alla Convenzione.

PAROLE CHIAVE: Equo processo – Corte Europea dei diritti dell'Uomo – Eccesso di formalismo – Giudizio in Cassazione – Revocazione.

corda' questa 'si spezzi' comportando una reazione di forza uguale e contraria e quindi un nuovo corso nella giurisprudenza della CGUE.

Chiara Mazzocco

RIFLESSIONI SULL'OFFESA NEL REATO: UN ORIZZONTE IN MOVIMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il bene giuridico e l'offesa. – 3. L'offesa in rapporto con il danno. – 4. I rimedi del danno. – 5. Possibili risposte all'offesa: un orizzonte in cambiamento. – 6. La recente introduzione della giustizia riparativa. – 7. La contestuale modifica della causa di non punibilità per lieve entità del fatto. – 8. Riflessi delle riforme sulla valutazione dell'offesa – 9. Conclusioni: punti d'arrivo e di (ri)partenza.

1. *Introduzione.*

Questo contributo si propone di condurre alcune riflessioni sul tema dell'offesa nel reato. In particolare, ci si intende soffermare sulla natura ontologica dell'offesa, su di una sua possibile ridefinizione alla luce delle innovazioni legislative e sul conseguente ruolo che è chiamata a rivestire. Il tema è da sempre centrale nella scienza penalistica e fondamento di teoria generale, ancorato ai principi ispiratori di qualsiasi ordinamento. Per questa sua natura fondativa è, tuttavia, anche esposto al costante rischio di atrofizzarsi nel dogma, perdendo la sua effettiva ragion d'essere. Recenti riforme, d'altro canto, confermando un generale spirito che orienta l'attuale panorama penalistico, offrono l'occasione per riflettere su una categoria i cui presupposti sono oggi messi in discussione. Con l'auspicio, in questo modo, di riscoprirne il ruolo portante per la tenuta e la coerenza dell'intero sistema, restituendole così nuova vitalità e consistenza.

Si tenterà, allora, di accennare agli elementi che la costituiscono e che oggi ne impongono un ripensamento, valorizzando la funzione sistematica e orientativa di quanto è ascrivibile al tema dell'offesa. Necessariamente dovrà dunque effettuarsi una riflessione sull'effettiva incidenza che le novità apportate dalla nuova riforma, il decreto legislativo 150/2022, hanno avuto su di essa. Occorre prendere le mosse volgendo lo sguardo alla migliore scienza giuridica italiana, alla quale è comunemente riconosciuto¹ il merito d'aver creato, promosso e approfondito la riflessione sull'offensività del reato, che ha acquisito così una sua autonomia e vitalità argomentativa². Essa, difatti, è pressoché assente in Stati a questa contigui per tradizione scientifica, così come nelle fonti sovranazionali dell'Unione Europea e della giurisprudenza CEDU, ormai parte integrante del nostro sistema di fonti normative. Una generale sensibilità verso il principio

1 Si veda, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, A. DE LIA, *'Ossi di seppia'? Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio Penale*, II, 2019, 1 ss.

2 In particolare, la dottrina dell'ultimo ventennio si è concentrata sul principio di offensività, tralasciando una riflessione compiuta sull'offesa: a conferma di ciò e per una differenziazione tra categoria e principio si veda V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 6.

di offensività e dell'offesa in genere si è così naturalmente riversata sul diritto vivente e sulle interpretazioni della giurisprudenza di merito e della Corte Costituzionale. Eppure, un utilizzo così diffuso e sfaccettato del concetto di offesa ha condotto anche a una certa confusione classificatoria, abbinando acriticamente il piano del principio come tecnica legislativa o ermeneutica alla categoria dell'offesa nelle specifiche 'classi' di reato declinate nella parte speciale³. Entrambi coinvolgono, rispettivamente in senso generale e speciale, la discussa e quantomai labile teoria del bene giuridico. Di conseguenza, si è assistito a un certo svuotamento dell'autonomia concettuale del principio di offensività – svincolato, in particolare, dal principio di materialità e proporzione – che trova nella giurisprudenza una funzione al più accessoria, venendo invocato quale argomento *ad abundantiam* e mai realmente decisivo. Sotto altro profilo, in una società del rischio com'è quella moderna⁴, si assiste a una tecnica legislativa che concepisce fattispecie a tutela estremamente anticipata, per le quali occorre una focalizzazione attenta sulla capacità o meno di ricondurle ad un'offesa al bene giuridico tutelato. Al contempo, tuttavia, l'attuale momento storico appare particolarmente propizio ad un ripensamento del concetto di offesa, che le dia nuova linfa e vitalità: basti pensare alla recente introduzione nel sistema della giustizia riparativa, condizionante e dialogante in più punti con definizioni sostanziali e processuali del diritto penale e alla modifica apportata alla causa di non punibilità per lieve entità del fatto di cui all'art. 131 *bis* del Codice Penale, che valorizza la condotta susseguente alla commissione del reato⁵. Entrambi gli istituti sembrano accogliere, con le dovute differenze, un'idea di offensività innanzitutto dinamica e graduabile in senso diacronico.

Poste queste preliminari considerazioni, si tenterà di distinguere i livelli che compongono la teoria dell'offesa per poter valutare gli aspetti innovativi che le recenti riforme le hanno apportato.

2. *Il bene giuridico e l'offesa.*

Non si può trattare dell'offesa senza previamente accennare al suo oggetto, il bene giuridico. Il concetto di offesa è da sempre naturalmente non solo collegabile, ma dipendente da quello di bene giuridico e dalle variegate colorazioni teoriche che lo hanno investito⁶. Le riflessioni sul tema concernono i fondamenti del diritto penale, i suoi compiti e i limiti che sono posti all'operato del legislatore. Ebbene, la definizione del bene giuridico ha impegnato per secoli la dottrina, senza che alcuna sua elaborazione divenisse risolutiva. In particolare, è sempre risultato estremamente complesso

3 V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 6.

4 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 206.

5 Entrambe le modifiche hanno fatto ingresso nell'ordinamento con il d.lgs. 155/2022.

6 Nel suo contributo De Lia lo descrive in senso relazionale: in questo capitolo si tenterà di chiarire in che modo i due concetti interloquiscano. A. DE LIA, *'Ossi di seppia'*, cit., 1.

rinvenire un criterio unitario che limitasse i beni giuridici, consentendo ad essi un'effettiva funzione orientativa del sistema penale. In generale, il bene giuridico può dirsi - semplificando di necessità - l'oggetto di tutela del precetto penale: un interesse che il legislatore ha ritenuto particolarmente meritevole di protezione rinforzata tramite l'intervento penale⁷. Esso origina da un noto saggio di Birnbaum del 1834; sorto in epoca liberale nella scienza tedesca, è poi stato accolto dalle elaborazioni di Arturo Rocco⁸, destinate a influenzare gran parte della scienza giuridica italiana. È frutto di tale elaborazione più moderna anche l'idea che il reato sia posto a presidio di un interesse prevalentemente statale, riducendo la persona offesa ad un ruolo solo mediato⁹; per molto tempo ha fatto da logico corollario a tale convinzione la mancanza per essa di qualsivoglia 'spazio' nel diritto penale¹⁰. Tale elemento è sempre meno attuale, essendovi una tendenza, all'opposto, ad una sua sempre maggiore considerazione: esempio eclatante è l'introduzione della giustizia riparativa, sistema pensato per le vittime e per il ruolo attivo che rivestono nella risoluzione delle conseguenze del reato.

La teoria del bene giuridico, nella pluralità di accezioni attribuitale, può essere distinta in due grandi filoni concettuali, che si sono alternati nelle diverse fasi storiche e che di fatto convivono nell'attuale: la teoria cd. 'formale', 'metodologica' del bene giuridico e quella 'critica', 'liberale'. Essi danno voce a due modi di intenderne la funzione. La prima, di cui è illustre esponente Karl Binding, concepisce il bene giuridico come il nucleo di tutela risultante dalla mera interpretazione effettuata sulla norma: privo, quindi, di una fonte esterna da cui trarre legittimazione. In definitiva, il bene giuridico diviene qualsivoglia oggetto di tutela scelto dal legislatore nel costruire la fattispecie. La funzione del bene giuridico in questa veste è prevalentemente conoscitiva e di utile classificazione sistematica. In generale, l'affermarsi della cultura gius-positivistica ha condotto ad elaborare un'idea di bene giuridico quale criterio di individuazione della fattispecie penale in tutte le sue componenti, assegnando al legislatore un'autonomia operativa completa e non sindacabile da un parametro esterno¹¹.

Ben si può comprendere come la stagione del dopoguerra abbia evidenziato il limite di suddetta concezione, la cui criticità ha avuto manifestazione evidente, riportando alla luce la necessaria funzione limitativa del bene giuridico. Riaffiora, in questa fase, l'antecedente matrice gius-naturalista, che concepisce i beni giuridici in senso

7 Definizione mutuata dalle classiche visioni espresse, pur con le diverse connotazioni cui in seguito si accennerà, ricavabili anche da F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 7 e A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 243 ss. pur con una specifica qui aggiunta derivante da un illuminante trattato di F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926.

8 A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., 243 ss.

9 F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Studi in onore di C.E. Paliero*, Milano, 2022, 5.

10 Oggi si assiste ad un parziale e ondivago cambiamento di direzione, tanto da essere polemicamente definito da taluni come 'vittimocentrico': si v. V. MANES, *La vittima, eroe contemporaneo*, in *Diritto di difesa*, Milano, 2023. Tuttavia, come riconosce lo stesso autore, la figura della vittima è spesso strumento dissimulante logiche populistiche, di allarme sociale e di deflazione.

11 V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 25 ss.

sostanzialista¹², quali beni aventi al centro la persona, pre-esistenti e fondanti la stessa legittimità della legge penale. Si tratta di un parametro valutativo in grado di orientare fortemente le scelte politico-legislative, poiché svincolato da esse. In questa accezione, il bene giuridico si erge a garanzia di quei valori necessari allo sviluppo del singolo e altresì necessitanti tutela penale¹³. Un punto d'incontro tra queste due correnti, invero, non pare insostenibile. Posto che entrambe focalizzano l'attenzione su due diverse dimensioni e funzioni tra loro compatibili, una convergenza naturale si rinviene con la progressiva positivizzazione dei diritti naturali, tramite l'avvento di fonti superiori alla legge ordinaria, di derivazione sovranazionale e interna.

Da qui muove lo sviluppo della moderna concezione del bene giuridico costituzionalmente orientato, di cui Franco Bricola fu autorevole ideatore. In particolare, egli sostenne una funzione nuova dei diritti costituzionali, non più intesi alla stregua di meri limiti negativi alla creazione legislativa, ma elevati al rango di effettivo fondamento di essi. Egli muoveva dalla necessità di adeguare la vecchia impalcatura penale, risalente al 1930, al nuovo assetto costituzionale¹⁴. L'intento era di attuare, tramite il faro delle norme contenute nella Carta Fondamentale, una reale selezione dei beni giuridici e delle tecniche di tutela, da porsi costantemente in bilanciamento con l'art.13 e 27 della Costituzione. Così facendo, si proponeva di costruire un contenitore assiologico che riportasse il diritto penale alla sua funzione autenticamente sussidiaria, con la Costituzione a suo fondamento, vigile sull'effettivo rispetto del principio di offensività nel costruire le norme incriminatrici e nell'interpretarle¹⁵.

Rivelatasi una concezione di difficile applicazione, ebbe però il merito di evidenziare la correlazione - ancor oggi di pregio - tra i valori costituzionali e il bene giuridico, elasticamente distanti tra loro secondo i principi di necessità, proporzionalità e

12 W. HASSAMER, *Theorie und sociologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a.M., 1973, 47 critica a Binding di aver tradito gli ideali illuministici, abbracciando un positivismo radicale tale per cui il bene giudicato tale dall'autorità statale diviene in automatico 'bene giuridico' in V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 26.

13 G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994 137 ss. e W. HASSAMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, Heidelberg, 1989, 93. L'attuale posizione dottrinale erede di tale scuola di pensiero si assesta così su una concezione cosiddetta personale del bene giuridico. Con essa permangono, tuttavia, le consuete critiche mosse alla tesi che l'ha preceduta: difficoltà di trovare un fondamento ai beni pre-giuridici e, in definitiva, la strutturale evanescenza degli stessi. Nel contempo si assiste anche a una rivitalizzazione in senso contrario, con l'opera di Jakobs, che invece torna a irrorare la concezione formalista, dandone un'accezione comunicativa e sociale, quale espressione del tempo di una società e su di essa parametrata: si veda a questo proposito: G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alturopäischen' Prinzipienendenken. Oder: Verbaschiedung des 'alturopäischen' Strafrecht?*, in *ZStW*, 1995, 843 ss. con trattazione dello stesso in V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 30 ss.

14 F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Scritti di diritto penale*, I.1, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, 1997, 539 ss.

15 Tale teoria, scaturente anche dall'occasione di una proposta mai concretizzata di rivisitazione globale del codice penale, fu però abbandonata da giurisprudenza e dottrina, a causa dell'eccessiva ristrettezza del parametro costituzionale. I precetti costituzionali, infatti, se interpretati in senso restrittivo divenivano estremamente limitanti, se, al contrario, venivano intesi in senso estensivo, perdevano qualsivoglia portata selettiva.

adeguatezza, che trovano sempre nella Costituzione un loro incoronamento e divengono nella società moderna pressoché imprescindibili.

Così definita, la teoria sul bene giuridico diviene mezzo di politica legislativa, criterio ermeneutico e sistematico imprescindibile.

Posti questi accenni in astratto circa la necessaria circoscrivibilità del bene giuridico tutelato e della pretesa punitiva che ne consegue, si pone in concreto l'impellenza di individuare i singoli beni giuridici tutelati dalle diverse fattispecie incriminatrici, tramite un metodo e dei parametri unitari che ne consentano l'operatività: si tratta della funzione cosiddetta dogmatico-interpretativa del bene giuridico¹⁶.

In definitiva, per quanto sovente messa in discussione, al momento la teoria del bene giuridico rimane saldamente centrale nella costruzione del sistema penale e fortemente correlata al principio di offensività, che rappresenta il portato più originale della dottrina italiana in tema. Tale principio è lo strumento preposto a vagliare il legame della singola norma penale con un bene giuridico costituzionalmente inteso.¹⁷ Il principio di offensività assume allora la duplice funzione che si è appena attribuita al bene giuridico: politico-legislativa ed ermeneutica. La prima orienta la costruzione della norma e ne valuta la tenuta costituzionale¹⁸, la quale richiede che la condotta vietata sia effettivamente offensiva di un bene giuridico¹⁹ e sia punita in modo proporzionale all'intensità della lesione²⁰. In un secondo momento, stabilita l'effettiva tenuta costituzionale della

16 V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 245 ss.

17 I due termini non sono interscambiabili e necessiteranno oltre per un approfondimento concettuale prima ancora che definitorio. Si veda a tal proposito F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 190, che definisce come bene qualunque cosa soddisfi un'esigenza umana, per interesse la relazione tra il bene e il soggetto titolo. Vi sono a queste differenze delle conseguenze teoriche non di poco conto, come si vedrà successivamente e, per una specifica trattazione, F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., 10.

18 Circa il fondamento costituzionale del principio di offensività, la Corte Costituzionale, che si è più volte soffermata sul tema, lo definisce come principio che presuppone e integra quello di materialità del fatto. È un principio riconosciuto come cardine del sistema penale italiano dalla dottrina e accolto dalla giurisprudenza: esso costituisce sintesi delle due funzioni retributiva e rieducativa della pena. Esse trovano espressione nell'art. 27, 3° comma della Costituzione, da cui si deduce che l'equilibrio delle due funzioni avvenga radicando l'incriminazione a un fatto offensivo di un bene giuridico. Come il principio di materialità, a suo fondamento costituzionale è stato inoltre invocato l'art. 25 2° comma della Costituzione, in quanto si esprime in termini di 'fatto' punito dalla legge. Sono, poi, i diritti alla libertà morale riconosciuti dal testo costituzionale ad affermarne la validità. Prodotto originale del pensiero penalistico italiano, viene concepito nel tentativo di sorreggere la sfuggente definizione di bene giuridico e di darne una veste Costituzionale. A questo proposito si vedano: V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 209, F. BRICOLA voce *Teoria generale del reato*, in *Nss.dig.it.*, XIX, 1973, 7 ss. e 82 ss., G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 450 e Così si esprime la Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 249.

19 Questa è connotata da particolare complessità nella valutazione del limite all'anticipazione di tutela che può essere fatto a un bene giuridico.

20 È emblematico il caso in cui la Corte Costituzionale, con la pronuncia del 19 luglio 1968, n. 110, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 708 del Codice Penale circa il possesso ingiustificato di valori, ebbe modo di esprimersi riguardo all'autonoma funzione del principio di offensività. Si tratta, invero, di un raro: nella realtà operativa, il principio di offensività è frequentemente invocato ma spesso accostato

norma, il principio di offensività assume la funzione di orientamento ermeneutico: dei vari significati attribuibili alla norma, sarà preferibile quello che valorizzi il carattere lesivo della condotta punita.

Tutto quanto detto evidenzia come il principio di offensività, pur ponendosi in stretta correlazione con il concetto di bene giuridico, ad esso abbina un ulteriore elemento connaturante la norma penale: appunto, la modalità di lesione a detto bene giuridico, di cui certamente la valutazione sull'offesa dovrà tenere conto²¹.

3. *L'offesa in rapporto col danno*

Le premesse sopra delineate circa l'oggetto dell'offesa aprono la strada alla questione centrale che interessa questo contributo, concernente la natura di offesa in relazione alle modifiche che incidono su di essa. Il quesito è di estremo interesse perché influenza direttamente la possibilità di valutare il disvalore di una condotta incriminata: a questo scopo occorre poter esaminare, oltre alla rilevanza del bene giuridico leso²², il grado, quantitativo e qualitativo, in cui tale bene giuridico è stato leso. Tutto ciò concernerà una valutazione complessa e plurilivello afferente alla modalità e agli effetti della lesione, comprensivi delle conseguenze cagionate sul suo soggetto passivo, definibili come danno del reato²³. Ebbene, il valore da dare al possibile 'patito' dal punto di vista del soggetto passivo risulta un punto estremamente delicato, per il quale occorre particolare attenzione. A questo proposito, può soccorrere la distinzione dogmatica, spesso poco chiara, tra offesa e danno in senso stretto. L'offesa, come si spiegherà a breve, costituisce certamente solo una *species* della categoria più ampia di danno²⁴.

Il danno può definirsi quale lesione di un interesse: pertanto, concerne sempre «la situazione di una persona rispetto al bene e non il bene in sé²⁵». L'interesse viene distinto condivisibilmente dal bene²⁶ oggetto della lesione. La lesione di un bene

ad altri principi, quali materialità e ragionevolezza, che ne fanno dubitare il portato autonomo e la sua infungibilità. Si veda, a questo proposito, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 6.

21 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 190, in cui si riferisce viene sottolineato che l'offesa non si riduce alla semplice realizzazione del fatto tipico, per cui la fattispecie speciale andrà a costruirsi e interpretarsi nei termini di oggettività giuridica e di offesa.

22 Si veda sopra par. 2.

23 F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno da reato*, Bergamo, 1930, 108, definisce il soggetto passivo quale titolare del bene protetto dalla norma e offeso dal reato distinguendolo dal danneggiato. L'individuazione della persona offesa a notevoli risvolti, poiché egli è titolare del consenso scriminante e della proposizione della querela. In questo senso si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 223. Tale figura ha inoltre un ruolo fondamentale nella gestione e definizione dei programmi di giustizia riparativa.

24 F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno da reato*, cit., 8.

25 F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno da reato*, cit., 36.

26 Esso non coincide con il bene in senso di bene materiale, come nel pensiero romanista, ma quale oggetto materiale del reato. Si pensi alla fattispecie di furto, in cui il bene in sé oggetto di appropriazione può rimanere inalterato nelle sue caratteristiche. In aggiunta, in un reato quale l'estorsione non è certo

materiale non è, infatti, condizione necessaria e caratterizzante il danno. Vi è invece sempre la lesione della *relazione* con il bene: essa costituisce l'effettivo interesse tutelato dall'ordinamento. Ritorna allora utile la descrizione del bene giuridico²⁷ quale assetto di interessi a cui viene riconosciuta meritevolezza di tutela.

Nel caso, dunque, in cui la lesione attiene a tali beni tutelati, si avrà una *species* dell'ampia categoria del danno: il torto²⁸.

Giunti allora a chiarire cosa s'intenda per torto, vi si scorge una sua particolare specie nella categoria del reato. Formalmente, essa è individuabile con facilità per la sanzione attribuita a determinate violazioni di interessi – qui aventi la specifica qualifica di beni giuridici: sanzione, appunto, penale²⁹. Non è certo esaustiva né convincente una delimitazione di campo solo formalistica: diviene allora imprescindibile l'indagine su quale sia il particolare danno che connota il reato, che costituisce elemento definitorio-riempitivo della categoria dell'offesa. Non può che essere tale questione di fondo a irrorare le riflessioni sul principio di offensività e sull'offesa calata nelle singole fattispecie di reato. A questo proposito, è logicamente necessario ricostruire il concetto d'offesa secondo il suo significato comune, riflesso della realtà naturalistica che vuole descrivere. Così, dunque, viene definito il termine offesa nel Dizionario della lingua italiana: «danno morale recato alla dignità di una persona (o di un'istituzione) con atti o con parole; l'atto stesso o le parole con cui si offende» e ancora, in senso estensivo: «Atto, comportamento e similari con cui si viola un principio, un valore etico, una norma comunemente accettata, o che sia comunque con questi in contrasto» e, in senso prettamente materiale, «danno, in genere». Ebbene, si coglie nell'immediato quali siano i molteplici significati, radicati in diverse concezioni dell'offesa, che tuttavia si confondono e si fondono in questa univocità terminologica³⁰. In effetti, l'idea onnicomprensiva di offesa si nutre di un dialogo reciproco tra i diversi significati. Si

solo il danno patrimoniale ad abbracciare l'intera estensione della lesione. Tali considerazioni sono utili a evitare che il danno venga a coincidere con il suo senso propriamente naturalistico di alterazione *in peius* a una cosa, o in genere di un bene, poiché indurrebbe a una definizione e ad una conseguente quantificazione, enucleazione e possibile risposta del tutto distorta. Così pare ricomprendere nella definizione di danno anche oggetti del mondo esteriore A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., 82, 262 ss.

27 F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 12 s.

28 Di nuovo, F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 5. Si torna qui all'idea di bene giuridico quale veste pubblicistica di molti diritti soggettivi, messa in evidenza dall'aspetto relazionale che lo connota.

29 F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 22 e F. PALAZZO, *Diritto penale e costituzione (ricordando Franco Bricola)*, in *Dir. pen. e proc.*, VIII, 2024, 983 ss. ad essa connessa vi è d'altro lato, la questione circa le condotte concretamente inoffensive pur rientrando in una fattispecie astratta rispettosa del canone di offensività, su cui F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., 12 ss.

30 Per quanto con ordini e specificazioni in parte differenti, questi nuclei sono ravvisabili in tutte le definizioni di offesa, quali Dizionario G. DEVOTO - G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1975, 1529 che così sintetizza i diversi nuclei «Atto o comportamento lesivo della dignità, integrità o autorità altrui» e poi, nella sua trasposizione in senso giuridico, «violazione, trasgressione suscettibile di sanzione o condanna». Ancora, quale significato ulteriore e materiale: «danno, menomazione, per lo più riconducibili all'esperienza bellica o anche imputabile a fatti o fenomeni estranei al controllo da parte della volontà individuale».

possono individuare, in particolare, almeno tre nuclei concettuali differenti: l'azione lesiva, il danno e, infine, la violazione di norme accettate o di valori di rilievo.

L'ordine proposto segue in senso logico un'integrazione definitoria che completa il significato di offesa: essa, *in primis*, è un atto o comportamento lesivo della sfera attinente, in particolare, alla dignità della persona. Il comportamento è lesivo in quanto produttivo di un danno, in accezione prevalentemente morale. Ci si chiede, di conseguenza, se ogni comportamento produttivo di un danno possa definirsi come offensivo³¹. Ed ecco, allora, che subentra e delimita il concetto il secondo nucleo fondante dell'offesa: il danno offensivo è tale perché scaturente da un comportamento contrario a valori e principi comunemente accettati dalla società. Si tratta di un danno *contra ius* specifico e limitato, che l'ordinamento sanziona perché viola valori fondativi ed essenziali della persona: in un'ottica penalistica, non si può che tradurre tale concetto, in virtù della selettività dei valori e dell'*extrema ratio*, con la violazione dei beni giuridici così come sopra configurati³².

È qui allora necessario distinguere il *proprium* del reato, l'offesa, quale danno, per così dire, intrinseco al fatto di reato e oggetto della tutela violata, dal danno in senso specifico di conseguenza negativa scaturente dal reato e dalla modificata relazione con il bene. Nelle fattispecie penali, come si è osservato, viene lesa un interesse qualificato, ancorato sul bene giuridico. Tale lesione costituisce un danno proprio e intrinseco alla violazione della norma penale³³. L'offesa può essere definita, allora, come la lesione di quello specifico interesse tutelato dalla norma, risultante dalla combinazione tra il bene giuridico a suo fondamento e le modalità con cui esso viene intaccato. Solo questa particolare *species* di danno, così delimitato, costituisce l'offesa: ogni altra conseguenza nociva provocata dal reato, anche diretta, rientrerà invece nell'ambito categoriale del 'danno' in senso stretto³⁴. Innanzitutto, occorre verificare se sia necessario differenziare i rimedi per l'offesa e per il danno, affinché la risposta ad entrambi possa ritenersi soddisfattiva e adeguata. È poi utile chiedersi, anche in ottica di riparazione, quale sia il peso da attribuire al danno cagionato dal reato in sede di commisurazione della pena: se debba intendersi quale parametro cruciale alla sua quantificazione, oppure come mero indizio, da cui poter dedurre l'effettiva offesa arrecata³⁵. Dall'appena descritta profonda differenza tra l'offesa e danno 'privato' - altrimenti detto 'danno in

31 F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 19.

32 Si veda sempre par. 2.

33 Nel diritto civile, l'art.2043 del Codice civile circa la responsabilità extracontrattuale individua il danno quale evento è connaturante la responsabilità; allo stesso modo, nel diritto penale l'offesa connota il reato. In questo senso si veda F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 52.

34 Invero, la distinzione fra «danno privato» e «danno criminale» è sempre stata presente ed oggetto di riflessioni nella penalistica italiana. Nel ragionamento poco sopra esposto, si può ritenere che il danno criminale costituisca l'offesa del reato e il danno civile le conseguenze patite dalle parti.

35 Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 3 settembre 2024, n.3334 riguardante i criteri per l'applicazione della circostanza ex.609 *bis* cod. pen. ultimo comma di lieve entità della violenza sessuale, i cui, tra i parametri, per la Suprema Corte assume rilievo il danno psichico cagionato alla vittima.

senso stretto' - si può trarre, quale immediata conseguenza, che la risposta predisposta dall'ordinamento per le due categorie non possa essere la stessa³⁶.

4. I rimedi del danno.

Appare quindi necessario procedere ad una breve disamina dei rimedi esperibili nel nostro ordinamento quali risposta ai vari tipi di danno, onde valutarne l'adeguatezza rispetto al singolo danno occorso e, in particolare, rispetto all'offesa. Vi è, innanzitutto, il caso in cui il danno sia pienamente reintegrabile tramite esecuzione e restituzione, che consente la messa in ripristino dello stato antecedente alla commissione del danno. Nelle ipotesi in cui è possibile pienamente annullare l'azione lesiva tramite una reazione in senso contrario, la risposta potrà ritenersi sufficiente. Tale eventualità è invero assai marginale, data la difficoltà negli accadimenti reali di annullare una lesione con una risposta pari, di uguale natura e contraria³⁷. Sarà certamente il rimedio preferibile, quando esperibile, ma spessissimo non bastevole³⁸. A questo si accosta, in ausilio, il risarcimento del danno patrimoniale. È sempre il criterio dell'adeguatezza a sancire la capacità satisfattiva di tali misure in senso crescente di impegno da parte dell'autore della lesione. Si tratta di uno strumento 'imperfetto' perché pone quale compensazione un bene - il denaro - di natura radicalmente diversa dai valori intaccati³⁹. La quantificazione avverrà, dunque, in base a condivisi criteri sociali, il più possibile codificati, ma la cui fisionomia corrisponde solo per approssimazione convenzionale al danno arrecato. Nondimeno, il valore simbolico del risarcimento, che presuppone un riconoscimento⁴⁰, ha una carica satisfattiva che ha un forte peso anche nel caso di risposte ai reati.

Rimane, allora, da valutare se i rimedi qui accennati possano costituire una risposta soddisfacente all'offesa. Da sempre, invero, l'essere umano ha ritenuto insufficienti i rimedi ripristinatori e risarcitori di fronte ai reati⁴¹: essi, infatti, appaiono immediata-

36 Adeguatezza, appunto, da non intendersi nel senso di perfetta corrispondenza e soddisfazione.

37 Nella realtà in cui si innesca il diritto vi incidono altri fattori, tra cui il tempo, oltretutto spessissimo l'impossibilità per la natura dell'interesse o la lesione, di poter porre in atto questo rimedio.

38 F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 32.

39 Si pensi al caso dell'ingiuria, oggi depenalizzato a illecito civile, in cui evidentemente il danno sarà pressoché interamente di carattere morale, afferendo a valori quali la dignità, il decoro e la reputazione.

40 F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 50.

41 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 210 ss. Quanto appena detto in merito alla riflessione sui rimedi applicabili ad un'offesa trova, talvolta, sconfessione nella realtà, caratterizzata da una ipertrofia del diritto penale. La tendenza ormai costante del legislatore di concepire il diritto penale quale rimedio generale ai più svariati problemi sociali, rende, infatti, frequente la presenza di reati bagatellari o di lievissima offensività, per cui il risarcimento e la messa in ripristino da soli appaiono rimedi più che soddisfacenti. Nel diritto penale di impronta liberale, l'interesse qualificato dovrebbe essere improntato all'*extrema ratio*, avente carattere sussidiario e quanto mai eccezionale, come eccezionale dovrebbe essere l'interesse in gioco. In questo senso si veda anche il contributo di F. PALAZZO, *Diritto penale e costituzione*, cit., 983. Si veda sopra, par. 2, la funzione di sindacato esterno attuabile al principio di offensività e l'idea dei beni giuridici

mente poco adeguati a compensare l'offesa scaturitane. Afferma con estrema chiarezza Donini, in un suo recentissimo contributo: «l'offesa non è solo il danno – da intendersi in senso stretto – ma anche disvalore di azione, che rende l'offesa penale più complessa. Quindi il mero risarcimento non ripara integralmente l'offesa»⁴². Resta aperta e attualissima, di fronte all'ormai acclarata crisi del diritto penale, la necessità di un ripensamento dei suoi rimedi: ci si dovrà chiedere, allora, se quanto oggi sia previsto quale rimedio della commissione di un reato risulti, in effetti, adeguato⁴³ e soddisfacente. Si propone, in questa sede, di farlo partendo, appunto, dal concetto di offesa.

5. *Possibili risposte all' offesa: un orizzonte in cambiamento.*

Le tutela della sicurezza sociale è sicuramente una funzione fondamentale del diritto penale⁴⁴: per molto tempo, di conseguenza, si è ritenuto che la risposta centrale che esso dovesse predisporre fosse la costrizione della libertà di chi commette il fatto, eliminando così il pericolo per la convivenza sociale. La pena avrebbe dovuto così risolvere immediate esigenze di sicurezza, nonché costituire un esempio di forza e autorità dell'ordinamento di fronte al male commesso, soddisfacendo ragioni di prevenzione generale e speciale. Gli esiti deleteri in termini di recidiva e gli scarsi effetti di prevenzione generale hanno, tuttavia, eroso la totale fiducia riposta in un sistema penale carcerocentrico, che ha mostrato nella realtà tutti i suoi limiti. A tal proposito, già Cernelutti affermava la funzione pressoché solo intimidatrice della pena, di nessun rilievo per l'eliminazione del danno e dell'offesa⁴⁵. La dimenticanza di tale dato di realtà ha portato all'idea distorta che l'offesa del reato coincidesse con la mera disubbidienza al divieto predisposto dall'ordinamento. Così facendo, si è perso il ruolo proprio della stessa e del bene giuridico⁴⁶, giungendo a legittimare un rimedio non efficace.

costituzionalmente orientati. Una legislazione penale sovrabbondante e 'bulimica' conduce ad una sempre più diffusa confusione su caratteristiche sostanziali del diritto penale, che non si fermano al mero carattere formale. Nondimeno, la riconduzione a categorie e fondamenti che regolano il sistema di diritto possono essere ancora utili a riportare, *de iure condendo* e in via interpretativa, il sistema ad aspetti di razionalità, necessari alla funzione ordinatoria del vivere sociale a cui il diritto è preposto. Si vedano a questo proposito F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 210 ss. e P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 19 ss. quest'ultimo conduce un interessante raffronto tra la giustizia medioevale e quella moderna, invocando un ritorno ad una dimensione giuridica fusa e non separata dalla sostanza sociale.

42 M. DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa. Criteri di orientamento in una potenziale contraddizione di sistema*, in *Diritto di difesa*, II, 2023, 334.

43 In virtù della proporzionalità che caratterizza ogni forma di rimedio, in conformità con l'interpretazione europea e nazionale di ragionevolezza.

44 L. EUSEBI, *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022*, in *Sistema penale*, Milano, 2024, 1.

45 F. CERNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 57.

46 F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 5.

Si incorre, infatti, in una frizione con l'assetto reale colpito dalla commissione di un reato, la cui comprensione è presupposto logico alla scelta della risposta al reato stesso: non è più possibile comprendere chi si debba soddisfare, verso chi sia rivolta l'offesa e nemmeno in che cosa essa consista nel concreto per ogni caso. Per l'individuazione dei rimedi più adeguati all'offesa è necessario, allora, investigare la ragione per cui la messa in ripristino, il risarcimento patrimoniale e non patrimoniale non siano sufficienti, sebbene necessari. La risposta, invero, può trarre spunti dalla definizione di offesa sopra riportata. La lesione originata dall'offesa attiene a sfere valoriali coinvolgenti dignità e integrità, aspetti umanissimi e personalissimi degli individui: in generale, ogni aspetto centrale per la crescita e lo sviluppo della persona come individuo e come comunità⁴⁷. Il diritto penale è infatti la più 'forte' tutela predisposta dall'ordinamento proprio per quei beni che la Costituzione ritiene fondamentali⁴⁸. Tutto ciò ha sempre giustificato siffatta reazione dell'ordinamento, astraendola però da un'osservazione dei plurimi e variegati livelli di lesione conseguenti alla commissione di reati e che in definitiva la legittimano, la richiedono e la fondano nell'essenza. Scrive efficacemente Carnelutti, a riprova che tale pensiero è da tempo radicato nella scienza penalistica italiana: «non v'è uomo di buon senso, il quale non veda il danno che patisce la madre privata del suo piccino; ma lo stesso buon senso aggiunge che né il denaro, né alcun'altra cosa può equivalere al bene perduto. A quest'ultima deficienza provvede la riparazione»⁴⁹.

Ci si deve soffermare, allora, sul tratto differenziale tra il prima e il dopo la commissione di un reato, efficacemente descritto dalle parole espresse da moltissime vittime «niente sarà mai come prima». È evidente che vi sia coinvolta una componente psicologica, simbolica ed emozionale che impone ancora una volta al diritto penale di aprirsi a nuove scienze per meglio valutare le sue risposte, più aderenti alle esigenze reali delle parti coinvolte⁵⁰. La riparazione, nella sua fisiologica complessità, parrebbe, allora, strumento adeguato porre rimedio all'offesa, storicamente riconosciuto e recentemente riscoperto⁵¹.

6. *La recente introduzione della giustizia riparativa.*

Com'è noto e già accennato in questa sede, la recente riforma del d.lgs.155/2022 ha visto un'innovazione radicale fare ingresso nel nostro ordinamento: l'introduzione sistematica della giustizia riparativa, comprensiva di definizioni e di disciplina applicativa,

47 Il fondamento di tale impostazione trova riscontro negli artt. 2, comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione. Si veda il contributo di Luciano Eusebi in <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Eusebi-Giustizia-punitiva-e-giustizia-riparativa.pdf>, 4.

48 F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 539 ss.

49 F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 38.

50 Si veda a tal proposito E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Roma-Bari, 1992, 80 e M. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2009.

51 M. DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa*, cit., 334 ss.

in complementare interazione con il procedimento penale. Ebbene, poiché la giustizia riparativa incide sulla commisurazione della pena, la portata del suo diverso modo di intendere la giustizia deve, di conseguenza, trovare un raccordo con le categorie classiche del diritto penale, giocoforza messe in discussione⁵². L'introduzione generalizzata della giustizia riparativa⁵³, infatti, salutata come scelta coraggiosa e all'avanguardia nel panorama europeo, è di certo dogmaticamente dirompente: essa concepisce il reato in senso orizzontale⁵⁴, mutando il ruolo del giudice, delle parti e della difesa, valorizzando le persone coinvolte e la sfera emotiva, simbolica e soprattutto relazionale che attiene al reato⁵⁵. Secondo la definizione normativa, che recepisce i più avanzati studi della materia in sede internazionale⁵⁶, la giustizia riparativa può dirsi: «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore»⁵⁷.

Rinviamo a più opportune sedi un approfondimento sul denso portato concettuale, pare di rilievo sottolinearne la forte incidenza sulla teoria di offesa. Ebbene, un dato testuale fa riferimento esplicito ad essa, ponendosi volontariamente in 'rottura' con la dicitura classica di reato: viene indicato infatti «autore dell'offesa» il soggetto attivo del reato e non «autore del reato», come normalmente viene nominato all'interno dei testi normativi in materia penale⁵⁸. La scelta trova spiegazione nel fatto che si è voluto consentire l'accesso ai programmi di giustizia riparativa in un tempo prossimo alla commissione del reato e in uno stadio embrionale del procedimento – addirittura prima dell'effettivo inizio del processo: quindi, sostanzialmente, per ragioni di conformità al principio di presunzione di innocenza⁵⁹. Il termine «offesa» è certamente appropriato ai fini di estendere temporalmente la sfera operativa della giustizia riparativa;

52 E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Roma-Bari, 1992, 80 ben descrive come «l'offesa non sia riconducibile a parole processuali», per cui non potrà mai incorporarlo totalmente. Per una spiegazione delle interazioni tra giustizia riparativa e processo penale M. GIALUZ, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la riforma Cartabia*, in *Diritto penale e processo*, III, 2023.

53 Si veda, per una riflessione sui punti di forza e di debolezza della Riforma, il contributo di Grazia Mannozi <https://archiviopenale.it/nuovi-scenari-per-la-justizia-riparativa-riflessioni-a-partire-dalla-legge-delega-134-2021>.

54 Si cita, tra i molti scritti sul tema N. NISIVOCIA, *Giustizia riparativa, quando il diritto va incontro alle persone. Un percorso compiuto*, in *Sole 24 ore*, 21 ottobre 2022, 18 riportato anche in A. CERETTI - G. MANNOZZI - C. MAZZUCCATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, Torino, 2024, 38. Essi descrivono la legge sulla giustizia riparativa come «inveramento di un diritto fiduciario anziché impositivo».

55 G. MANNOZZI - R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, Milano, 2022, 32 ss.

56 A. CERETTI - G. MANNOZZI - C. MAZZUCCATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, cit., 61 ss.

57 Si veda art. 42 d.lgs. 150/2022.

58 A. CERETTI - G. MANNOZZI - C. MAZZUCCATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, cit., 70.

59 V. BONINI, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi (art.42-46)*, in *La Riforma Cartabia. Codice penale - codice di procedura penale - giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, 732 ss.

nondimeno, tale scelta semantica sembra avere un'ulteriore pregnanza definitoria: essa è, infatti, indicativa della concezione filosofica che orienta la giustizia riparativa e il suo rapporto con il reato.

La giustizia riparativa, infatti, pone al centro del suo lavoro proprio l'*offesa* del reato. Si è detto sopra, tramite un'analisi dei possibili rimedi adoperati dall'ordinamento dinnanzi ad un illecito, che proprio il nucleo offensivo del reato rimaneva un tempo sfornito di effettiva tutela rimediabile⁶⁰: di primario rilievo diviene, allora, comprendere come la giustizia riparativa agisca su di esso. Invero, il fatto che venga concepita come una risposta potenzialmente diminutiva proprio dell'offesa trova conferma nello stesso dettato normativo: è previsto, infatti, che l'esito positivo di un programma di giustizia riparativa costituisca un'ipotesi di remissione tacita di querela, nei casi in cui il reato sia in questo modo procedibile, o comunque possa configurarsi come attenuante per le restanti tipologie di reato⁶¹. Ebbene, non essendo ontologicamente e nemmeno per *ratio legis* la giustizia riparativa un istituto meramente deflattivo⁶², se ne può dedurre che essa viene oggi normativamente riconosciuta - come già da tempo veniva caldeggiato in dottrina - quale rimedio idoneo ad incidere sull'offesa del reato, giustificando, nel caso di esito positivo del programma, una minore o nulla punizione dello stesso.

Le ragioni per cui tale scelta può considerarsi una risposta condivisibile e promettente al reato sono rinvenibili nei tratti caratteristici della giustizia riparativa, che ben si attagliano alla definizione di offesa al bene giuridico dinnanzi riassunta⁶³. In primo luogo, la giustizia riparativa, così come l'offesa, ha carattere spiccatamente *relazionale*⁶⁴. L'offesa nel senso sopra delineato, infatti, possiede un duplice riferimento alla relazionalità: essa è sempre opera di un soggetto verso un altro, lesiva della relazione che quest'ultimo ha con un bene⁶⁵. Ebbene, sono questi due aspetti il cuore del lavoro *trasformativo*⁶⁶ cui è finalizzata la giustizia riparativa: è attraverso la creazione della relazione, come metodo, che la giustizia riparativa mira a operare l'effetto modificativo della persona nella comprensione profonda delle conseguenze del reato. In questo modo si assolve anche alla funzione di prevenzione speciale cui il diritto penale è chiamato⁶⁷.

60 In un suo recente contributo, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1726827711_vigano-verita-e-gr.pdf, Francesco Viganò riconosce come risposta naturale al reato, scevra dalle ormai consolidate costruzioni giuridiche, un rimedio che soddisfi in primo luogo l'offesa alla persona, ove ne sia possibile. In questo senso, la giustizia riparativa si pone come rimedio congruo a gestire i bisogni e le aspettative conseguenti al reato.

61 A. CERETTI - G. MANNOZZI - C. MAZZUCCATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, cit., 231 ss.

62 La conferma di ciò si evince anche dalla generale applicabilità dell'istituto, non limitata ai casi meno gravi.

63 Così F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 1 ss.

64 G. MANNOZZI - R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, cit., 23 ss. in questa sede viene dedicato ampio spazio a questo aspetto connotante la giustizia riparativa.

65 Si veda sopra par. 3

66 A. CERETTI - G. MANNOZZI - C. MAZZUCCATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, cit., 41.

67 A questo proposito si legga il contributo di Luciano Eusebi del 24 Novembre 2023 in: <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/eusebi-giustizia-punitiva-e-giustizia-riparativa-quali-rapporti>, 1 ss.

Innanzitutto, il metodo adoperato prevede la costruzione di un rapporto di fiducia con la figura terza del facilitatore o mediatore⁶⁸: egli costituisce la prima voce rappresentativa dell'altro⁶⁹. Così facendo, viene agevolata per l'autore la possibilità di riconoscimento della vittima⁷⁰, del suo portato di sofferenza e delle conseguenze del reato. Al contempo, tale lavoro costituisce una possibilità per la vittima di dare un volto umano all'autore dell'offesa e di soddisfare il suo bisogno di verità. Tramite questo modo di 'incontrarsi', cauto e spesso anche solo mediato, viene dato rilievo alla forte potenzialità che ha la relazione creata dall'offesa, in senso contrario rispetto al fatto che l'ha scaturita, positivo e risocializzante. A questo proposito, la giustizia riparativa è stata efficacemente descritta nel panorama internazionale come «healing justice»⁷¹: una giustizia che cura e guarisce, poiché attenta, in ogni aspetto della sua concreta applicazione, al sentire delle persone coinvolte⁷², verificando in ogni fase del percorso la loro volontarietà e sicurezza. Il programma di giustizia riparativa si fa allora luogo privilegiato di ascolto non giudicante e di dialogo dell'insieme di passioni, emozioni, sentimenti causati dal reato e delle ragioni che lo hanno mosso. La finalità di cura si rinviene poi nella formulazione degli eventuali accordi che sorgono dal programma riparativo, sempre su base volontaristica, di natura prevalentemente simbolica, ma anche risarcitoria. Essi possono costituire un *agere* di qualsiasi tipo⁷³, che la vittima percepisca come soddisfacente di quanto ha subito. Si vede bene come parte del positivo effetto rimediabile è dato dalla necessaria e autentica volontarietà di ogni comportamento tenuto dalle parti, attive nel processo di giustizia, che diviene così plasmato su ogni caso di reato. Quest'aspetto di specificità rispetto alla concreta situazione rappresenta certamente una soluzione al reato innovativa ed estremamente convincente, in quanto maggiormente soddisfacente rispetto alla comminazione di una pena.

Tale assunto, tuttavia, non deve condurre a fuorvianti semplificazioni. Rimane ancora incerto nei suoi confini, infatti, il concetto stesso di riparazione, perché naturalmente duttile e calato nel caso concreto. Esso è un contenitore di strumenti e modelli

68 Mediatore è un termine poco utilizzato nelle più recenti riflessioni dottrinali perché troppo legato alla sola pratica della mediazione e per cui potenzialmente fuorviante di fraintendimenti. Per questo si predilige il termine facilitator qui tradotto, presente nella raccomandazione n.8 2018 del Consiglio d'Europa. È vero altresì che il testo normativo fa espresso riferimento al termine mediatori.

69 Si vedano, a tal proposito, le parole di J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2003, 79 ss.

70 Sull'effetto già riparativo e dirimente del riconoscimento, sono di primario interesse gli studi di Paul Ricoeur, in particolare P. RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento*, Milano 2005.

71 G. MANNOZZI - R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, cit., 139 rinviate a D.W. VAN NESS - K. HEERDERKS STRONG, *Restoring justice*, Cincinnati, 1997, 32 ss.

72 Si veda a tal proposito E. PULCINI, *Tra cura e giustizia. Le passioni come risorsa sociale*, Torino 2020.

73 Potrà essere, per esemplificare, promuovere la prevenzione di tale reato tramite racconto della propria vicenda, oppure aiutare la vittima negli spostamenti se è il reato commesso ha imitato i le proprie abitudini di vita: si vede bene come tali soluzioni siano strettamente correlate al male commesso e variegate a seconda delle specifiche situazioni concrete, le sole parti coinvolte potranno sceglierle in accordo perché personalissime. Si veda a tal proposito G. MANNOZZI - G. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 267.

non tassativi, aventi quale comune denominatore proprio lo scopo: riparare l'offesa con un *facere* in senso contrario. Si vede bene come la riparazione, in quanto rimedio attivo e prescrittivo, sia fortemente ancorata all'idea di offesa e distantissima dal concetto di pena subita oggi adoperato⁷⁴.

L'aspetto relazionale della giustizia riparativa pone altresì in evidenza il primario rilievo che assume il soggetto passivo del reato⁷⁵, che in quest'ambito viene indicato come *vittima*⁷⁶. Emerge con chiarezza dalle fonti sovranazionali⁷⁷ come l'interesse per la giustizia riparativa sia strettamente collegato ad una riscoperta sensibilità nei confronti della vittima⁷⁸. Quest'ultima, infatti, negli ultimi decenni ha assunto un ruolo di prim'ordine negli studi di diritto penale e negli obiettivi di politica criminale, influenzati dall'impulso europeo⁷⁹. La giustizia riparativa si profila allora come un'inedita possibilità di attiva e volontaria partecipazione della vittima alla gestione di quanto ha subito.

Le riflessioni in materia hanno portato a superare la semplicistica concezione di vittima, per allargarne lo spettro e, al contempo, delimitarne la definizione⁸⁰. La questione è di estremo rilievo per la giustizia riparativa, perché seleziona i soggetti cui è destinato il programma e, in definitiva, determina il *quantum* di estensione dell'offesa da trattare⁸¹. Inoltre, strettamente correlato al rapporto tra vittima e giustizia riparativa è il tema della sicurezza: i programmi non devono cagionare 'vittimizzazione secondaria', perpetrando un'ulteriore offesa alla vittima⁸². In questo senso, l'incontro diretto tra le parti coinvolte diviene un elemento ipotetico ed assolutamente eventuale del programma riparativo. Inoltre, è sempre garantita alla vittima la possibilità di negare il consenso; la recente riforma ammette, infatti, l'ipotesi di coinvolgimento della «vittima

74 Più ampiamente, sull'idea di un a pena 'agita' e del delitto riparato, in accezione estesa rispetto alle soluzioni di giustizia riparativa in senso stretto, da considerare quale modello alternativo alla pena 'subita', si veda M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 maggio 2015, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/3928-il-delitto-riparato-una-disequazione-che-puo-trasformare-il-sistema-sanzionatorio>

75 A proposito della centralità assunta dalla vittima, si rimanda al contributo di Francesca Viganò https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1726827711_vigano-verita-e-gr.pdf.

76 Scelta linguistica adottata anche dalla Riforma d.lgs. n. 150/2022, connotata dal forte valore simbolico di attribuire nuova dignità e ruolo alla persona offesa, distanziandolo dalle sue definizioni tradizionali.

77 Si pensi, fra tutte, alla direttiva 2012/29/UE sui diritti, l'assistenza e la protezione della vittima dei reati che contiene un'articolata disciplina in materia di giustizia riparativa e la raccomandazione Rec. (2018)8 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

78 Si veda, tra i molti, G. MANNOZZI - G. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., 12 ss.

79 L. ARROYO ZAPATERO, *Politica criminale e stato di diritto nelle società contemporanee*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013, 25. Per un approfondito studio della vittima si veda S. VEZZADINI, *Per una sociologia della vittima*, Milano, 2012.

80 H. VON HENTIG, *Das Verbrechen*, II, Göttingen-Heidelberg, 1962, 488 è la definizione universalmente accettata, ripresa in G. MANNOZZI - G. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., 17.

81 Si veda G. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1990, 480.

82 G. MANNOZZI - G. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., 263.

di un reato diverso»⁸³. L'individuazione di quest'ultima diviene un problema teorico e applicativo non di poco conto, essendo una variante pratica destinata ad un frequente utilizzo. Essa concernerà una valutazione e comparazione tra due diverse offese, le quali, per poter consentire un utile esperimento del programma riparativo, dovranno essere necessariamente accomunate da elementi di forte contiguità⁸⁴.

Si può poi affermare, in via generale, che l'offesa colpisca di norma almeno due soggetti: il soggetto che direttamente subisce il reato e la comunità, lesa nella sua percezione di sicurezza, nei suoi valori fondanti e nel suo patto di solidarietà, minato anche per il tempo futuro. Si nota allora agilmente, per i connotati tipici del precetto penale, una prima differenza rispetto all'illecito civile: la compagine sociale viene coinvolta e colpita fortemente dall'illecito penale. Anzi, essa è da sempre considerata il destinatario per eccellenza della tutela penale, in funzione della quale si fondano i rimedi preposti alla general e special prevenzione. Nei tempi moderni, con approfondimento di studi criminologici, è stata valorizzata anche nella sua consistenza e nel ruolo attivo e dialogante che essa può avere con l'offesa⁸⁵. In questa veste, la società assume il senso peculiare e sociologico di comunità⁸⁶, da considerarsi come soggetto non leso *ipso facto* dalla commissione di un reato, ma di volta in volta leso in maniera differente e con diversa intensità, in base al tipo di reato e alle circostanze concrete in cui si è svolto. Talvolta, la società sarà pienamente riparata, benché in via mediata o di riflesso, dalla soddisfazione della vittima 'primaria' del reato, la persona offesa soggettivamente individuabile. Talora, a seconda della fisionomia del singolo reato, sarà portatrice di un'offesa propria necessitante di una autonoma 'voce'. Nei casi di reati senza una vittima specifica, lesivi di interessi collettivi, la comunità sarà addirittura l'unica e diretta vittima del reato⁸⁷. Le pratiche di giustizia riparativa, in definitiva, offrono l'occasione per una più consapevole riflessione, allo stato estremamente embrionale nel nostro Paese, sull'individuazione dei soggetti offesi e della comunità coinvolta⁸⁸.

83 Si fa riferimento all'art. 53, comma 1, lett. a d.lgs. n.150/2022. Si veda a tal proposito il contributo di Paola Maggio e Francesco Parisi del 19 ottobre 2023, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/maggio-parisi-justizia-riparativa-con-vittima-surrogata-o-aspecifica-il-caso-maltesi-fontana-continua-a-far-discutere>.

84 Utili a tal fine possono essere le classificazioni criminologiche in G. GULOTTA, *La vittima*, Milano, 1976.

85 G. MANNOZZI - G. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., 92 ss. Si sofferma in particolare sulla definizione di comunità, alla quale vengono assegnate funzioni diverse nel diritto penale e in particolare nella giustizia riparativa, sintetizzabili in almeno tre forme: vittima, destinatario di interventi di rafforzamento della sicurezza, attore sociale.

86 G. MANNOZZI - G. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., 93 della giustizia riparativa quale 'community justice'. Per un approfondimento si veda poi L. WALGRAVE, *Restorative justice. Self interest and responsible citizenship*, Cullompton, 2008, 14 s.

87 Per una riflessione approfondita sul tema si veda P. PATRIZI, *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Roma, 2019 e pagina 18 del contributo di M. BOUCHARD <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/3298/cura-e-justizia>.

88 Si veda sempre M.G. MANNOZZI - G. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., con particolare riferimento alle pratiche dei cosiddetti «community circles», coinvolgenti quali soggetti attivi esponenti

Tali considerazioni trovano conforto normativo nella stessa riforma, che si riferisce alla possibilità «per altri soggetti appartenenti alla comunità⁸⁹» di partecipare ai programmi di giustizia riparativa. Proprio la voluta genericità del dettato normativo impone un urgente approfondimento su chi siano i soggetti interessati e legittimati per ogni specifico reato a partecipare ad un programma riparativo⁹⁰.

7. La contestuale modifica della causa di non punibilità per lieve entità del fatto.

La medesima riforma introdotta con il decreto legislativo n.150/2022 ha anche apportato una modifica all'istituto della causa di non punibilità per lieve entità del fatto di cui all'art.131 *bis* cod.pen., inserendo, tra i criteri indicativi della tenuità dell'offesa, la «condotta susseguente al reato». Tale aspetto è di estremo rilievo per le considerazioni sopra esposte circa la nuova definizione di offesa e, in questo senso, si pone in coerenza con la scelta di introdurre la giustizia riparativa come rimedio *post factum* capace di incidere sulla valutazione di un reato, in quanto idoneo a mutarne l'offesa⁹¹. Il legame si può scorgere agilmente dalla relazione illustrativa al decreto legislativo 150/2022, che pone quale *ratio* giustificativa dell'ampliamento dei criteri per valutare la tenuità dell'offesa proprio la necessità di coerenza con la generale volontà della riforma di incentivare le condotte *latu sensu* riparatorie. In generale, l'istituto di cui all'art.131 *bis* cod. pen., introdotto nel 2015⁹², è fonte di grande interesse in quanto costituisce un riferimento normativo a cui ancorare l'idea di offesa, contenendo indicazioni circa la valutazione della sua forma «lieve» così come concepita dall'ordinamento. Le sue modifiche sono, conseguentemente, un'utile risorsa per la comprensione dell'attuale

rappresentativi della comunità. Si vede allora come la giustizia riparativa abbia un approccio di individuazione delle vittime e dei destinatari delle offese divergente rispetto al diritto penale tradizionale, sul quale in futuro sarà necessario un accordo per condurre ad armonia il sistema.

89 Si veda art. 42 d.lgs.150/2022.

90 Si veda a questo proposito F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 223 ss. Dal bene giuridico è possibile la classificazione in reati a soggetto passivo determinato - il cui interesse leso appartiene a soggetti ben individuabili - oppure indeterminati. Vi sono, ancora, i casi in cui l'anticipazione della tutela è tale da non rendere individuabile un soggetto passivo: si pensi ai reati ostativi o di scopo. Talvolta, il soggetto passivo potrà anche essere una persona giuridica o una comunità collettiva, la pubblica amministrazione, non in quanto tale, ma in quanto aventi specifico interesse leso dalla commissione del reato. Nel caso, poi, di reati plurioffensivi - di crescente ampliamento anche in via interpretativa - la fattispecie incriminatrice contempla in sé la lesione di più beni giuridici a tutela di soggetti differenti.

91 Si veda, a tal proposito il contributo di Marco Donati in <https://archiviopenale.it/verso-una-tenuita-allargata-lintroduzione-della-condotta-sussequente-al-reato-nellart-131-bis-cp-e-il-nuovo-assetto-dellirrelevanza-penale-del-fatto/articoli/46803>, 35-36 e, ancora, F. PALAZZO, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 11 ss. che individua proprio nel post fatto il tratto caratterizzante, anche dal punto di vista ideologico, della riforma. Al contempo, riconosce al tempo presente la difficoltà di una sua matura e sistematica ricezione; A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: una figura sotto assedio*, in *Arch. pen. web*, 2021, 1, 1 ss.

92 D.lgs. 28/2015.

fisionomia dell'offesa. L'istituto concerne fatti in cui il reato sia pacificamente perfezionato nei suoi elementi. L'offensività è anch'essa accertata, ma la sua complessiva esiguità consente di non ritenere il fatto meritevole di essere punito. Questo istituto è divenuto di grande applicazione stante il recente ampliamento dei casi che vi rientrano⁹³ e si fonda proprio su decisioni di politica criminale, in ottica deflattiva⁹⁴ e reintegrativa, che attengo ad una valutazione sull'offensività. Ebbene, ad oggi i criteri per valutare la tenuità dell'offesa sono individuabili dal limite esterno dell'indice edittale; tale parametro è stato modificato dal d.lgs. 150/2022⁹⁵, ampliandone l'operatività ai reati puniti nel minimo a due anni, prevedendo tuttavia l'esclusione di particolari tipologie di reati e nel caso vengano riconosciute specifiche aggravanti⁹⁶. Altri indicatori, non valutabili *ex ante*, rimessi alla discrezionalità del giudice, riguardano «le modalità della condotta» e «l'esiguità del danno o pericolo» in base ai criteri dettati per la commisurazione della pena e, infine, la «non abitualità». La nuova riforma ha aggiunto poi l'esplicito riferimento alla «condotta susseguente al reato» quale ulteriore indice per valutare la complessiva tenuità dell'offesa. Tale ultimo dato ha una portata più ampia del singolo istituto in cui è inserito, perché ribadisce a livello sistematico che l'offesa è graduabile e può mutare a causa di una condotta successiva al fatto. La rubrica «lieve tenuità del fatto» apparrebbe così oggi impropria: la modifica affievolisce il legame dell'istituto con il mero fatto occorso, valorizzando invece la centralità dell'offesa arrecata, graduabile da eventi successivi ad opera dell'autore⁹⁷. Invero, nonostante l'estremo rilievo teorico di tale modifica, il dettato normativo e le recenti pronunce giurisprudenziali sul tema dimostrano cautela nel valorizzare la condotta successiva al reato⁹⁸. Le condotte

93 La riforma di cui al d. lgs. 150/2022 ha difatti innalzato i casi in cui può essere applicato l'istituto ai casi di reati puniti nel minimo a due anni, ampliando notevolmente l'ambito applicativo, oltreché, come meglio si tratterà in seguito aver introdotto quale ragione per sostenere la lievità dell'offesa la condotta susseguente.

94 In questo senso si veda C.E. PALIERO, 'Principio di esiguità' e deflazione penale: la ricetta italiana del 'tipo bagatellare', in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 2, 535 ss. che individua un generale trend europeo in questo senso, per favorire la riduzione del carico giudiziale

95 Si veda più approfonditamente D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma 'Cartabia': scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/brunelli-tenuita-del-fatto-riforma-cartabia13> gennaio 2022, 3.

96 Tra cui la crudeltà e la minorata difesa della vittima, condizioni che di per sé rendono rilevante l'offesa del pene: si veda per un'elencazione completa G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 509.

97 Nel contributo di Marco Donati approfonditamente viene esaminato come l'introduzione del nuovo parametro della condotta susseguente al reato abbia comportato uno sconvolgimento agli equilibri interni. Invero precari- dell'istituto e, al contempo, abbia offerto allo stesso inediti potenzialità: si veda <https://archiviopenale.it/verso-una-tenuita-allargata-lintroduzione-della-condotta-sussequente-al-reato-nellart-131-bis-cp-e-il-nuovo-assetto-dellirrelevanza-penale-del-fatto/articoli/46803>, III, 2024, 33 ss.

98 Cass. Pen., Sez. III, 4 aprile 2023, n. 18029 viene dato rilievo all'eliminazione da parte del datore di lavoro delle violazioni in materia di antinfortunistica. Si fa poi qui riferimento a due ulteriori pronunce in materia: Cass. Pen., Sez. III, 24 maggio 2023, n. 28031 e la Cass. Pen., Sez. III, 24 maggio 2023, n. 28033. In questo senso si esprime sempre F. PALAZZO, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 11 ss.

risarcitorie o riparatorie non vengono riconosciute come di per sé idonee a rendere l'offesa di lieve tenuità, ma in quanto elementi inseribili in un complessivo giudizio, non potendo da sole eliminare o compensare un fatto di reato che intrinsecamente sia incompatibile con la valutazione di tenuità⁹⁹. Tale assunto è ricavabile, oltreché dalle pronunce citate, anche dalla relazione illustrativa al nuovo decreto legislativo¹⁰⁰.

Ebbene, se è da escludersi la possibilità che la condotta susseguente di un fatto possa fungere da esclusivo indice di tenuità dell'offesa, è altresì vero che i termini in cui viene finora descritto da una parte della giurisprudenza parrebbe ridurlo ad un mero pleonasma, di poco impatto perché attinente ad un'offesa che già rientrerebbe nell'applicabilità dell'istituto *pre-riforma*. Non si può nemmeno ritenere, com'è stato sostenuta da taluna dottrina¹⁰¹, che la valutazione debba ad oggi essere «bifasica»: dapprima inerente alle modalità della condotta e al danno cagionato e, nel caso di superamento di tale vaglio, inerente alla condotta susseguente. Com'è stato giustamente osservato¹⁰², tale soluzione comporterebbe un effetto limitativo dell'istituto, anziché ampliativo, portando ad una soluzione opposta all'intento del legislatore. La funzione ancillare che viene sottolineata dalle pronunce e dalla relazione illustrativa alla riforma è invece da ascrivere alla preoccupazione che si faccia un uso indiscriminato dell'istituto di cui all'art.131 *bis* cod. pen., distorcendone la funzione tramite l'automatica valorizzazione delle condotte successive al fatto. Tale soluzione interpretativa, invero, non pare condivisibile. Innanzitutto, si evidenzia che le condotte rilevanti in questa sede dovranno essere strettamente collegate alla particolare offesa cagionata, in ragione dell'oggettiva natura dell'istituto: non è dunque concepibile un'estensione sproporzionata e irragionevole della sua applicazione, riferita a condotte, pur da valutarsi positivamente, ma non strettamente correlate all'eliminazione della specifica offesa¹⁰³. Inoltre, il rischio è agilmente arginabile tramite una valutazione complessiva dei vari indicatori, che andranno posti, se discordanti, in bilanciamento tra loro¹⁰⁴, senza che *ex ante* debba defi-

99 Per esemplificare, viene portato l'esempio di una lesione grave, si veda G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Mannuale*, cit., 510.

100 Si veda la *relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, 345, che così si esprime in relazione alla condotta susseguente al reato, essa «potrà essere valorizzata per valutare/confermare la tenuità di un'offesa che già appare tale».

101 In particolare, E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Proc. pen. e giust.*, 1, 2022, 8.

102 Si condividono, a tal proposito, le considerazioni del contributo di Davide Colombo sull'argomento, <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/colombo-esclusione-della-punibilita-per-particolare-tenuita-del-fatto-e-condotta-sussequente-al-reato-le-prime-pronunce-della-cassazione-sul-novellato-art-131-bis-cp>, 2023.

103 Una recentissima pronuncia, Cass. pen., Sez. III, 29 agosto 2024 n.33284 condivisibilmente ha negato il riconoscimento dell'art.131 *bis* cod. pen. nei reati di frode fiscale nonostante il pagamento del debito tributario, perché ritenuto inidoneo nel caso in cui il reato contestato sia volto all'occultamento di documentazione. Di conseguenza, la condotta dell'imputato non è stata riconosciuta come idonea a ridurre la gravità del fatto perché non attinente all'effettivo pregiudizio cagionato.

104 In questo senso sempre potrebbe essere auspicabile *de iure condendo*, al fine di elidere tali dubbi interpretativi, un'espressa indicazione normativa.

nirsi il peso nel caso concreto attribuibile a questi¹⁰⁵. La Corte di Legittimità si esprime, poi, su un'altra questione inerente al tema, sinora solo manifestata quale *obiter dictum*, ma di notevole interesse teorico: la condotta susseguente può essere valutata anche *contra reo*, per escludere la tenuità dell'offesa¹⁰⁶. Invero, tale affermazione di principio appare estremamente scivolosa: in attesa di una sua concreta applicazione, non si può che inneggiare alla cautela nel declinare le modifiche in tal senso, divergente con la *ratio legis* che ha ispirato la riforma. È la stessa relazione illustrativa a contrastare con tale orientamento, che, tuttavia, al momento perdura nelle affermazioni della giurisprudenza. Il rischio di valutare un fatto come più grave in base a condotte successive al perfezionamento del reato pare un *vulnus* al garantismo presidiato dal principio di materialità. A ben vedere, tale questione ne coinvolge un'altra correlata, già trattata in dottrina, circa la necessità o meno di valutare la lieve tenuità dell'offesa avendo in considerazione anche gli indici di pericolosità dell'autore di cui all'art.133 comma 2 cod. pen. Nel caso che ci occupa, dunque, si tratta di valutare se la condotta susseguente al reato possa essere indicatore di tale pericolosità e, di conseguenza, determinare la negazione della tenuità del fatto. Ebbene, sempre la relazione illustrativa afferma la consapevole esclusione del riferimento al comma 2 dell'art.133 cod. pen. dal dettato normativo, in coerenza con la natura oggettiva dell'istituto, inerente al fatto nella sua materialità. In realtà, com'è già stato osservato dalla dottrina, tale assunto giurisprudenziale pare più una posizione di principio che un orientamento concretamente applicabile. Infatti, nella valutazione ai fini del riconoscimento dell'istituto dovranno essere prese in considerazione solo quelle condotte effettivamente conferenti con l'offesa arrecata, escludendosi qualsiasi successiva offesa slegata causalmente alla prima¹⁰⁷. La verifica in questo senso è d'obbligo in ragione di quanto appena detto circa l'oggettiva natura dell'istituto, per cui la condotta susseguente non funge da indice di pericolosità e rileva solo se effettivamente idonea a incidere sull'offesa cagionata¹⁰⁸. Dovranno, ancora, essere escluse le condotte che afferiscono ad una modalità di realizzazione del

Così sempre <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/colombo-esclusione-della-punibilita-per-particolare-tenuita-del-fatto-e-condotta-susseguente-al-reato-le-prime-pronunce-della-cassazione-sul-novellato-art-131-bis-cp>, par. 4.2.

105 In questo senso copiosa dottrina ha qualificato l'istituto di cui all'art.131 *bis* quale causa di non punibilità 'mista' e non meramente oggettiva si veda in questo senso, già ante-riforma e tanto più oggi, il contributo di Giuseppe Amarelli in <https://discrimen.it/la-particolare-tenuita-del-fatto-nel-sistema-della-non-punibilita>, 2017, 17.

106 Tale assunto è rinvenibile nelle sentenze Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 2023, n.18029 e 24 maggio 2023, n. 28031, ma è avversato dalla dottrina: si veda, a tal proposito: G. FIANDACA -E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2023, 809 e G. MARINUCCI- E. DOLCINI- G.L. GATTA, *Manuale*, cit., 814 ss.

107 In questo senso, ai fini di selezionare le condotte effettivamente rilevanti, sempre Piero Donati in <https://archiviopenale.it/verso-una-tenuita-allargata-lintroduzione-della-condotta-susseguente-al-reato-nel-lart-131-bis-cp-e-il-nuovo-assetto-dellirrelevanza-penale-del-fatto/articoli/46803>, n.3, 2024, 52; H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, 51.

108 Anche la giurisprudenza di legittimità concorda su tale orientamento: si veda Cass. pen., Sez. VI, 31 ottobre 2023, n. 43941 censurando la decisione della corte d'appello, ribadendo che i comportamenti successivi possono aggravare l'offesa solo se conferenti rispetto ad essa.

medesimo reato¹⁰⁹ e quelle che ne commettano un altro¹¹⁰. Pare, dunque, di difficile applicazione pratica l'assunto, seppur ribadito più volte dalla giurisprudenza di legittimità, che distorcerebbe l'istituto così come modificato¹¹¹.

In generale le brevi questioni sinora riportate dimostrano, nei primi anni di vita della nuova riforma, le sfide applicative e i timori nell'aderire ad un concetto di offesa modificabile dalle condotte *post factum*, che radicalmente ne innova il significato e l'uso. Diviene dunque imprescindibile una riflessione che riconduca gli istituti coinvolti ad una visione unitaria di offesa, al fine di dirimere i possibili dubbi interpretativi e gli orientamenti fra loro discordanti.

8. *Riflessi delle riforme sulla valutazione dell'offesa*

Tutto quanto sopra si è detto riguardo ai rimedi adatti all'offesa mette in luce una nuova connotazione della stessa. Si fa qui riferimento alla possibilità di ravvisare due concezioni differenti dell'offesa, tra loro dialoganti. La si può intendere, in definitiva, in senso statico oppure in senso dinamico. L'accezione statica di offesa può ravvisarsi quale esito di una valutazione composita, concernente la fattispecie astratta e il caso concreto che la realizza. Andranno tenuti in considerazione, pertanto, tutti quanti i seguenti criteri: il grado di anticipazione della tutela prevista dalla norma, la gravità della modalità di commissione, i beni giuridici intaccati¹¹², oltre agli ulteriori indicatori espressi dall'eventuale presenza di circostanze e dall'art.133cod.pen.¹¹³, previsti per commisurare la pena in concreto. Sono tutti elementi volti a personalizzare, specificare e individuare il nucleo offensivo del reato secondo parametri condivisi. Essi possono ben costituire il riferimento per un vaglio di ragionevolezza della sanzione irrogata e, in generale, dei rimedi previsti, parametrati sul rilievo del bene giuridico e sull'intensità della sua lesione. L'offesa avrà certamente un soggetto passivo, ma la lesione dell'interesse, di cui qui si ricerca il perimetro, deve intendersi in accezione 'oggettiva'¹¹⁴; volta quindi a delimitare l'estensione del rimedio e darne un punto di riferimento certo, garantendo l'uguaglianza di trattamento e la sua prevedibilità. Anche gli effetti di

109 Così si esprime anche la sentenza sopra citata del Cass. pen., Sez. III, 24 maggio 2023 n. 2803.

110 Per un inquadramento del significato di condotta susseguente del reato si rimanda a G. TOSCANO, *Post crimen patratum*. Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso, Torino, 2022.

111 Le stesse preoccupazioni erano state rilevate e ridimensionate poi nella concreta operatività, per l'attenuante- affine nelle finalità- di cui al n.8 art.61 cod. pen. Si veda sul punto S. PROSDOCIMI, *Osservazioni sull'aggravamento o tentato aggravamento delle conseguenze del delitto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 522 ss.

112 Un criterio non esclusivo ma rilevante può essere l'indice normativo della forbice edittale.

113 Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 190.

114 In questo senso, si veda F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 33 che propende per una nozione di interesse oggettiva con la ragione che l'ordinamento non garantisce agli uomini la loro valutazione soggettiva di beni. Per questa specifica fase, la tesi pare condivisibile in quanto riporta un ordine di prevedibilità dell'offesa a garanzia dell'autore del reato altrimenti soggetto alle autonome valutazioni della persona offesa.

un'azione che la fattispecie penale violata mirava specificamente ad evitare sono pre-determinabili 'a monte' e in via interpretativa, tramite le regole scientifiche e d'esperienza, secondo l'idea di una possibile offesa verso un agente modello. In questa fase 'statica', è il danno a dare valore alla dimensione personale del nocumento arrecato: il risultato si risolverà classicamente in un cumulo di rimedi che risponda ai più mali e danni che conseguono a un reato¹¹⁵.

Nella seconda accezione, invece, l'offesa viene concepita in senso dinamico. Qui viene in rilievo anche il suo rapporto con il *post factum* successivo alla commissione del reato. Scommessa del tempo presente è, infatti, il tentativo di non considerare immutabile l'offesa, ma di concepirla come entità modificabile. L'idea sottostante è che il futuro costituisca, in sempre più casi, una possibilità «umanisticamente positiva» in grado di dare una reale occasione di incidere sul disvalore dell'offesa, responsabilizzando l'autore e restituendo qualcosa di nuovo sia alla vittima sia alla società; uno sforzo in direzione contraria rispetto all'offesa. Danno e offesa in questo secondo momento confluiscono, sia pure doverosamente distinte nelle soluzioni, nell'insieme di versatili prescrizioni che costituiscono il programma di rimedi riparatori¹¹⁶.

Pur essendo oggi in fase ancora iniziale, si intravede all'orizzonte la possibilità che l'ordinamento concepisca la riparazione quale servizio sociale, modulandone i vari rimedi in forma di progetto¹¹⁷, di cui sarà da valutarsi caso per caso l'incidenza generale sull'offesa. All'esito di tale percorso, l'offesa, così come potenzialmente modificata, dovrà essere definita nuovamente nel suo senso statico, quale fotografia di un determinato momento storico successivo, in grado di incidere sugli effetti del reato commesso e, di conseguenza, sulla comminazione della pena.

È immaginabile, *de iure condendo*, che spetti al giudice di cognizione individuare nel caso concreto i rimedi riparatori che più si attagliano ad esso, prevedendo *ex ante* la possibilità che incidano su quella determinata offesa¹¹⁸.

115 Si vedano le lucide osservazioni di F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 14 ss.

116 M. DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa*, cit., 335 l'autore si riferisce ad un programma di sanzioni alternative in alternativa alle pene principali. Si ritiene qui che il termine sanzione rimandi a un concetto di obbligatorietà che non si addice alla volontarietà di azioni che incidano sull'elemento relazionale, simbolico e umano.

117 Si fa qui riferimento alla concezione di riparazione intesa in senso ampio, comprensivo non solo della *restorative justice*, ma di tutte quelle azioni che mirano a eliminare gli effetti del reato. Si veda in questo senso M. DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa*, cit., 339.

118 L. EUSEBI, *Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*, in *Sistema Penale*, 24 novembre 2023, 9 ss. Il nuovo ruolo che il giudice verrebbe ad assumere si porrebbe in continuità con quanto previsto con l'introduzione nel nostro ordinamento delle pene sostitutive, già determinabili in fase di cognizione. L'autore qui citato si sofferma sul particolare rilievo dogmatico che assume la possibilità di determinare le pene sostitutive già in fase di cognizione. Egli tratta del nuovo ruolo che assume la figura del giudice, mediante l'introduzione dell'art.545 *bis* cod. pen. e l'idea che il giudice di cognizione dialoghi con altre scienze e con esse possa già stabilire non solo una commisurazione di pena, ma anche un programma a orientamento rieducativo per il condannato, tra cui, *de iure condendo*, si potrebbero ipotizzare prescrizioni che a monte prevedano di attenuare l'offesa.

In questa varietà di rimedi sono compresi, invero, elementi tra loro estremamente eterogenei, ma che la duttilità individualizzata del programma riparatorio consente di inglobare¹¹⁹. Tra di essi, la giustizia riparativa per sua natura è il rimedio che più si presta a gestire la complessità multilivello dell'offesa. Per la sua connotazione relazionale¹²⁰-cui sopra si accennava - caratterizzata da spontaneità e autenticità, pare il contenitore che meglio è in grado di includere e gestire la doppia componente di danno e offesa diacronica¹²¹. E' evidente, tuttavia, come questi stessi elementi che fanno propendere per soluzioni non solo riparatorie, ma riparative, ne rendano più difficile e non generalizzabile l'applicazione, per quanto auspicabile. Essa, infatti, dipende *in toto* dalla volontà delle parti coinvolte, assolutamente non coercibile e nemmeno direzionabile in alcune prescrizioni di *facere* specifiche.

Nel caso della giustizia riparativa, l'offesa assume valore centrale, anche quale elemento di raccordo con il sistema penale tradizionale. L'interesse leso non può certo ritenersi valutabile solo in termini oggettivi, in quanto è tema di un percorso personale, volontaristico e autentico tra le parti¹²². Allo stesso modo, non è nemmeno pensabile che l'esito positivo di un programma di giustizia riparativa sia rimesso alla sola percezione dell'offesa da parte della vittima. La peculiarità del paradigma riparativo, in verità, prevede un lavoro dialogico e riflessivo proprio sull'idea di offesa - arrecata o subita - di entrambe le parti, autore del reato e vittima, con la moderazione di un mediatore, quale voce terza e portatrice di sapere criminologico e penale specializzato. Il tutto dev'essere *filtrato* dalla valutazione del giudice, al quale solo spetta la valutazione dell'esito del programma in base alla relazione redatta dal mediatore¹²³. L'organo giudicante allora assume il ruolo di raccordo fra i due sistemi e tra diversi saperi, ponendo in dialogo offesa in senso statico e dinamico, ancorando la sua valutazione a criteri di proporzione e ragionevolezza. A supporto di questa impostazione soccorre lo stesso dettato normativo, che prevede la ragionevolezza e la proporzionalità degli esiti riparativi accordati tra le parti¹²⁴.

Ebbene, l'esito di questo percorso si sostanzia nella possibilità per il giudice di cognizione di valutare l'entità dell'offesa potenzialmente mutata – nel senso di eliminata o ridotta - dall'esperimento dei rimedi riparatori. Da tale operazione scaturisce, in

119 Rimane ancora problematica l'individuazione specifica di tali rimedi, aventi ad oggetto programmi prescrittivi. Esempi possono essere i lavori di pubblica utilità o la messa alla prova, percorsi psicologici, programmi di giustizia riparativa. Le prescrizioni comprendono anche i rimedi al danno, quali il risarcimento e la messa in ripristino. Tali rimedi differiscono radicalmente per il grado di volontarietà dell'autore del reato che viene richiesto.

120 Si veda sopra par.6

121 G. MANNOZZI- R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, cit., 32 ss.

122 Qui si pone l'ulteriore, irrisolta questione di quali siano le parti che possono trattare dell'offesa.

123 Si veda, a questo proposito, l'art.57 del d.lgs. 150/2022. Si prospetta un interessante fenomeno relazionale del processo nell'integrazione dei saperi, come nota sempre L. EUSEBI, *Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2023, 10.

124 Si veda l'art.42 del d.lgs 150/2022.

concreto, la potenziale rideterminazione della pena, che sarà specchio dell'eventuale residuo di offesa rimasto.

In conclusione, si vede bene come, a fronte dei rimedi riparatori, la pena tradizionale divenga in parte già *de iure condito* e, in ogni caso, in una prospettiva *de iure condendo*, modulabile secondo l'attenuazione dell'offesa derivata dalla riparazione e, comunque, proposta sussidiaria ad essa¹²⁵, in quanto non realmente adeguata ad incidere sull'offesa del reato.

9. Conclusioni: punti d'arrivo e di (ri)partenza

Il breve *excursus* tracciato fin qui sul tema dell'offesa consente di addivenire a qualche conclusione e, soprattutto, di scorgere i potenziali punti di sviluppo della questione.

Inizialmente, ci si è soffermati sul rapporto dell'offesa con il bene giuridico, che costituisce il suo oggetto. Una lesione è, infatti, definita come offensiva solo se colpisce un bene giuridico, interesse qualificato perché concernente valori fondamentali per l'ordinamento. Si è dunque accennato alla complessa teoria del bene giuridico, da cui la stessa idea di offesa è dipendente. Un'attenta definizione e conseguente selezione dei beni giuridici risulta presupposto imprescindibile, infatti, perché si possa comprendere la natura dell'offesa: si è pertanto sostenuto il necessario ancoraggio degli stessi alle norme costituzionali e sovranazionali, in quanto fonti *qualificate* per l'individuazione dell'assetto valoriale esistente nel nostro ordinamento. Si è potuto quindi ravvisare nel principio di offensività lo strumento di controllo sulla sussistenza di un collegamento tra la norma penale e la sua idoneità a tutelare un'effettiva lesione ad un bene giuridico, operante sia come criterio di politica legislativa sia come metodo ermeneutico.

Accertata la reale portata offensiva nella singola fattispecie, è dunque individuabile il nucleo che le è proprio, tramite l'analisi della struttura della norma e della sua collocazione sistematica: l'offesa risulta così dalla combinazione fra modalità di lesione e il valore del bene giuridico leso. Tale assunto ha consentito di differenziare l'offesa dal danno in senso stretto, che invece compendia tutte le ulteriori conseguenze negative cagionate dal reato. La distinzione tra le categorie di danno e offesa è, invero, di estrema utilità per meglio evidenziare le caratteristiche proprie di quest'ultima e per individuarne il rimedio più consono. Si è allora giunti a ravvisare proprio nel carattere fondamentale degli interessi in gioco tutelati dalla norma penale quel disvalore aggiuntivo che mina il vivere sociale e che rende insufficienti i rimedi della messa in rispristino e del risarcimento, invece adeguati a compensare il danno¹²⁶.

La risposta all'offesa, tradizionalmente concepita nella punizione in forma di restrizione della libertà personale, è oggi fortemente messa in crisi dalla poca efficacia della

125 M. DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa*, cit., 336.

126 Sempre inteso qui in senso stretto in rapporto con l'offesa.

stessa in termini di benessere della vittima, della sicurezza della società e di reintegrazione del condannato.

Allo scopo di individuare soluzioni più soddisfacenti, soccorrono i descritti istituti di recente introduzione che valorizzano la condotta *post delictum*¹²⁷, aprendo la strada ad una concezione nuova di offesa, non solo statica e riferibile al momento della commissione del reato, ma dinamica. In quest'ultima, il futuro viene concepito come una possibilità di agire per eliminare o attenuare l'offesa. Pertanto, i rimedi riparatori paiono ben adattarsi, per la loro duttilità, alle singole offese e alla possibilità di incidere su di esse, poiché si sostanziano in prescrizioni e progetti di *facere* per il condannato e non consistono in un mero *subire*. Si vede bene, allora, come proprio il tema dell'offesa assuma un ruolo di prim'ordine nel ricondurre a coerenza il sistema, inglobando istituti che lo innovano anche radicalmente.

La strada dei rimedi riparatori - non del tutto estranea all'ordinamento, ma certamente marginale¹²⁸ - trova nel riformato art.131 *bis* cod. pen. e nell'introduzione della giustizia riparativa una significativa apertura, pur appearing ad oggi ancora lontana dal divenire centrale del sistema penale.

Nonostante ciò, ai citati istituti dev'essere attribuito il merito di aver dato vita ad una concezione di offesa non più cristallizzata, ma modificabile nel tempo, idonea ad incidere nel giudizio complessivo sul fatto ed orientarne i rimedi.

Tale aspetto è realizzabile giuridicamente solo se viene posta la dovuta attenzione al ruolo delle parti coinvolte nel reato, dando ad esse una possibilità di affrontare l'offesa nel suo senso relazionale, simbolico ed emotivo, su base volontaristica.

Difatti, un ordinamento che sempre più concepisce l'idea di 'delitto riparato'¹²⁹, dovrà necessariamente ripensare le proposte offerte, nel suo difficile bilanciamento e composizione con esigenze di certezza e prevedibilità. Un'indagine più consapevole dell'offesa legata ad ogni reato ne riscopre, allora, il valore sociale e fondante: per questo la concezione di offesa non può che radicarsi al reale, razionalizzando e aprendo a questioni psicologiche, sociali, antropologiche che non vanno più ignorate e che e devono, al contempo, essere mediate dalla scienza giuridica, al fine di concepire un diritto penale che fornisca risposte effettive a problemi reali¹³⁰.

127 Si veda M. DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa*, cit., 342 in tema di valorizzazione del *post fatto*.

128 Si pensi all'introduzione nel 2017 dell'istituto di cui all'art.162 *ter* cod. pen., che prevede una causa di estinzione del reato per condotte riparatorie limitato ai reati procedibili a querela.

129 Da intendersi in senso ampio, nell'accezione sopra descritta a nt. 104; cfr. M. DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa*, cit., 399.

130 Si veda L. EUSEBI, *Giustizia punitiva e giustizia riparativa*, cit., 9 ss. L'autore tratta del nuovo ruolo che assume la figura del giudice, mediante l'introduzione dell'art. 545 *bis* cod. pen. e l'idea che il giudice di cognizione dialoghi con altre scienze e con esse possa già stabilire non solo una commisurazione di pena, ma anche un programma a orientamento rieducativo per il condannato, tra cui, *de iure condendo*, si potrebbero ipotizzare prescrizioni che a monte prevedano di attenuare l'offesa.

ABSTRACT: Questo contributo vuole condurre alcune riflessioni sul tema dell'offesa nel reato, nel suo essere fondamento della scienza penalistica e della teoria del diritto in generale, che riscopre, grazie alle recenti riforme, una nuova potenziale vitalità e possibilità di ridefinizione. In particolare, ci si propone di esaminare, alla luce del rinnovato quadro ordinamentale, i vari aspetti che concernono l'offesa, tra cui il bene giuridico e il principio di offensività, il suo rapporto con il danno da reato e i rimedi che meglio le si attagliano.

PAROLE CHIAVE: Offesa – Bene giuridico – Danno – Rimedi – Riparazione.

Giacomo Menegatto

IL MAGISTERO COSTITUZIONALE DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA
NEL PRISMA DELLA TRANSIZIONE DIGITALE:
TRA PROFILI CONTENUTISTICI E NUOVE MODALITÀ ESPRESSIVE

SOMMARIO: 1. Premessa: la comunicazione *lato sensu* ‘pedagogica’ del Presidente della Repubblica, tra vecchie e nuove categorie. – 2. La transizione digitale *nel* magistero presidenziale: il punto di vista del contenuto delle esternazioni. – 3. Il magistero presidenziale *nella* transizione digitale: il punto di vista degli strumenti di diffusione e delle modalità di ideazione e realizzazione delle esternazioni. – 4. Considerazioni conclusive, tra esigenze di conservazione e spinte innovatrici.

1. *Premessa: la comunicazione ‘lato sensu’ ‘pedagogica’ del Presidente della Repubblica, tra vecchie e nuove categorie.*

Espressioni quali ‘magistero’, ‘pedagogia’, ‘*teaching function*’, correlate all’organo costituzionale Presidente della Repubblica – pur essendo (come è quasi lapalissiano rilevare) sfornite di un preciso riferimento normativo (e, tanto meno, costituzionale), e pur difettando di una rigorosa categorizzazione dal punto di vista dogmatico –, paiono, oramai, compenstrate a pieno titolo sia nel lessico non specialistico, sia – per ciò che maggiormente rileva in questa sede – in quello scientifico-dottrinale¹, al fine di indicare (non tanto un’attribuzione in senso proprio, bensì) un’attività presidenziale che, da tempo, è andata assumendo un rilievo sempre più centrale nell’ambito della

1 V., ad esempio, di recente, con particolare riguardo alla Presidenza di Sergio Mattarella, P. ADDIS, *Il principio personalista e il principio di solidarietà nel magistero costituzionale di Sergio Mattarella (2015-2022)*, in *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, a cura di D. Paris, Napoli, 2022, 323 ss.; G. FATTORI, *Le mafie nel magistero del Presidente Sergio Mattarella e di Papa Francesco*, in *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, a cura di D. Paris, Napoli, 2022, 357 ss.; P. GAMBALE, *Brevi note sulla teaching function degli organi costituzionali: Presidente della Repubblica e Parlamento a confronto*, in *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, a cura di D. Paris, Napoli, 2022, 405 ss.; nonché – diffusamente e da un punto di vista più generale (peraltro, non limitato al solo ordinamento italiano) – *La Repubblica del presidente. Istituzioni, pedagogia civile e cittadini nelle trasformazioni delle democrazie*, a cura di G. Orsina e M. Ridolfi, Roma, 2022. Di questa funzione *lato sensu* pedagogica degli organi costituzionali si è parlato, tra l’altro, anche – se non soprattutto – con riferimento alla Corte costituzionale e alle sue recenti ‘aperture’ alla società civile: v., sul punto, G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Napoli, 2021, *passim* e spec. 18 ss.; ID., *Corte costituzionale e opinione pubblica: nel giudizio, intorno al giudizio, oltre il giudizio (alcuni brevi rilievi)*, in *Corte costituzionale in pubblico. L’autorevolezza del giudice*, a cura di M. Bertolissi, G. Bergonzini e G. Tieghi, Napoli, 2023, 3 ss. e spec. 8 ss.; e – nella prospettiva comparata – G. TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Rivista AIC*, I, 2020, 165 ss.

configurazione complessiva del ruolo² del Capo dello Stato, anche alla luce delle nuove ed originali declinazioni che – in specie, nel corso degli anni più recenti – hanno concorso, e tuttora concorrono, a caratterizzarla. Per il tramite di tali locuzioni, si allude, in via di prima approssimazione, a quel complesso di attività comunicativo-espressive poste in essere, attraverso forme eterogenee, da parte del Presidente della Repubblica, aventi, non sempre quale funzione tipica e precipua³, bensì – assai più di frequente – quale effetto (diretto, o anche solo indiretto), quello di favorire un autentico «radicamento» dei principi costituzionali tanto nelle coscienze individuali, quanto nella coscienza collettiva, nella prospettiva della costruzione di una società che possa dirsi «crescentemente sintonizzata con essi»⁴: dunque, nella prospettiva di promuovere – nella duplice veste, che contrassegna l'organo presidenziale, di rappresentante dell'unità nazionale⁵ e di garante della Costituzione⁶ – i valori edificanti la Legge fondamentale;

2 Di 'ruolo' del Presidente della Repubblica discorre G. SILVESTRI, *La funzione di equilibrio costituzionale del Presidente della Repubblica*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 7. Seminario 1996*, Torino, 1996, 55, distinguendolo (in quanto relativo all'aspetto «dinamico», e cioè alla «funzione reale assunta dal Presidente nelle contingenze particolari che» gli «si presentano», di volta in volta, dinanzi) dalla «figura» presidenziale (riferita, invece, all'«aspetto statico»: vale a dire, «da base di partenza (...), lo schizzo tracciato dalla Costituzione, una struttura minima»).

3 Non accade spesso – ma accade – che il Presidente della Repubblica si rivolga all'opinione pubblica attraverso interventi caratterizzati da finalità specificamente pedagogico-educative: cfr., ad esempio, di recente, le riflessioni svolte dal Capo dello Stato in occasione dell'*Incontro tra il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella e i giovani creator*, 13 marzo 2024 (su cui si avrà occasione di tornare, più dettagliatamente, nel prosieguo della trattazione), nel corso del quale egli ha impartito ai propri giovani interlocutori una breve – ma assai significativa – 'lezione' di diritto costituzionale, avente ad oggetto l'art. 1 della Legge fondamentale; ma v., soprattutto, quei discorsi presidenziali espressamente denominati – dai canali ufficiali della Presidenza della Repubblica, oltre che dalla stampa – 'lectio': v., a titolo esemplificativo, *Lectio degasperiana del Presidente Mattarella*, 18 agosto 2016; *Lectio magistralis' del Presidente Mattarella all'Università ebraica*, 30 ottobre 2016; *Lectio magistralis' del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Università Fudan di Shanghai*, 24 febbraio 2017; *Lectio doctoralis' del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia di conferimento della laurea 'honoris causa' in 'Relazioni internazionali ed europee' - 'Le università, fondamenta dell'idea di Europa, motori del suo futuro'*, 4 ottobre 2021; *Lectio magistralis' del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia di conferimento della laurea 'honoris causa' in Giurisprudenza dall'Università di Trieste*, 12 aprile 2024; *Lectio magistralis' del Presidente della Repubblica italiana Sergio Mattarella all'Università Beida di Pechino*, 9 novembre 2024; nonché, più in generale, i numerosi interventi svolti in occasione dell'inaugurazione degli anni scolastici o accademici.

4 G. AMATO, *La Costituzione oggi*, in *Scuola democratica*, 2021, 45; ma cfr., sul punto, anche P. ADDIS, *Il principio*, cit., 338.

5 Cfr., tra i molti, L. VENTURA, *Il rappresentante dell'unità nazionale*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano. Atti di un Convegno (Messina-Taormina, 25, 26 e 27 ottobre 1984)*, a cura di G. Silvestri, Milano, 1985, 477 ss.; A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato come rappresentante dell'unità nazionale*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, a cura di A. Vignudelli, Modena, 2012, 29 ss.; nonché, con riguardo alla nota contrapposizione tra Capo dello Stato come rappresentante dell'unità nazionale e Capo dello Stato come rappresentante dell'unità maggioritaria, A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, spec. 304 ss., nonché ID., *Il Presidente della Repubblica fra unità maggioritaria e unità nazionale*, in *Quad. cost.*, I, 1985, 5 ss.

6 V., sotto questo profilo, già S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949, ora in ID., *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantistica del Capo dello*

di diffondere la cultura costituzionale presso un'opinione pubblica sempre più drammaticamente disattenta nei riguardi di questo genere di tematiche; di stimolare, negli attori istituzionali, il rispetto delle regole e dei processi democratici, promuovendo il dialogo e stigmatizzando situazioni di conflittualità e forme di polarizzazione estrema; di offrire, dunque, una lettura 'costituzionalmente orientata' – nel senso di informata ai (e ispirata dai) principi costituzionali – dei diversi (e spesso assai complessi) fenomeni in atto⁷. Non a caso, lo strumento d'elezione per l'esercizio, da parte del Presidente della Repubblica, di questa 'teaching function' è rappresentato dall'esternazione e, in modo particolare, dall'esternazione c.d. informale: vale a dire, quella atipica modalità di comunicazione presidenziale che esula dalle forme all'uopo rigidamente positivizzate dal testo costituzionale (si pensi, in particolare, all'ormai desueto messaggio alle Camere⁸, di cui all'art. 87, comma 2, Cost.; al messaggio motivato di rinvio di una legge *ex art.* 74, comma 1, Cost., caratterizzato, in specie nel corso delle ultime presidenze, da un utilizzo vieppiù recessivo⁹; o, ancora, a quello che il Presidente neoeletto indirizza al

Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi, Milano, 1992, 1 ss.; nonché E. CHELLI, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in *Studi in onore di L. Elia*, I, Milano, 1999, 301 ss.

7 Così, ad esempio, M. TEBALDI - M. CALARESU, *Sul palco del Quirinale. Il capo dello Stato nella Seconda Repubblica*, Roma, 2024, 38, chiariscono che la funzione 'pedagogica' del Presidente della Repubblica «si estrinseca nel costante richiamo ai grandi orientamenti a cui la politica democratica fa continuo riferimento, sia per esprimere una fattiva adesione ai valori costituzionali in cui tali orientamenti sono spesso richiamati, sia per onorare codici valoriali ancor più estesi (i diritti umani, la pace, il lavoro, il progresso civile ecc.) ma non meno rilevanti per definire il quadro delle finalità generali che i regimi democratici dovrebbero perseguire e ai quali dovrebbero costantemente ispirarsi».

8 V., in generale, per quanto concerne il messaggio alle Camere, G.U. RESCIGNO, *Art. 87*, in *Commentario della Costituzione. Il Presidente della Repubblica*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1978, spec. 191 ss., e G.M. SALERNO - B. MALAISI, *Art. 87*, in *Commentario alla Costituzione*, II, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Milano-Torino, 2006, spec. 1691 ss.

9 Come è noto, il Presidente Sergio Mattarella si è avvalso di questo penetrante strumento in una sola occasione: in particolare, il 27 ottobre 2017, in relazione ad una legge recante *Misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine anti persona, di munizioni e sub munizioni a grappolo*. A questo riguardo, v. M. MALVICINI, *Alcune considerazioni sul primo rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella*, in *Osservatorio sulle fonti*, III, 2017; M. FERRARA, *Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella (ovvero del ritorno alla fisiologia istituzionale)*, in *federalismi.it*, VI, 2018; I. PELLIZZONE, *Aspetti critici della 'manifesta incostituzionalità' quale fondamento del rinvio di una legge. Spunti di riflessione a margine del primo rinvio del Presidente Mattarella*, in *Rivista AIC*, III, 2018; nonché V. ZAMBRANO, *Il rinvio alle Camere del Presidente Mattarella della legge riguardante l'adozione di 'misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine anti persona e di munizioni e sub munizioni a grappolo': un'occasione per dare completa attuazione alla Convenzione di Ottawa?*, in *Osservatorio sulle fonti*, I, 2018. Non dissimile l'esperienza della Presidenza di Giorgio Napolitano: cfr., a tal proposito, G. SCACCIA, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015, 107 ss.; V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente*, Bologna, 2013, 62 ss.; D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, Milano, 2012, 107 ss. e spec. 112.

Ben più frequente, al contrario, si è rivelato il ricorso ai c.d. messaggi di accompagnamento: v., con particolare riguardo alla Presidenza Mattarella, D. CASANOVA - L. SPADACINI, *Il rinvio delle leggi nel primo settennato di Mattarella*, in *Il primo settennato di Sergio Mattarella. Dentro la Presidenza della Repubblica: fatti, atti, considerazioni*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Torino, 2022, spec. 185 ss.; G. LAURI, *La promulgazione*

Parlamento in seduta comune¹⁰, in occasione del giuramento prescritto ai sensi dell'art. 91 Cost.). Ora, senza voler indugiare, in questa sede, sulla qualificazione del fenomeno dell'esternazione presidenziale in termini di potere o di facoltà¹¹ (opzione, quest'ultima, che sembra comunque preferibile a chi scrive), ovvero sugli altri, numerosi profili, sui quali si è spesso soffermato il vastissimo dibattito dottrinale che si è occupato di questo tema¹², sembra sufficiente – al fine di chiarire quel peculiare nesso che lega il magistero costituzionale del Capo dello Stato alla categoria delle esternazioni informali – richiamare l'opinione di quanti hanno autorevolmente evidenziato come queste ultime possano dirsi, spesso, funzionali proprio ad una «rappresentazione dei bisogni o dei valori, generalmente condivisi dalla società civile, ai quali il Presidente

con motivazione contraria nel primo mandato di Sergio Mattarella. Un bilancio, al tempo del 'governo di tutti', in Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione, a cura di D. Paris, Napoli, 2022, 249 ss.; G. COSTA, Il controllo presidenziale sulla produzione normativa: la prima Presidenza Mattarella nella prassi repubblicana, in Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione, a cura di D. Paris, Napoli, 2022, spec. 222 ss.; nonché C. MERLANO, Quando il Presidente scrive. I messaggi 'di accompagnamento' del Capo dello Stato e le loro ricadute sugli equilibri istituzionali, in Osservatorio costituzionale, II, 2021; L. ABBRUZZO, Il ruolo del Presidente della Repubblica nella crisi del raccordo Governo-Parlamento: la promulgazione con motivazione, in federalismi.it, X, 2023, e D. CASANOVA, Una nuova promulgazione dissenziente: la lettera del Presidente della Repubblica in relazione alla legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe (l. n. 14/2023), in Osservatorio costituzionale, III, 2023, 187 ss. V., inoltre, G. RIVOSECCHI, Il Presidente della Repubblica tra poteri 'deformalizzati' e garanzia politica della Costituzione (breve riflessioni a margine di un volume curato da D. Paris), in Nomos. Le attualità nel diritto, I, 2024, spec. 5 ss.; nonché G. MENEGATTO, Qualche ulteriore riflessione in tema di promulgazione e rinvio parziali delle leggi di conversione dei decreti-legge: dall'altruismo istituzionale ad un'auspicabile riscoperta della leale cooperazione, in Consulta Online, II, 2023, 561 ss.

10 Per uno sguardo comparato, in ordine ai discorsi d'insediamento del Presidente della Repubblica italiana e del Presidente degli Stati Uniti d'America, cfr., di recente, G. MENEGATTO, *A Comparative Outlook on the Presidential Inaugural Addresses: the Italian and the U.S. Experiences*, in *Comparative Law and Global English for Legal Studies. A Law-Linguistic Journey*, a cura di G. Tieghi, con prefazione di G.F. Ferrari, Napoli, 2024, 213 ss.

11 Quanto alla prima opzione, v. già le pionieristiche riflessioni di G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio (appunti)*, in *Archivio Giuridico*, CLII, 1957, 19 ss.; ID., *Esternazioni presidenziali ed informazione del Capo dello Stato*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1971, 1494 ss.; ID., voce *Messaggio*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 146 ss.; nonché, solo a titolo esemplificativo, T. MARTINES, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano. Atti di un Convegno (Messina-Taormina, 25, 26 e 27 ottobre 1984)*, a cura di G. Silvestri, Milano, 1985, 135 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, in *Corr. giur.*, VII, 1991, 709 ss.; e, più di recente, M.C. GRISOLLA, *Le esternazioni presidenziali*, in *Rivista AIC*, I, 2011, 1 ss.; quanto alla seconda opzione, L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 218 ss. e spec. 221, là dove sottolinea che «nel manifestare in tutti questi modi i propri orientamenti, il Presidente non esercita infatti un vero e proprio 'potere', al quale conseguia alcun tipico effetto giuridico, ma esplica una mera 'facoltà', collocandosi ad un livello che in sé non può dirsi 'decisionale'». V., a tale ultimo riguardo, G. RIVOSECCHI, L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 165-242, in corso di pubblicazione negli Atti del ciclo di Seminari *Rileggere i Maestri* dell'Università di Roma Tre, spec. *sub* § 7, specificamente dedicato al potere di esternazione.

12 Per una ricostruzione esaustiva del quale è utile il rinvio a M. DOGLIANI, *Il «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna, 1997, 221 ss. e spec. 226 ss.

della Repubblica» – quale eminente «interprete degli interessi superiori della Nazione» e dei «fini costituzionali permanenti» – «offre (...) soddisfazione in un modo simbolico»¹³; e alla luce dei quali, assai di frequente, egli propone alla collettività, nonché (se non soprattutto) agli organi istituzionali portatori di indirizzo politico, anche una propria, autorevole lettura di quelle ‘sfide’ che contraddistinguono la contemporaneità e che ambedue gli anzidetti ‘destinatari’ sono chiamati – ciascuno nel proprio ambito e con un differente grado di responsabilità – a fronteggiare. E ciò, in fin dei conti, coerentemente con quel ruolo di «grande consigliere», «magistrato di persuasione e di influenza», «capo spirituale, più ancora che temporale, della Repubblica»¹⁴, che già la Relazione di Meuccio Ruini al progetto di Costituzione aveva attribuito al Capo dello Stato, non certo sulla base di un mero sfoggio retorico, bensì nel preciso intento di individuare un criterio orientativo, per quanto di portata generale, atto a caratterizzare (e, nel contempo, a limitare), da un punto di vista sostanziale, l’esercizio di molte delle funzioni presidenziali. Già da molto tempo, il dibattito costituzionalistico appare ben conscio della circostanza che, più di ogni altra attribuzione (in senso lato) del Presidente della Repubblica, il fenomeno delle esternazioni risenta assai sensibilmente dell’«enorme sviluppo che i mezzi di comunicazione hanno avuto negli anni più recenti»¹⁵, cui sono conseguiti, da una parte, «la radicale mutazione del destinatario»¹⁶ delle manifestazioni di pensiero presidenziali, rispetto agli (sin troppo angusti) originari intendimenti del Costituente; dall’altra, la sempre più agevole possibilità, per il Capo dello Stato, di «entrare in rapporto con un numero indeterminato di persone, non solo all’interno del Paese ma anche all’estero»¹⁷.

Peraltro, se tanto veniva predicato negli anni Ottanta del secolo scorso, essenzialmente dinanzi alla rapida evoluzione delle potenzialità insite nel mezzo radio-televisivo, è facile intuire come il recente sviluppo delle tecnologie digitali (e, dunque, in particolare, della rete *web* e dei *social networks*) e l’avvento dell’intelligenza artificiale non abbiano potuto – e non possano, nel prossimo futuro – lasciare indenni, sotto una pluralità di

13 L. PALADIN, voce *Presidente*, cit., 223: «Ma non potrebbe essere diversamente» – prosegue l’illustre costituzionalista –, «a pena d’impersonare il nulla, in luogo della Nazione nella sua unità; sicché la facoltà di manifestare determinati orientamenti diviene, se considerata nel complesso delle relative ‘esternazioni’, un vero e proprio dovere del Presidente».

14 ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, presentata alla Presidenza il 6 febbraio 1947; v., inoltre, ad esempio, anche ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di venerdì 12 settembre 1947*, e *Seduta pomeridiana di martedì 21 ottobre 1947*; nonché – sempre in ordine al ruolo di ‘influenza’ del Presidente della Repubblica – T. MARCHI, *Il Capo dello Stato*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, II, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, spec. 118; e G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, spec. 948.

15 In questi termini, M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Irresponsabilità del Capo dello Stato e controfirma ministeriale in Italia e in Francia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 94.

16 L. PALADIN, voce *Presidente*, cit., 220.

17 L. PALADIN, voce *Presidente*, cit., 220.

aspetti, la Presidenza della Repubblica¹⁸ e, nello specifico, il menzionato potere-facoltà di esternazione informale: si tratta, del resto, di un inevitabile condizionamento, che interpella non solo la quasi totalità degli organi costituzionali¹⁹ e di rilevanza costituzionale²⁰; ma anche, più in generale, come è stato condivisibilmente notato, le stesse categorie essenziali del diritto pubblico²¹: finendo, dunque, per atteggiarsi in termini di vero e proprio problema di diritto costituzionale, con ineludibili ricadute sugli attuali assetti della forma di governo²².

V'è da chiedersi, allora – limitatamente a quanto risulta di maggiore interesse ai fini di queste brevi riflessioni –, quale sia, oggi, il rapporto intercorrente tra le esternazioni del Capo dello Stato (soprattutto nella loro qualità di veicolo del magistero presidenziale) e la c.d. transizione digitale²³.

18 Ad esempio, D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei new media. Spunti a partire dalla prassi del Presidente Napolitano*, in *Giur. cost.*, II, 2010, 1949 s., sottolinea che «le nuove tecnologie coinvolgono il Presidente della Repubblica nella vita politica quasi quotidianamente e (...) da questa morsa è ben difficile, per quanto non impossibile, sottrarsi». V., inoltre, sul punto, ID., *Le esternazioni del Presidente della Repubblica nella rete delle nuove tecnologie*, in L. BRUSCUGLIA - R. ROMBOLI, *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie. Atti del Seminario congiunto tra il Dottorato in diritto privato e la Scuola di Dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali*. Pisa, 26 giugno 2009, Pisa, 2011, 187 ss.

19 È utile, a questo proposito, sin d'ora, il richiamo a *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, a cura di D. Chinni, Napoli, 2019; nonché a D. CHINNI - P. CARNEVALE, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*, in *'Liber Amicorum' per Pasquale Costanzo*, 25 novembre 2019, 1 ss.

20 Tra questi, hanno forse subito una minore influenza (pur non essendone, comunque, indenni) da parte della rivoluzione digitale in atto il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio supremo di difesa; non può certo dirsi lo stesso, invece, ad esempio, per il Consiglio di Stato (in particolare, quale organo di vertice della giustizia amministrativa) e per la Corte dei conti, se solo si pone mente, tra i tanti aspetti sui quali si potrebbe soffermare l'attenzione, all'avvento del processo telematico, nell'ambito dell'espletamento delle rispettive funzioni giurisdizionali.

21 P. FARAGUNA, *Il Presidente della Repubblica. Un'istituzione pesante alle prese con la leggerezza del web*, in *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, a cura di D. Chinni, Napoli, 2019, 61, ove rileva che «la rivoluzione digitale che stiamo vivendo lancia sulle categorie fondamentali del diritto pubblico sfide comparabili a quelle che furono proprie della rivoluzione industriale, e che trasformarono radicalmente l'assetto dei rapporti non solo economici, ma anche sociali e politici. Tuttavia, l'attenzione dedicata dagli studiosi di diritto pubblico agli effetti della rivoluzione in corso sembra tutt'altro che proporzionata all'enormità della trasformazione».

22 Come notano, infatti, D. CHINNI - P. CARNEVALE, *To be*, cit., 3, «d'attività degli organi costituzionali sul web deve essere studiata dai costituzionalisti, perché non è attività giuridicamente e costituzionalmente indifferente. Sino ad oggi, invece, l'avvento di *Internet* è stato studiato soprattutto sul versante dei diritti – ovvero sulle conseguenze che la Rete ha sulla loro estensione o compressione, quando non sulla loro prima manifestazione – trascurando così l'altro ambito tipico del costituzionalismo moderno, la forma di governo. Eppure, l'essere *online* può avere un impatto di non poco momento sulle modalità e sugli effetti delle attività dell'organo costituzionale». «La presenza sul *web*», invero, «può determinare (...) una decisa influenza sul ruolo che ciascun organo costituzionale è chiamato a giocare all'interno della forma di governo (...)».

23 Un tema, quello della transizione digitale, che abbraccia (e sfida) non solo il diritto costituzionale (tra l'altro, sotto diversi punti di vista: dalla forma di Stato, alla forma di governo, fino ad arrivare alla

Si tratta di un rapporto che, a parere di chi scrive, può essere indagato sotto un duplice angolo visuale, come pare utile chiarire, sin da subito. Da un lato, analizzando quei discorsi e quei messaggi provenienti dal Presidente della Repubblica che presentano, quale proprio *oggetto* (precipuo o semplicemente incidentale), i temi della trasformazione tecnologica e delle sfide riconducibili all'avvento dell'intelligenza artificiale: dunque, apprezzando, da un punto di vista essenzialmente contenutistico – o, se si preferisce, di merito – le esternazioni rese *in subiecta materia*, cercando, peraltro, di individuarne una possibile catalogazione, attraverso la ricognizione di taluni *tópoi* ricorrenti; d'altro lato, tentando di comprendere in quale modo tale transizione tecnologica abbia inciso – e continui, incessantemente, ad incidere – sulla pedagogia presidenziale dal punto di vista non soltanto della *diffusione* delle esternazioni, ma anche delle stesse *modalità di ideazione e realizzazione* delle medesime. Si procederà, così, dapprima, ad un apprezzamento della transizione digitale *nel* magistero costituzionale del Presidente della Repubblica; quindi – con un capovolgimento dei termini anzidetti –, ad un'analisi del magistero costituzionale del Presidente della Repubblica *nella* transizione digitale.

2. La transizione digitale nel magistero presidenziale: il punto di vista del contenuto delle esternazioni.

Prendendo le mosse dal primo aspetto, cui si è or ora fatto cenno, va segnalato come risultino effettivamente numerose le occasioni, nell'ambito delle quali il Presidente della Repubblica ha avuto modo, nell'esercizio del suo potere-facoltà di esternazione, di soffermarsi su tematiche attinenti alla transizione tecnologica, al fine (o con l'effetto)

giustizia costituzionale), ma le più eterogenee manifestazioni del fenomeno giuridico: v., solo a titolo esemplificativo (la letteratura sul punto è, infatti, ormai sterminata), per quanto concerne il primo ambito, *Diritti di libertà e nuove tecnologie*, numero monografico di *Diritto costituzionale*, a cura di A. Morelli, I, 2023; T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, 2021; B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, ora in *Id.*, *Lecture di diritto costituzionale*, Torino, 2020, 55 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie. Una mappa del dibattito italiano*, in *Journal of Institutional Studies*, II, 2020, 395 ss.; mentre, per quel che riguarda altri settori della scienza giuridica, F. CONTE, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in *federalismi.it*, XI, 2023, 54 ss.; D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, VII, 2022, 103 ss. (diritto amministrativo); D. CALDERARA, *La transizione digitale: il patto di lavoro agile, la gestione algoritmica del lavoro e gli obblighi informativi trasparenti*, in *federalismi.it*, XXV, 2023, 150 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *federalismi.it*, IX, 2022, 129 ss. (diritto del lavoro); L. DEL FEDERICO, *Riaffermazione e modernizzazione dei diritti dei contribuenti nella trasformazione digitale*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, I, 2024, 1 ss.; E. MARELLO, *La digitalizzazione del sistema tributario*, in *Rivista di Diritto Tributario (supplemento online)*, 16 gennaio 2024 (diritto tributario). V., inoltre, da ultimo e ampiamente, *Le transizioni e il diritto. Atti delle giornate di studio 21-22 settembre 2023*, a cura di S. Franca, A. Porcari e S. Sulmicelli, Trento, 2024, con contributi dedicati ai più diversi settori della scienza giuridica.

di offrirne, come si è detto in apertura, una lettura ‘costituzionalmente orientata’²⁴: vale a dire, appunto, illuminata dai principi essenziali che informano la Carta costituzionale, la quale, naturalmente – concepita e redatta in un tempo oramai lontano, improntato alle categorie dell’*analogico*, e non certo a quelle del *tecnologico* –, non poteva prevedere, al pari delle altre Leggi fondamentali, europee ed extra-europee, ad essa coeve, il sorprendente grado di progresso cui il sapere tecnico sarebbe pervenuto negli anni a venire e la conseguente influenza che i frutti di quest’ultimo sapere avrebbero finito per esercitare nel campo dei diritti fondamentali o delle dinamiche istituzionali, nazionali e sovranazionali. Basti pensare, allora, che, soltanto nel corso del suo secondo mandato (dunque, a partire dal 2022), il Presidente Mattarella ha utilizzato l’espressione «intelligenza artificiale», nell’ambito di discorsi o messaggi, resi nelle occasioni più disparate, ben ventotto volte²⁵; mentre si è esplicitamente riferito

24 Ha utilizzato questa espressione – con riguardo al tema dell’intelligenza artificiale – C. CASONATO, *Per una intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D’Aloia, Milano, 2020, 131 ss.

25 Si tratta, in particolare, delle seguenti esternazioni: *Intervento del Presidente della Repubblica alla cerimonia in occasione del venticinquesimo anniversario dell’Osservatorio Permanente Giovani-Editori*, 15 novembre 2024; *‘Lectio magistralis’ del Presidente della Repubblica italiana Sergio Mattarella all’Università Beida di Pechino*, 9 novembre 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di apertura del 3° Festival delle Regioni e delle Province autonome dal titolo ‘La Regione del futuro tra digitale e green: quali competenze per azzerare le distanze?’*, 20 ottobre 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell’incontro con le agenzie di stampa europee (European Alliance of New Agencies - EANA)*, 3 ottobre 2024; *Intervento del Presidente Mattarella al Festival del pensare contemporaneo*, 24 settembre 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al XVII Simposio COTEC Europa ‘Sovranità tecnologica’*, 20 settembre 2024; *Testo inviato alla tavola rotonda sul diritto umanitario di Sanremo organizzato dall’Istituto internazionale di diritto umanitario di Sanremo*, 12 settembre 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, in videoconferenza, alla 50° edizione del Forum Ambrosetti di Cernobbio*, 6 settembre 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla 22° riunione dei Presidenti delle Camere basse dei Parlamenti del G7*, 5 settembre 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica alla cerimonia di apertura della 50° edizione della Settimana sociale dei cattolici in Italia*, 3 luglio 2024; *Brindisi del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione del pranzo offerto al vertice dei leader G7*, 13 giugno 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della visita al sistema agroalimentare del distretto del cosentino nella celebrazione della Festa del lavoro*, 30 aprile 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nell’incontro con i rappresentanti delle Accademie nazionali delle scienze dei Paesi del G7, in occasione del S7 + SSH7 Academic Summit*, 11 aprile 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell’incontro con una rappresentanza della Polizia di Stato, nel 172° anniversario della sua costituzione*, 9 aprile 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia d’inaugurazione dell’anno accademico 2023/2024 dell’Università degli Studi del Piemonte Orientale*, 16 gennaio 2024; *Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella*, 31 dicembre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia per lo scambio degli auguri di fine anno con i rappresentanti delle istituzioni, delle forze politiche e della società civile*, 20 dicembre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla XVI Conferenza delle ambasciatrici e degli ambasciatori d’Italia*, 18 dicembre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia per lo scambio degli auguri di fine anno con il corpo diplomatico*, 15 dicembre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell’incontro con i membri del Comitato di monitoraggio dell’assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa*, 4 dicembre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia di conclusione del seminario: ‘Direzione 4.0: collaborazione su istruzione e innovazione per la trasformazione dell’industria dell’Uzbekistan’*, 10 novembre 2023; *Brindisi del Presidente della Repubblica italiana in occasione della visita di Stato in Corea*, 8 novembre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia di celebrazione de ‘I giorni della ricerca’*,

alla «transizione digitale» in un numero comunque consistente di casi (tredici)²⁶: il che denota un'indiscutibile attenzione del Capo dello Stato nei riguardi delle epocali sfide che tali fenomeni pongono dinanzi al tempo che stiamo vivendo, nella prospettiva di richiamare su di essi l'attenzione tanto della pubblica opinione, quanto – soprattutto – dei soggetti istituzionali portatori di responsabilità politiche. A questo proposito – comunque limitando la presente indagine alle esternazioni presidenziali più recenti –, sembra possibile enucleare, essenzialmente, tre principali filoni macro-tematici, in ordine ai quali il Presidente della Repubblica sembra insistere particolarmente.

a. Il primo di essi si inserisce nell'ambito di un *fil rouge* assai caro al Presidente Mattarella²⁷: vale a dire, la valorizzazione del *principio personalista*²⁸, che, come è noto, rappresenta il cuore pulsante che anima e permea la Costituzione repubblicana,

30 ottobre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di consegna delle insegne di Cavaliere dell'Ordine 'Al merito del lavoro' ai Cavalieri del lavoro nominati il 2 giugno 2023*, 18 ottobre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla giornata conclusiva della 44ª edizione del Meeting per l'amicizia tra i popoli - 'L'esistenza umana è un'amicizia inesauribile'*, 25 agosto 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Distretto della mecatronica di Reggio Emilia in occasione della celebrazione della 'Festa del lavoro'*, 29 aprile 2023; *Il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella risponde alle domande di una rappresentanza di studenti delle scuole ambasciatrici del Parlamento europeo*, 5 maggio 2022; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al XV Simposio COTEC Europa 'Culture meets innovation'*, 4 maggio 2022. Il dato è aggiornato al 22 novembre 2024.

26 Di seguito, nello specifico, le occasioni, nelle quali il Capo dello Stato si è riferito espressamente al fenomeno della transizione digitale: *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di apertura del 3° Festival delle Regioni e delle Province autonome dal titolo 'La Regione del futuro tra digitale e green: quali competenze per azzerare le distanze?'*, 20 ottobre 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al XVII Simposio COTEC Europa 'Sovranità tecnologica'*, 20 settembre 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea generale di Confcommercio*, 12 giugno 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della visita al sistema agroalimentare del distretto del cosentino nella celebrazione della Festa del lavoro*, 30 aprile 2024; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia per lo scambio degli auguri di fine anno con i rappresentanti delle istituzioni, delle forze politiche e della società civile*, 20 dicembre 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di consegna delle insegne di Cavaliere dell'ordine 'Al merito del lavoro' ai Cavalieri del lavoro nominati il 2 giugno 2023*, 18 ottobre 2023; *'Lectio magistralis' del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella dal titolo: 'America latina ed Europa: due continenti uniti per la pace, la democrazia, lo sviluppo'*, 5 luglio 2023; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al XVI Simposio Cotec Europa 'Innovazione nella finanza sostenibile'*, 27 giugno 2023; *Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella*, 31 dicembre 2022; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea nazionale ANCI*, 22 dicembre 2022; *Il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella risponde alle domande di una rappresentanza di studenti delle scuole ambasciatrici del Parlamento europeo*, 5 maggio 2022; *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Istituto Salesiano 'G. Bearzi'*, 29 aprile 2022; *Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento*, 3 febbraio 2022. Il dato è aggiornato al 22 novembre 2024.

27 V., appunto, P. ADDIS, *Il principio*, cit., 323 ss., il quale nota che il magistero costituzionale del Presidente Mattarella, oltre ad aver sovente analizzato le «origini storiche del principio personalista» (in particolare, attraverso il frequente richiamo «alla Resistenza e alla trasposizione dei suoi principi e dei suoi valori nel testo costituzionale»: 326), ha, altresì, fornito «una lettura molto attenta alle differenze di cui tutti gli individui sono portatori» (328), ed ha espresso, in più di un'occasione, «un *caveat* nei confronti di un individualismo esasperato» (329).

28 In ordine al quale cfr., da ultimo, l'accurata analisi di E. CATERINA, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023.

non già soltanto in seno a singole disposizioni (emblematico, a tale riguardo, il caso dell'art. 2⁹), ma nella sua struttura complessiva³⁰, collocandosi in una posizione di vera e propria «eccedenza assiologica»³¹, oltre che di assoluta preminenza³², nell'ambito del catalogo dei principi fondamentali costituzionalmente riconosciuti. Protagonista indiscusso del dibattito costituente³³ e spesso richiamato dalla giurisprudenza costituzionale³⁴, il principio personalista viene declinato, nel contesto delle esternazioni presidenziali rilevanti nel caso di specie, nella prospettiva di

29 In ordine alla genesi dell'art. 2 Cost. e al principio personalista, è possibile rinviare ad A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 50 ss., il quale, come è noto, ne accoglie la configurazione in termini di 'fattispecie aperta'; nonché ad E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Milano-Torino, 2006, 38 ss.; P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2017, 83 ss.; A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino, 2011, 274 ss.; e, da ultimo, E. LAMARQUE, *Il principio personalista*, in *Trattato di diritto costituzionale italiano. I principi fondamentali*, II, a cura di M. Benvenuti e R. Bifulco, Torino, 2024, 107 ss.

30 Lo ha efficacemente ricordato A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, XVII, 2013, 1 ss. e spec. 3, il quale rileva, in apertura, che «il c.d. 'principio personalista' (...) in realtà non è un 'principio' al pari degli altri che pure sono a fondamento dell'ordine repubblicano; semmai, è il principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi. Di qui, poi, la conseguenza per cui non v'è, non può esservi una sola norma che in sé racchiuda ed esprima il 'principio' in parola; la qual cosa, sarebbe la negazione della sua naturale, incomprimibile attitudine a pervadere l'intero campo costituzionale lasciando in ogni sua parte (e persino nei suoi ambiti più reconditi) il segno marcato della propria *vis* qualificatoria e prescrittiva».

31 L'espressione è, ancora una volta, di A. RUGGERI, *Il principio*, cit., 3.

32 V., ad esempio, a tale proposito, E. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in *I diritti umani. Dottrina e prassi*, a cura di G. Concetti, Roma, 1982, 695, là dove si riferisce al principio personalista come al «primo dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali del mondo occidentale».

33 Si pensi soltanto, a questo riguardo, ai memorabili interventi dell'on. Aldo Moro in Assemblea costituente, circa la centralità che la persona umana sarebbe stata chiamata ad assumere nell'ambito dell'assetto ordinamentale che ci si apprestava a configurare, mediante la stesura e l'approvazione della Costituzione repubblicana: v., ad esempio, ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di giovedì 13 marzo 1947*, nel corso della quale Moro – dopo aver chiarito che «il volto» della neonata Repubblica italiana avrebbe dovuto essere definito «in senso largamente umano» – rileva che «Uno Stato non è veramente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona umana, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità»; o, ancora, ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta pomeridiana di lunedì 24 marzo 1947*. Cfr., per ulteriori richiami sul punto, G. MENEGATTO, *Papa Giovanni, lo 'Stato del valore umano' di Aldo Moro e la Costituzione*, in *Lettera enciclica di Giovanni XXIII 'Pacem in terris'. Costituzioni e Carte dei diritti*, a cura di M. Bertolissi, con prefazione di A. Melloni e nota introduttiva di R. Ciambetti, Napoli, 2023, 323 ss., consultabile anche in *dirittifondamenti.it*, III, 2023, 185 ss.

34 Cfr., *ex multis*, già Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11, nonché Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366; 19 dicembre 1991, n. 467; 3 febbraio 1994, n. 13; 17 luglio 2000, n. 293; ovvero, più di recente, Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, là dove si legge che il «principio personalista, affermato anzitutto dall'art. 2 Cost., (...) tutela la persona non solo nella sua dimensione individuale, ma anche nell'ambito dei rapporti in cui si sviluppa la sua personalità: rapporti che richiedono senz'altro il rispetto reciproco dei diritti, ma che si alimentano anche grazie a gesti di solidarietà (...)».

mettere in luce l'esigenza che le nuove tecnologie vengano sviluppate e utilizzate in modo tale da non perdere mai di vista la centralità della persona umana e la sua irriducibile dignità. Così, ad esempio, di recente, il Presidente Mattarella – dopo aver ricordato che, «nell'ambito della transizione digitale, l'attenzione tende a concentrarsi» sul fenomeno dell'intelligenza artificiale, la quale, nell'opinione di molti, sarebbe pericolosamente «destinata a surrogare le capacità intellettive proprie degli esseri umani»; e dopo aver sottolineato i rilevanti «interrogativi (...) di natura etica», che non possono non discendere da uno scenario di questo genere (ad esempio: «quali decisioni devono rimanere saldamente nelle mani delle persone e quali possono essere affidate o delegate a un supercalcolatore?») – ha fermamente ribadito, in piena coerenza con il menzionato principio personalista e con i suoi corollari di rilievo costituzionale, «l'esigenza di un sistema adeguato di *governance*, che favorisca lo sviluppo dell'Intelligenza Artificiale» e che, al contempo, assicuri che la medesima «venga utilizzata per affermare e non per violare la dignità umana», insistendo, tra l'altro, sulla «irripetibilità di ogni singola persona» e «di ogni situazione di vita»³⁵. Ancora, in modo non dissimile, il Capo dello Stato ha evidenziato la necessità che si stabilizzi, nell'ambito della comunità internazionale, «un dibattito aperto e inclusivo, che approfondisca il nostro rapporto con innovazioni tanto straordinarie», rilevando come da ciò dipendano, da un lato, «la stessa possibilità di assicurare al mondo intero uno sviluppo autenticamente umano e integrale»; d'altro lato, l'irrinunciabile preservazione, in tutti i contesti, «della dignità di ogni donna e ogni uomo»: infatti – ha notato, ancora, il Presidente della Repubblica –, «a differenza di quella artificiale, l'intelligenza dell'essere umano è illuminata dalla coscienza; e, insieme, intelligenza e coscienza esprimono una singolare capacità creativa, nell'ambito della ricerca scientifica»³⁶, che non può – e non deve – essere sopraffatta da strumenti tecnologici eccessivamente pervasivi.

35 *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di apertura del 3° Festival delle Regioni e delle Province autonome dal titolo 'La Regione del futuro tra digitale e green: quali competenze per azzerare le distanze?'*, 20 ottobre 2024.

36 *Messaggio del Presidente Mattarella a Papa Francesco per la 75^a Giornata mondiale della pace*, 2 gennaio 2024. V., ancora, sempre nell'ambito di questo primo filone tematico, *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della visita al sistema agroalimentare del distretto del cosentino nella celebrazione della Festa del lavoro*, 30 aprile 2024, ove il Capo dello Stato ha ricordato che «viene, da taluno, ipotizzata, più che la liberazione dalla fatica, la sostituzione dell'imperfezione umana con macchine e tecnologie, sino all'intelligenza artificiale, ritenuta in grado di azzerare ogni errore. In realtà, in quella prospettiva, in quella falsa prospettiva, si configura la rimozione dell'immenso e insostituibile valore della creatività. Uno scenario che raffigura una limitazione alla libertà della persona umana nel suo profilo più affascinante: il suo pensiero, la sua opera»; nonché *Intervento del Presidente della Repubblica alla cerimonia in occasione del venticinquesimo anniversario dell'Osservatorio Permanente Giovani-Editori*, 15 novembre 2024: «Se saremo in grado di impiegare queste straordinarie potenzialità, che le innovazioni ci consentono, per affrontare le transizioni necessarie a garantirci un futuro sostenibile e inclusivo, per combattere disuguaglianze e povertà economiche e sociali, e anche le povertà culturali, per perseguire il benessere individuale e sociale e la convivenza pacifica, allora sì l'intelligenza artificiale e tutte le altre applicazioni saranno al servizio dell'umanità. Tuttavia,

Come si vede, fornire una lettura ‘conforme a Costituzione’ di fenomeni che hanno fatto prepotentemente irruzione sulla scena della contemporaneità – e che i Costituenti, in tutta evidenza, non potevano, nemmeno lontanamente, immaginare – significa, essenzialmente, ‘servirsi’ dei principi cristallizzati in seno alla Carta, proiettandoli nel tempo presente ed utilizzandoli come una sorta di direttrice di marcia, al fine di orientare i fenomeni in atto, facendo sì che i medesimi si evolvano in modo coerente rispetto a quella cornice valoriale che permea di sé le fondamenta dell’ordinamento statale: in questo caso, allora, il Presidente della Repubblica, nell’ambito del proprio magistero costituzionale, si preoccupa – con chiari intenti pedagogici – di richiamare i cittadini e gli attori istituzionali all’esigenza che lo sviluppo dell’intelligenza artificiale, pur dotato di enormi potenzialità (molte delle quali assai positive ed incoraggianti), non tradisca quella base assiologica e, in particolare, non metta mai a repentaglio il valore assoluto della persona umana, che merita di essere preservato al massimo grado, secondo gli indirizzi espressi già nel corso dei lavori preparatori.

- b. Il secondo filone tematico, lungo cui si articola la pedagogia presidenziale in materia di transizione digitale, si inserisce a pieno titolo in quel processo che, in particolare nel corso dell’ultimo ventennio³⁷, ha condotto il Capo dello Stato a divenire, da ‘semplice’ custode della Costituzione repubblicana – *rectius*: proprio *in quanto* custode della Costituzione repubblicana –, anche garante dell’integrazione europea e, nello specifico, dell’appartenenza (non solo meramente formale, ma fattiva e sostanzialmente inderogabile) dell’Italia all’Unione europea³⁸, al punto da condurre taluni commentatori a discorrere di una vera e propria «politica europea del Presidente»³⁹, ovvero, in alternativa, di un autentico «europeismo presidenziale»⁴⁰.

A tale proposito, il Presidente Mattarella si è soffermato, di frequente, sul ruolo cruciale rivestito proprio dalle istituzioni dell’*Unione europea* nel campo dell’innovazione tecnologica e, in particolare, dell’intelligenza artificiale; ed ha, altresì, evidenziato

sappiamo, ce lo siamo già detti poc’anzi (...) che l’obiettivo principale deve essere quello di sviluppare l’intelligenza umana, quella delle persone perché (...) lì questa si accompagna a consapevolezza e coscienza, quella di cui le macchine sono prive, per quanto perfezionate, e straordinariamente veloci ed efficienti».

37 V., infatti, già S. BARTOLE, *Il Capo dello Stato e l’Europa*, in *Quad. cost.*, I, 2003, 5 ss.

38 Sul punto, v., ampiamente, M. FERRARA, *Capo dello Stato vincoli europei e obblighi internazionali. Nuove mappe della garanzia presidenziale*, Napoli, 2019; nonché G. PICCIRILLI, *Il ruolo europeo del Presidente della Repubblica*, in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, a cura di R. Ibrido e N. Lupo, Bologna, 2019, 387 ss.; e, con particolare riguardo alla Presidenza Mattarella, A. CARMINATI - N. MACCABIANI, *La prassi del ‘primo’ Mattarella nei rapporti sovranazionali e internazionali*, in *Costituzionalismo.it*, II, 2022, spec. 28 ss.; N. MACCABIANI, *Il Presidente e l’Europa*, in *Il primo settennato di Sergio Mattarella. Dentro la Presidenza della Repubblica: fatti, atti, considerazioni*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Torino, 2022, 251 ss.; e F. FABBRINI, *Il Presidente della Repubblica e l’Unione europea*, in *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, a cura di D. Paris, Napoli, 2022, 283 ss.

39 V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La repubblica*, cit., 138.

40 A. CARMINATI - N. MACCABIANI, *La prassi*, cit., 28.

L'opportunità che gli Stati membri – superando divergenze troppo spesso ravvisabili, sul piano della formazione e dell'attuazione delle politiche comunitarie – sappiano rendersi protagonisti di un impegno comune, nella prospettiva di permettere all'Unione, nel suo insieme, di concorrere efficacemente con le superpotenze mondiali, sulla scena internazionale, nel settore dell'avanzamento tecnologico: cosa che, in tutta evidenza, non sarebbe praticabile, ove prevalessero l'isolamento nazionale e la parcellizzazione delle interlocuzioni. Così, sotto il primo profilo, il Capo dello Stato ha salutato con estremo favore l'approvazione – primo e unico caso su scala mondiale – di un regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale⁴¹: «attraverso la normativa sull'Intelligenza Artificiale» – ha rilevato, qualche mese fa, il Presidente della Repubblica –, l'Unione ha pionieristicamente apprestato «il primo quadro giuridico in assoluto sul tema, che affronta i rischi per l'esercizio della libertà dei cittadini insiti in questi strumenti e pone l'Europa in una posizione di avanguardia, di *leadership* a livello mondiale»; e ha qualificato un tale risultato – al pari di altri, comunque di non scarso rilievo⁴² – come «un esempio del valore dell'Unione, capace di affermare modelli e *standard* a livello internazionale»⁴³. Mentre, per quel che concerne il secondo aspetto, il Presidente Mattarella – dopo aver ricordato come, al giorno d'oggi, la «supremazia tecnologica» costituisca, sempre più, «una componente rilevante nel rapporto tra gli Stati» – ha sottolineato l'esigenza che «l'Europa», da questo punto di vista, riorienti «profondamente i suoi sforzi collettivi per colmare il divario di innovazione» attualmente sussistente (in specie, se si ha riguardo ai

41 V., ad esempio, tra i più recenti commenti apparsi sul punto, A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *federalismi.it*, XXV, 2023, 133 ss.; EAD., *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale. Un treno al traguardo con alcuni vagoni rimasti fermi*, in *federalismi.it*, XXV, 2024, 231 ss.; F.M. MANCIOPPI, *La regolamentazione dell'intelligenza artificiale come opzione per la salvaguardia dei valori fondamentali dell'UE*, in *federalismi.it*, VII, 2024, 112 ss.; G. RUGANI, *La 'legge sull'intelligenza artificiale' dell'UE come punto di arrivo e di partenza dei processi di co-regolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, I, 2024, 509 ss.; G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, in *Rivista AIC*, II, 2024, spec. 88 ss.; nonché, *amplius*, *Introduzione e note di sintesi al Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (testo ufficiale e integrale)*, a cura di E. Maestri, Napoli, 2024, e il *forum* dal titolo *Il Regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Rivista 'Gruppo di Pisa'*, II, 2024, 199 ss.

42 V., ad esempio, l'*Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di consegna delle insegne di Cavaliere dell'ordine 'Al merito del lavoro' ai Cavalieri del lavoro nominati il 2 giugno 2023*, 18 ottobre 2023, nel corso del quale il Capo dello Stato ha ricordato che «L'Unione europea (...) ha voluto anche dotarsi dell'ambizione di guardare all'innovazione traducendola in una solida base industriale. È il caso del *Chips Act* con cui si propone di portare la produzione di *chips* e semiconduttori al 20% di quella mondiale, con investimenti che puntano a oltre 100 miliardi di euro».

43 *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al XVII Simposio COTEC Europa 'Sovranità tecnologica'*, 20 settembre 2024. Ma la rivoluzionaria normativa in materia di intelligenza artificiale non costituisce, come si è già accennato, un *unicum* nel vasto campo delle politiche apprestate, nei più diversi ambiti, dall'Unione europea, in materia di transizione digitale. Chiarisce, infatti, il Capo dello Stato che, oltre all'*A.I. Act* e al citato Regolamento in materia di *microchips*, «l'Unione ha adottato nello scorso marzo il Regolamento sulle materie prime critiche, per porre al sicuro questa ed altre catene di approvvigionamento strategiche» (*ibidem*).

livelli raggiunti da Stati Uniti e Cina⁴⁴) nel settore delle tecnologie emergenti, così da poter «competere a parità di condizioni» a livello globale, dando vita, ad esempio, «a ‘campioni’ europei», che siano «espressione di sovranità condivisa»⁴⁵.

Si tratta, certo, soltanto di qualche estemporaneo esempio, che tuttavia pare inserirsi, in modo senz'altro coerente ed armonico, nell'alveo di quella «retorica costituzionale», «volta a promuovere il senso di appartenenza dell'Italia al progetto d'integrazione europeo»⁴⁶, che ha contrassegnato, nel corso degli ultimi tempi, una larghissima fetta delle esternazioni rese da parte dei Presidenti della Repubblica: appartenenza, che, nell'ambito del ristretto campo d'indagine di cui ci si sta occupando in questa sede, si declina, essenzialmente, per un verso, come promozione e valorizzazione delle ambiziose politiche comunitarie attuate nel settore *de quo*; per altro verso, come particolare insistenza in ordine alla consapevolezza che, soltanto lavorando in sinergia con gli altri Stati dell'Unione europea, l'Italia potrà affrontare con successo una rivoluzione tecnologica troppo grande, troppo complessa, troppo diromponente, da poter essere efficacemente fronteggiata 'in solitaria'.

- c. Infine, l'ultimo dei tre filoni tematici che – senza alcuna pretesa di esaustività – si è inteso delineare, per il mezzo di taluni richiami, in queste pagine, attiene, invece, probabilmente, alla più classica delle configurazioni presidenziali in termini di «custode della Costituzione»⁴⁷: con la conseguenza che, a fronte di una tale circostanza,

44 In particolare, di recente, il Presidente Mattarella ha auspicato una sempre più serrata cooperazione tra quest'ultima superpotenza e l'Italia, proprio nel campo dell'innovazione tecnologica. V., infatti, *Lectio magistralis del Presidente della Repubblica italiana Sergio Mattarella all'Università Beida di Pechino*, 9 novembre 2024, ove il Capo dello Stato ha rilevato che, «Posando lo sguardo sulle sfide (...) dell'impiego etico e responsabile dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie nuove, riteniamo che il dialogo tra Pechino e Roma sia oggi più importante che mai, per promuovere, insieme, soluzioni efficaci e lungimiranti (...). Cina e Italia si sono dotate di un 'Piano d'azione' rinnovato in occasione della visita recente, a fine luglio, della Presidente del Consiglio dei ministri italiano. Un Piano che prevede una cooperazione più intensa, concreta e articolata in numerosi settori di comune interesse, scienza, tecnologia e cultura incluse».

45 «Sovranità tecnologica», che – precisa il Presidente della Repubblica – «non significa chiusura, arroccamento o protezionismo, atteggiamenti che finirebbero per indebolire e per marginalizzare ulteriormente l'Europa e tutti gli Stati dell'Unione europea»: v., ancora, *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al XVII Simposio COTEC Europa 'Sovranità tecnologica'*, 20 settembre 2024; nonché *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al XVI Simposio Cotec Europa 'Innovazione nella finanza sostenibile'*, 27 giugno 2023.

46 F. FABBRINI, *Il Presidente*, cit., 287; v., a tale riguardo, anche 299, ove si rileva che «Nella (...) retorica e nelle (...) azioni (...), gli ultimi tre Presidenti della Repubblica hanno coerentemente promosso un'identità europea, figlia del patrimonio costituzionale comune, e si sono adoperati (...) al fine di assicurare la piena appartenenza dell'Italia all'UE».

47 L'espressione – risalente a C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981 – ebbe particolare fortuna in sede di Assemblea costituente, negli atti della quale è possibile rinvenirla assai di frequente: v., ad esempio, ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*; nonché gli interventi dell'on. La Rocca in *Seduta di venerdì 12 settembre 1947*; dell'on. Benvenuti e dell'on. Dominedò in *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*; dell'on. Bozzi e dell'on. Tosato in *Seduta antimeridiana di giovedì 23 ottobre 1947*. In dottrina, v., solo a titolo esemplificativo, tra i primi commentatori a richiamare questa felice locuzione, T. MARCHI, *Il Capo*, cit., spec. 121; e A.M. SANDULLI, *Il*

sembra opportuno darne conto in chiusura del presente paragrafo, a mo' di categoria che – rispetto alle due *species* sopra richiamate (comunque, senz'altro riconducibili alla configurazione garantistica del ruolo del Capo dello Stato, sebbene limitatamente ad ambiti più contingentati: principio personalista e integrazione europea) – presenta, nella maggiore varietà dei suoi contenuti, un carattere essenzialmente residuale. Si sta alludendo a quelle esternazioni informali, in occasione delle quali il Presidente della Repubblica ha avuto modo di mettere in evidenza i *rischi*, suscettibili di derivare da queste nuove frontiere dello sviluppo tecnologico, specie in considerazione degli usi distorti che se ne possono fare e degli esiti potenzialmente incontrollabili che ne possono conseguire. Del resto, se è vero che 'custode' è non solo chi sorveglia sui beni sottoposti alla sua vigilanza, ma anche, necessariamente, colui che quegli stessi beni protegge dalle minacce, cui i medesimi possono essere esposti; dovrebbe risultare chiaro come compito precipuo del Presidente della Repubblica, nella sua veste di 'custode' della Legge fondamentale, sia anche quello di sensibilizzare, in un'ottica *lato sensu* preventiva, la pubblica opinione in ordine alle insidie – per alcuni basilari valori, di preminente rilevanza costituzionale –, che potrebbero celarsi dietro a fenomeni (in buona parte, ancora ignoti) come, appunto, la transizione digitale e l'intelligenza artificiale. Ad esempio, allora – in un contesto formato da società che, in misura sempre maggiore, si configurano quali «società del rischio» –, il Capo dello Stato ha ritenuto opportuno «interrogarsi sul futuro della democrazia e sui compiti che le sono affidati», dal momento che, oggi, «a elementi critici conosciuti, che mettono» a repentaglio «la vita degli Stati e delle comunità» democratiche, «si aggiungono nuovi rischi epocali: quelli ambientali e climatici, sanitari, finanziari», nonché – appunto – le «sfide indotte dalla digitalizzazione e dall'intelligenza artificiale»⁴⁸. Sfide, le quali, se possono, senza dubbio alcuno, «rappresentare un consistente moltiplicatore di ricchezza, apportando benefici in numerosi ambiti», sono, altresì, suscettibili di condurre – è il monito del Presidente della Repubblica – ad un innalzamento delle «già alte barriere della disegualianza (...), contribuendo ad ancora più consistenti fenomeni di emarginazione e ai conseguenti rischi per la coesione delle nostre comunità». Per non parlare – prosegue il Capo dello Stato – dei «pericoli legati all'utilizzo dell'intelligenza artificiale per mettere a punto sistemi d'arma sempre più distruttivi e per incitare all'odio e all'intolleranza»: di qui, la necessità che l'utilizzo di tali innovazioni tecnologiche si nutra «prioritariamente del valore della pace e della giustizia, in modo da assicurare prosperità e benessere a beneficio di tutti»⁴⁹.

Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, III, 1950, poi confluito in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti. Volume Quarto. Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, 1950, spec. 222.

48 *Intervento del Presidente della Repubblica alla cerimonia di apertura della 50^a edizione della Settimana sociale dei cattolici in Italia*, 3 luglio 2024.

49 *Messaggio del Presidente Mattarella a Papa Francesco per la 75^a Giornata mondiale della pace*, 2 gennaio 2024: «È essenziale il richiamo (...) a vigilare e operare affinché la produzione e l'utilizzo delle nuove

Ci si è limitati, evidentemente, soltanto ad alcuni, essenziali richiami: dai quali, tuttavia, sembra emergere con sufficiente nitore quella sorta di ‘spirito protettivo’ che anima il magistero costituzionale del Presidente della Repubblica; e che si traduce, come si è detto, anche nell’urgenza – per chi, in quanto custode della Carta, è eminentemente chiamato a salvaguardarne il contenuto da potenziali insidie – di richiamare l’attenzione dell’opinione pubblica e delle istituzioni sui pericoli, cui i più basilari principi costituzionali – si pensi all’idea stessa di democrazia; alla coesione sociale; all’eguaglianza; alla solidarietà; al ripudio delle guerre, solo per citare quelli emergenti dai passi delle esternazioni presidenziali appena evocati – possono essere esposti, in ragione dei fenomeni più disparati: tra i quali, appunto, quelli legati alla rivoluzione tecnologica in atto e all’emersione dell’intelligenza artificiale.

3. *Il magistero presidenziale nella transizione digitale: il punto di vista degli strumenti di diffusione e delle modalità di ideazione e realizzazione delle esternazioni.*

Il secondo ‘punto di contatto’ tra il fenomeno delle esternazioni informali del Capo dello Stato – in particolare, come si è già ricordato varie volte, quelle a contenuto *lato sensu* pedagogico – e la transizione digitale in atto è rappresentato dall’utilizzo, sempre più significativo (sia dal punto di vista quantitativo, sia dal punto di vista qualitativo), della rete *internet* e dei *social networks* da parte della Presidenza della Repubblica.

Sebbene, infatti, risulti, ancora oggi, particolarmente arduo «immaginare una figura più lontana dal *World Wide Web* del Presidente della Repubblica italiana», a fronte del fatto che il Quirinale costituisce «senz’altro l’istituzione più ‘pesante’, più ‘lenta’, più anticamente solenne»⁵⁰ tra quelle previste in Costituzione, non si può non rilevare come, in realtà, il Capo dello Stato si sia dimostrato, nel corso degli ultimi anni, tutt’altro che indifferente nei confronti della transizione tecnologica in atto, la quale, a ben vedere, sembra aver influito – lo si è già accennato in apertura – sull’attività di magistero costituzionale del Presidente della Repubblica, non soltanto dal punto di vista della

tecnologie non siano improntati a una logica di violenza. Da questa miccia possono infatti scaturire nuove tensioni e contrapposizioni. Non è quello di cui il nostro pianeta ha bisogno! Non ne hanno bisogno in particolare le giovani generazioni, che devono anzi essere esortate a coltivare speranza e fiducia nel futuro, e che non meritano un mondo dove sopraffazione ed esclusione prevalgano». Delle «future generazioni» si occupa, oggi, finalmente, l’art. 9 Cost.: v., a tale proposito, A. MOLFETTA, *L’interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Rivista AIC*, II, 2023, 222 ss.; nonché M. BERTOLISSI, *Amministratori, non proprietari dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, in *federalismi.it*, VI, 2023, 24 ss.

50 P. FARAGUNA, *Il Presidente*, cit., 59. Invero – sottolineata, assai condivisibilmente, l’Autore –, «tutto sembra porre la Presidenza della Repubblica e il mondo del *World Wide Web* in radicale antitesi. Vi è innanzitutto il dato anagrafico: il *web* è infatti il terreno delle nuove generazioni, mentre l’istituzione monocratica per eccellenza è caratterizzata dal requisito costituzionale di età più avanzata disposto dal testo costituzionale (...). Le stesse modalità espressive dell’istituzione quirinalizia sono tutt’ora legate a una tradizione di solennità che è lontanissima dalla spiccata informalità del *web* (...). Il *web*», infine, «è spesso considerato il luogo della trasparenza, mentre il Presidente della Repubblica è Istituzione massimamente riservata, soprattutto nelle dinamiche endoprocedimentali».

diffusione delle esternazioni informali, ma anche sotto il profilo della *ideazione* e delle modalità di *realizzazione* delle medesime, nei termini che si chiariranno tra un istante⁵¹.

Per quanto concerne il primo aspetto, cui si è appena fatto cenno, è facile intuire come l'avvento del *web* e dei *social media* abbia consentito alle esternazioni informali del Capo dello Stato di beneficiare di una impareggiabile 'cassa di risonanza'⁵², assai efficace sia in termini di capillarità della diffusione, sia in termini di facilità nella fruizione, da parte dei destinatari, dei diversi contenuti resi disponibili. Così, nell'alveo di quella «estrema varietà delle forme»⁵³ – della quale già si discorreva in passato –, sono andati inserendosi nuovi strumenti espressivi, potenzialmente in grado di mutare radicalmente il tradizionale assetto della comunicazione presidenziale e di incidere su di essa tanto in modo positivo (si pensi, *in primis*, alla possibilità di conseguire, in maniera assai più agevole, l'attenzione delle giovani generazioni); quanto in modo (anche pericolosamente) negativo, in specie qualora non se ne faccia un uso del tutto accorto (ad esempio, perdendo di vista la necessità di salvaguardare al massimo grado – nell'utilizzo di queste innovative modalità di trasmissione dei comunicati, dei messaggi e dei discorsi presidenziali – l'autorevolezza della carica, soprattutto attraverso il mantenimento di un elevato grado di discrezione e di 'distacco': accorgimenti, questi, sempre opportuni, ma senz'altro irrinunciabili nel delicato campo della divulgazione delle attività e delle dichiarazioni del Presidente della Repubblica). Così, la Presidenza della Repubblica dispone, innanzi tutto, di un sito istituzionale⁵⁴, all'interno del quale è possibile, tra le altre cose, avere accesso con estrema rapidità – anche grazie alla presenza di appositi pulsanti, posti bene in evidenza (con l'ausilio di intuitivi marchi grafici) sul lato sinistro della *home page* – ai «discorsi»⁵⁵ e ai «comunicati»⁵⁶ del Capo dello Stato: entram-

51 A questo proposito, merita di essere ricordato, solo incidentalmente, che, sulla base di uno specifico angolo visuale, D. CHINNI, *Sulle esternazioni*, cit., 1926 ss., cui si rinvia, giunge a classificare le «esternazioni informali *online*» del Capo dello Stato, suddividendole, essenzialmente, in tre categorie: «esternazioni *di iniziativa*», «esternazioni *in risposta*» ed «esternazioni *silenti*», a seconda che le medesime provengano spontaneamente dal Presidente della Repubblica; o, in qualche modo, conseguenti all'eco suscitata da taluni comportamenti di quest'ultimo; o, ancora, rappresentino un mero resoconto dell'attività presidenziale.

52 Cfr., per l'impiego di questa stessa espressione, ma con riferimento all'utilizzo dei *social networks* da parte della Corte costituzionale, G. BERGONZINI, *Una Corte*, cit., 129, che discorre di tali «canali comunicativi» in termini di «ulteriori (e forse persino privilegiate, per una parte consistente dei loro destinatari potenziali) casse di risonanza, contribuendo alla diffusione immediata e diretta delle molteplici informazioni rese pubbliche dalla Corte».

53 L. PALADIN, voce *Presidente*, cit., 220, in relazione ai «discorsi», alle «interviste giornalistiche», all'«uso del mezzo televisivo», ai «telegrammi», nonché «alle stesse lettere presidenziali, immediatamente o successivamente fatte conoscere al pubblico».

54 Raggiungibile al seguente indirizzo: www.quirinale.it. In ordine al sito istituzionale del Quirinale, v. P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., 7 s., nonché P. FARAGUNA, *Il Presidente*, cit., 63 s.

55 Per tali intendendosi gli interventi pubblici, pronunciati oralmente nel corso delle occasioni ufficiali più disparate (tanto in Italia, quanto in costanza di viaggi all'estero). Vi sono ricomprese anche le dichiarazioni rese nel corso delle conferenze stampa; le (assai rare) interviste; gli indirizzi di saluto; i brindisi; i videomessaggi; le *lectiones magistrales* (cui, tra l'altro, si faceva specifico riferimento in apertura).

56 Per tali intendendosi tanto i messaggi scritti diramati dal Presidente della Repubblica (ad esempio, in occasione di anniversari, ricorrenze, accadimenti di vario genere, lutti, etc.), i quali costituiscono, a tutti

bi consultabili in formato integrale; disposti in ordine cronologico dal più recente al più risalente (e suddivisi tra primo e secondo mandato del Presidente Mattarella); facilmente enucleabili, sulla base dei loro contenuti, in virtù di un motore di ricerca molto efficace, che permette di effettuare precise indagini testuali sulla totalità delle esternazioni presidenziali successive al 2015⁵⁷. Inoltre, quasi ogni trascrizione testuale degli interventi pubblici del Capo dello Stato è corredata – a seconda della disponibilità dei medesimi – di *link*, che rinviano tanto al video integrale dell'esternazione, quanto alla galleria fotografica dell'evento; nonché – ove presente – al relativo comunicato (che dà brevemente atto del singolo avvenimento). Ancora, il testo impaginato dei più rilevanti discorsi presidenziali⁵⁸ viene reso disponibile – all'interno della sezione «I libri elettronici del Quirinale», a cura dell'Ufficio stampa e comunicazione della Presidenza della Repubblica – anche in formato *e-book*, con la possibilità di scaricarlo in formato *file* 'pdf'. Infine, va segnalato come – per un numero, in realtà, piuttosto limitato di interventi del Capo dello Stato – risulti accessibile anche la relativa traduzione in lingua straniera (perlopiù inglese, ma non solo)⁵⁹.

Ma se il sito *web* – tra l'altro, consultabile, sebbene in versione ridotta, anche da *smartphone*, per il tramite di un'apposita applicazione (forse un po' datata, specie sotto

gli effetti, forme di esternazione presidenziale; quanto brevi descrizioni di determinate attività svolte dal Capo dello Stato, funzionali a rendere note le medesime, in particolare, agli organi di stampa (si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi nei quali il Presidente riceve al Quirinale Capi di Stato o di governo di Paesi stranieri, in visita ufficiale; nuovi ambasciatori accreditati in Italia, nella circostanza della consegna delle lettere credenziali; cittadini e personalità di diversa estrazione, in vista della attribuzione di premi e onorificenze; e ancora delegazioni, rappresentanti di associazioni, studenti, ma anche attori istituzionali, come i componenti del Governo, e così via).

57 Quelle precedenti sono, comunque, rinvenibili – sebbene con minore immediatezza – selezionando, sempre dalla barra di sinistra della *home page*, la voce «I Presidenti. Dal 1948 al 2022» e cliccando sulla Presidenza di interesse; nonché accedendo al fornito *Portale storico della Presidenza della Repubblica* (di cui all'indirizzo www.archivio.quirinale.it), gestito dall'Archivio storico del Quirinale.

58 Non risulta chiarissimo, per la verità, quale sia il criterio, cui l'Ufficio stampa e comunicazione del Quirinale si ispira, al fine di selezionare, tra i numerosi interventi del Presidente della Repubblica, quali sono destinati ad essere trasformati in un apposito *e-book*, e quali no: in ogni caso, in relazione al secondo mandato del Presidente Sergio Mattarella, sono, al momento, trentatré i libri elettronici pubblicati sulla pagina del sito istituzionale ad essi dedicata.

59 In particolare, ancora limitatamente al secondo mandato del Presidente in carica, risultano essere una trentina gli interventi disponibili in lingua inglese; quattro quelli in lingua francese; due quelli in lingua spagnola; uno in lingua tedesca e uno in lingua portoghese. Tuttavia, mentre, con riferimento alla lingua inglese, sono accessibili, nel sito istituzionale, traduzioni *ad hoc* di discorsi e interventi presidenziali, anche strettamente connessi all'ambito italiano (si pensi al messaggio reso dinanzi al Parlamento in seduta comune in occasione del giuramento o ai messaggi di fine anno), quelle (non a caso, in numero assai esiguo) nelle altre lingue risultano, perlopiù, funzionali allo specifico contesto, nel quale l'intervento del Presidente della Repubblica è stato effettuato (così, ad esempio, l'unica traduzione in lingua tedesca presente nel sito *web* del Quirinale ha ad oggetto un discorso pronunciato dal Presidente Mattarella alla presenza del Presidente della Repubblica Federale di Germania; l'unica traduzione in lingua portoghese concerne l'intervento reso dal Capo dello Stato in occasione del Vertice Italia-Africa; una delle due traduzioni in lingua spagnola riguarda una *lectio magistralis* effettuata presso l'Università del Cile, e così via).

il profilo della veste grafica)⁶⁰ – costituisce, oramai, una vetrina quasi ‘obsoleta’ per le attività, genericamente intese, del Capo dello Stato – nonché, per quanto risulta qui di maggiore interesse, per quelle connesse all’esercizio del suo magistero costituzionale –; è, senza alcun dubbio, il ricorso, sempre più sistematico, ai *social networks*, a costituire la vera, nuova frontiera della comunicazione quirinalizia. A questo proposito⁶¹, occorre dare atto della circostanza che la Presidenza della Repubblica dispone di *account* ufficiali su *YouTube*, *X* (già noto come *Twitter*) e *Instagram*, ciascuno dei quali vanta centinaia di migliaia di iscritti o di *followers*, e presenta contenuti di diversa tipologia, concepiti e realizzati a seconda delle specifiche caratteristiche della singola piattaforma e dei suoi destinatari abituali. Così, quanto al profilo presente su *YouTube* – il primo, in ordine di tempo, ad essere stato creato (risale, infatti, alla Presidenza di Giorgio Napolitano)⁶² –, esso raccoglie i filmati di ogni apparizione pubblica del Capo dello Stato: sia quelle nel corso delle quali il Presidente pronuncia un discorso o, comunque, rende delle dichiarazioni (in questo caso, le esternazioni presidenziali vengono caricate nel portale in formato integrale, senza tagli di sorta); sia quelle che, invece, vedono quest’ultimo presenziare a cerimonie, incontrare determinate personalità o delegazioni, effettuare visite all’estero, assistere ad eventi, e così via (nel qual caso, i relativi video si presentano come una sorta di ‘riassunto’ – si potrebbe dire, di *trailer*, prendendo a prestito un’espressione propria del linguaggio cinematografico – delle apparizioni del Presidente della Repubblica, dalle quali vengono estrapolati e condivisi con il pubblico i momenti più salienti). Con riferimento a *X*, l’*account* del Quirinale – risalente al 2012⁶³

60 Di seguito, la descrizione della medesima, consultabile nel sito istituzionale della Presidenza della Repubblica: «Con l’applicazione ‘Il Quirinale’ l’attività del Presidente della Repubblica, resocontata sul sito, è disponibile anche per *tablet* e *smartphone* sia con sistema operativo *iOS* della *Apple* sia con quello *Android*. All’accesso compaiono le notizie della prima pagina del sito *internet*, presentate con la sola foto e il titolo per una consultazione più rapida. Selezionandole si potrà leggere il relativo testo. Nella schermata sono collocati anche cinque pulsanti attraverso i quali è possibile aprire l’elenco dei comunicati, dei discorsi, delle fotografie e dei video in ordine cronologico dal più recente. Una volta selezionati, questi elementi possono anche essere inoltrati tramite *mail* ad altri utenti della rete».

61 V., sul punto, anche P. FARAGUNA, *Il Presidente*, cit., spec. 64 s.; nonché G. BOGGERO, *La difesa della libertà di espressione e i riflessi sulla comunicazione istituzionale del Presidente della Repubblica nel primo mandato di Sergio Mattarella*, in *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, a cura di D. Paris, Napoli, 2022, spec. 352 ss.

62 Si veda, infatti, il comunicato del 30 dicembre 2009, *Apertura canale YouTube della Presidenza della Repubblica*, il cui testo – assai significativo, perché contenente, tra l’altro, un commento in prima persona del Presidente Giorgio Napolitano – vale la pena di riportare, qui di seguito, nella sua integralità: «Il 31 dicembre 2009, con il messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica agli italiani, il Quirinale lancia il suo canale ufficiale su *YouTube*. – Accessibile all’indirizzo www.youtube.com/presidenzarepubblica, il canale raccoglierà filmati degli interventi più significativi dell’attività del Capo dello Stato. – Il canale *YouTube* della Presidenza della Repubblica sarà aperto da un messaggio di benvenuto del Presidente Napolitano: «Apriamo le porte del Quirinale ai tanti utenti dei nuovi media non solo per ampliare e rendere sempre più efficienti e moderni gli strumenti della nostra comunicazione ma anche per promuovere e favorire un rapporto sempre più stretto e trasparente con i cittadini. Le nuove tecnologie non conoscono né barriere né frontiere. Ci incontreremo in questo spazio per costruire, insieme, occasioni di partecipazione alla vita democratica».

63 Così, infatti, recita il profilo stesso, nell’intestazione del medesimo.

– contempla contenuti di diverso genere, tutti accomunati, però, da quella peculiare brevità espressiva, tipica di questo *social network*; nonché dal frequentissimo utilizzo – proprio del linguaggio dei *new media* – di *hashtag*, di *tag* e, in taluni casi, persino di *emoticon* (nello specifico, quelle rappresentative di bandiere).

Più in particolare, il profilo ufficiale rinvenibile su questa piattaforma presenta, essenzialmente, tre diverse tipologie di *post*:

- a. brevi video (tendenzialmente, della durata massima di due o tre minuti), accompagnati da una succinta didascalia descrittiva, contenenti o (ancora una volta) le più emblematiche immagini delle attività svolte dal Capo dello Stato⁶⁴, o i frammenti più significativi dei discorsi pronunciati da quest'ultimo⁶⁵, o entrambe le cose, fuse assieme in un unico montaggio⁶⁶;
- b. fotografie del Presidente della Repubblica, rappresentato nello svolgimento delle iniziative più diverse, a corredo delle quali possono essere inseriti due diversi contenuti testuali: da un lato, una breve esposizione degli impegni svolti o da svolgere (in quest'ultimo caso, le fotografie possono essere sostituite da apposite illustrazioni grafiche, esplicative del programma delle incombenze presidenziali)⁶⁷; dall'altro, nel caso di esternazioni pubbliche rese dal Presidente (discorsi, dichiarazioni alla stampa, etc.), la trascrizione di taluni passaggi dell'intervento (si tratta, naturalmente, di qualche riga per ciascun *post*)⁶⁸;
- c. immagini create *ad hoc*, le quali riportano, in versione integrale, il contenuto di messaggi diramati, da parte del Quirinale, in determinate occasioni (sono i c.d. comunicati)⁶⁹.

64 V., ad esempio, il *post* del 5 novembre 2024: «Il Presidente #Mattarella ha ricevuto al #Quirinale il Segretario generale della #NATO Mark #Rutte».

65 V., ad esempio, il *post* del 15 ottobre 2024: «Il Presidente #Mattarella ha ricevuto una rappresentanza del Corpo dei #Vigilidelfuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile».

66 V., ad esempio, il *post* del 30 ottobre 2024: «Il Presidente #Mattarella ha consegnato le onorificenze dell'Ordine 'Al Merito del Lavoro' ai Cavalieri nominati il 2 giugno 2024». In questo caso, il video allegato dà conto sia dei momenti più rilevanti della cerimonia; sia dei passaggi più significativi (tra l'altro, sottotitolati) del discorso che il Presidente Mattarella ebbe a pronunciare in quella occasione.

67 V., ad esempio, con riguardo alla prima ipotesi, il *post* del 13 settembre 2024: «#Quirinale: il Presidente #Mattarella è intervenuto all'84° Congresso internazionale della Società Dante Alighieri»; con riferimento alla seconda ipotesi, il *post* del 26 settembre 2024: «Visita di Stato del Presidente #Mattarella nella Repubblica Federale di #Germania, il programma della prima giornata», cui segue un'immagine contenente, per l'appunto, l'elenco degli impegni del Capo dello Stato, con i relativi luoghi ed orari.

68 V., ad esempio, i due *post* del 20 settembre 2024: «#Mattarella: Un bilancio demografico con sempre meno giovani certamente costituisce motivo di allarme per il futuro. È dalle nuove generazioni che arriva la spinta al cambiamento e all'innovazione»; «#Mattarella: L'Europa deve fortemente accelerare, attuando misure che consentano di promuovere la sua capacità industriale nei settori ad alto contenuto tecnologico».

69 V., ad esempio, il *post* del 6 novembre 2024: «Il Presidente #Mattarella ha inviato al Presidente eletto degli Stati Uniti d'America Donald #Trump il seguente messaggio», cui segue – racchiuso in un'unica immagine – il testo integrale del comunicato. In ordine alla distinzione tra interventi e comunicati, v., *supra*, le note 55 e 56.

Non così dissimili appaiono, infine, i contenuti caricati nel profilo ufficiale *Instagram* della Presidenza della Repubblica, attivato nel 2016, in occasione dell'incontro tra l'amministratore delegato di tale azienda e il Presidente Mattarella⁷⁰.

Come è noto, tale *social network* si caratterizza per la possibilità di condividere con gli utenti *post* a carattere perlopiù visivo: immagini e video, eventualmente accompagnati da qualche riga didascalica. Così, la pagina 'Quirinale' presenta, in ultima analisi, due essenziali tipologie di contenuti: da un lato, fotografie scattate in costanza di apparizioni pubbliche del Presidente della Repubblica o, comunque, in occasione dello svolgimento di determinate attività, da parte del medesimo; d'altro lato, brevi video (i c.d. *reels*) rappresentativi di queste stesse attività, ovvero – per quanto è maggiormente di interesse in queste pagine – dei passaggi più rilevanti dei discorsi presidenziali (sovente fruibili anche in assenza di audio, grazie all'ausilio del testo in sovraimpressione)⁷¹. In ambedue le circostanze, le immagini vengono corredate, come si è accennato, da una (generalmente) concisa didascalia, la quale, a seconda dei casi, può riportare o una semplice descrizione dell'appuntamento, cui il Capo dello Stato ha preso parte; o – al pari di quanto si è visto accadere nel profilo ufficiale di X, sebbene più di rado – estratti testuali, virgolettati, delle dichiarazioni rese dal Presidente (anche su questo *social*, si badi, è costante l'utilizzo – non sempre accorto – degli *hashtag*).

Si noti, con particolare riguardo a quest'ultima tipologia di *'tweet'*, che si tratta, generalmente, di *riproduzioni* di comunicati, già resi noti, in prima battuta, attraverso i canali di diffusione istituzionali. In un solo caso, assai discusso, è accaduto che il Quirinale avesse affidato ad un semplice *tweet* un chiarimento ufficiale in merito a talune indiscrezioni, che erano trapelate in ordine al decreto fiscale che il Consiglio dei ministri aveva approvato qualche giorno prima (risale, per la precisione, al 17 ottobre 2018: «In riferimento a numerose richieste da parte degli organi di stampa, l'ufficio stampa della Presidenza della Repubblica precisa che il testo del decreto legge in materia #fiscale per la firma del Presidente della Repubblica non è ancora pervenuto al #Quirinale»): v., in merito, P. FARAGUNA, *Il Presidente*, cit., 60, nonché, specificamente, M. MALVICINI - G. LAURI, *Basta un 'tweet'? Il potere informativo-conoscitivo della Presidenza della Repubblica tra comunicazione istituzionale e nuovi media*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 luglio 2019.

70 Si veda, infatti, il comunicato del 26 febbraio 2016, *Quirinale: da Mattarella fondatore Instagram; insieme per il 2 giugno*: «Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha ricevuto nel pomeriggio al Quirinale il fondatore e Amministratore Delegato di *Instagram* Sig. Kevin York Systrom. – Nel corso dell'incontro è stata annunciata l'apertura dell'*account* ufficiale della Presidenza della Repubblica sul *social network* fotografico (@Quirinale) e l'iniziativa che *Instagram* dedicherà al Palazzo del Quirinale in occasione dei settant'anni della Repubblica Italiana: '#emptyquirinale', che vedrà coinvolti – in occasione del 2 giugno – alcuni tra i più famosi *'instagrammer'* provenienti da differenti parti del mondo, che metteranno in risalto con i loro scatti con i cellulari le bellezze artistiche, gli aspetti meno conosciuti e le attività istituzionali del Quirinale. – Gli scatti più significativi saranno poi pubblicati oltre che sul *social network* anche su una installazione al Quirinale. – Al termine dell'incontro Systrom ha donato al Presidente Mattarella una copia della macchina fotografica con la quale ha studiato fotografia a Firenze. – «Sono felicissimo – ha detto Systrom al termine del colloquio – di poter lavorare con la presidenza della Repubblica per celebrare su *Instagram* il settantesimo anniversario della Repubblica Italiana».

71 Di rado, è capitato che siano stati caricati discorsi presidenziali in formato integrale, 'tradendo', in qualche modo, la 'filosofia' del *social network*: è il caso, ad esempio, del messaggio di fine anno, indirizzato agli italiani dal Palazzo del Quirinale.

Infine, a queste due *species* di contenuti, si aggiungono – lo si ricorda, per dovere di esaustività – le c.d. *stories*, le quali danno conto – sostanzialmente in tempo reale (o quasi), per il mezzo di immagini (foto o video) ‘effimere’ (vale a dire, destinate a cancellarsi in automatico dopo ventiquattro ore dalla loro pubblicazione) – delle attività, che vedono coinvolto il Presidente. Come si vede, un tratto comune a tutti i profili *social* della Presidenza della Repubblica è rappresentato dalla circostanza – per certi versi, piuttosto ovvia – che una larghissima parte dei contenuti ivi caricati risulta dedicata alle esternazioni informali del Presidente della Repubblica, sia orali (interventi), sia scritte (messaggi, comunicati), le quali – lo si è ricordato già più volte – costituiscono strumento d’elezione, diretto o indiretto, per l’esercizio del magistero costituzionale del Capo dello Stato.

Attraverso tali canali, dunque, le esternazioni presidenziali – come si è già accennato – possono beneficiare, innanzi tutto, di un grado di ‘amplificazione’ che sarebbe impossibile conseguire per il tramite dei tradizionali mezzi di comunicazione, e che si traduce nella possibilità di raggiungere, assai agevolmente, un numero indeterminabile – ma comunque elevatissimo – di destinatari non solo in Italia, ma in tutto il mondo: e ciò, tra l’altro, anche senza la stretta necessità che gli utenti consultino – appositamente e regolarmente – i profili *social* del Quirinale per prendere cognizione, ad esempio, del contenuto degli interventi del Capo dello Stato, dal momento che i singoli *post* appariranno, di volta in volta, direttamente nella ‘bacheca’ *social* dell’utente, allorché quest’ultimo avrà concesso il proprio ‘follow’ agli *account* della Presidenza della Repubblica. Non si dimentichi, inoltre, come tali strumenti abbiano inciso, sensibilmente, sulle modalità di fruizione di tali esternazioni, alle quali, ora, è possibile accedere non solo attraverso la classica lettura di un testo⁷², ma anche per il tramite di sistemi innovativi, come, ad esempio, la visione di un video sottotitolato, tagliato e montato *ad hoc*, nella prospettiva di rendere la percezione del messaggio presidenziale più rapida, più immediata e, dunque, auspicabilmente più efficace (sebbene – non pare peregrino precisarlo – ciò avvenga, spesso, a scapito della completezza dell’informazione⁷³).

72 Con riguardo alla «diffusione ‘polimorfa’ di medesimi contenuti» – vale a dire, il «fenomeno della doppia comunicazione in forma audio-video (...) e in forma scritta degli interventi o dei comunicati del Presidente della Repubblica» –, cfr. P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., 13 ss.

73 Si badi, infatti, che non solo – ad eccezione di quanto avviene per *YouTube* – le esternazioni del Presidente della Repubblica, allorché vengono rese note sui *social networks* per il tramite di *post* testuali, video o immagini, sono necessariamente fatte oggetto di tagli e, dunque, diffuse solo attraverso brevi citazioni, estrapolate dal discorso integrale pronunciato dal Capo dello Stato; ma anche che, comunque, quelle che vengono scelte (ad esempio, per essere pubblicate su *Instagram*) non costituiscono che una parte soltanto della totalità – assai più ampia e variegata – degli interventi presidenziali, fatti passare, a questi fini, attraverso una forma di selezione, i cui criteri, per la verità, non paiono sempre limpidi: in base a cosa, infatti, ad alcune esternazioni viene concessa la ‘dignità’ di un loro adattamento, ai fini della pubblicazione sui *social networks*, e ad altre no? In base al loro impatto mediatico? In base alla rilevanza ‘istituzionale’ del tema trattato? In base all’occasione, nel corso della quale esse vengono rese? La domanda, in tutta evidenza, è destinata a rimanere aperta.

Inutile rilevare, poi, che una componente privilegiata dei destinatari di una tale, inedita forma di diffusione del magistero del Presidente della Repubblica sia rappresentata dalle nuove generazioni: non solo in quanto i più giovani costituiscono una larghissima percentuale degli abituali utilizzatori del *web* e dei *new media*; ma anche perché – come si vedrà, ancor meglio, tra non molto – l’analisi dei contenuti presenti sulle pagine ufficiali del Quirinale evidenzia un certo (per quanto moderato) grado di adeguamento delle modalità espressive utilizzate nei *post*, da una parte, agli *standard* (*lato sensu*) linguistici tipici della dimensione telematica (si pensi, appunto, al sistematico ricorso agli *hashtag* nelle didascalie apposte alle immagini); dall’altra, alle forme comunicative generalmente più diffuse in quella sede (*reel*, *stories*, elaborazioni grafiche, etc.). Accorgimenti, questi, che paiono senz’altro utili nella prospettiva di favorire un avvicinamento tra la (spesso avvertita come) solenne e ‘vetusta’ istituzione quirinalizia e i cittadini più giovani, senza mai, comunque, tradire – nei toni e nei modi: sempre misurati, essenziali, rigorosamente ancorati ad una salda oggettività descrittiva⁷⁴ – i requisiti di sobrietà e serietà, sottesi alla irrinunciabile esigenza di garantire il prestigio dell’organo costituzionale di cui si sta discutendo.

Non si dimentichi, infine, che – ad eccezione di quanto risulta constatabile, con riferimento ai video consultabili sulla pagina ufficiale di *YouTube* – i contenuti caricati dalla Presidenza della Repubblica sui *social networks* non presentano particolari limitazioni circa la possibilità di essere commentati da parte degli utenti: i quali, dunque, sono posti nella concreta condizione di manifestare – ovviamente, nel rispetto dei limiti, tutt’altro che trascurabili, che l’ordinamento pone in relazione alle esternazioni pubbliche, aventi ad oggetto il Capo dello Stato⁷⁵ – la propria opinione (anche critica) nei riguardi delle dichiarazioni rese dal Presidente, nonché delle attività svolte o delle scelte compiute da quest’ultimo: e ciò, sebbene l’approccio di fondo, riscontrabile sulla base di un attento scrutinio delle piattaforme *social* del Quirinale, rimanga, comunque, perlopiù – sebbene, appunto, non del tutto – «*top-down*»⁷⁶.

74 G. BOGGERO, *La difesa*, cit., 352, discorre di un «uso (quasi sempre) discreto dei *social media*».

75 È noto, infatti, il tenore dell’art. 278 del codice penale, rubricato *Offesa all’onore o al prestigio del Presidente della Repubblica*: «Chiunque offende l’onore o il prestigio del Presidente della Repubblica è punito con la reclusione da uno a cinque anni»: v., ad esempio, sul punto, T.E. FROSINI, *Libertà di critica vs. vilipendio*, in *federalismi.it*, XII, 2015.

76 Cfr., a questo proposito, P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., 6, i quali osservano che «i *social media*» degli organi costituzionali, «oltre a risultare spesso duplicativi di contenuti già presenti sul sito, finiscono per lo più fatalmente attratti nella logica informativa-comunicativa che anima i siti istituzionali, in cui il flusso informativo segue un andamento unilaterale secondo una modalità *top/down*, di tipo televisivo (*broadcast*). Ad esser così frustrata è la vocazione naturalmente interattiva dei *social media*, versati ad una comunicazione aperta e biunivoca, che nel nostro caso si risolve nella sola possibilità dei commenti (ove peraltro consentita), da cui però, nella prassi sin qui seguita, non discende – come è ampiamente comprensibile, del resto – una risposta da parte dell’organo costituzionale chiamato in causa, rimanendo il tutto come una sorta di interlocuzione abortita». Tuttavia, P. FARAGUNA, *Il Presidente*, cit., 65, non manca di sottolineare come la circoscritta «dimensione interattiva» di tali canali, da un lato, dipenda da «limiti strutturali che rendono assai complicato calare il Quirinale nel flusso istantaneo dell’interattività dei

Ma, come si è accennato in apertura del presente paragrafo, la transizione digitale in atto non incide, *sic et simpliciter*, soltanto sulla diffusione del magistero presidenziale; bensì, a ben vedere, anche sulle stesse modalità di ideazione e realizzazione delle esternazioni correlate all'esercizio di una tale funzione 'orientatrice' del Capo dello Stato.

Di recente, infatti, la Presidenza della Repubblica si è resa promotrice della creazione di contenuti digitali originali, dalla spiccata vocazione pedagogica, specificamente concepiti per essere indirizzati ad un pubblico giovane: contenuti, alla cui realizzazione, tra l'altro, ha preso parte, in prima persona, lo stesso Presidente Mattarella. È il caso, in particolare, del *format* intitolato «La Costituzione in *shorts*», che – nel corso della sua prima puntata – ha visto il Capo dello Stato coinvolto in una conversazione con alcuni dei più celebri *creators* del *web*, in ordine al significato e alla portata dell'art. 1 della Costituzione⁷⁷. Si tratta, in sostanza, di un video – il primo di una serie⁷⁸ – appositamente creato allo scopo di avvicinare l'organo presidenziale alle nuove generazioni, nella prospettiva di incentivare la diffusione dell'educazione civica, della cultura costituzionale e del senso di appartenenza alla comunità repubblicana tra i più giovani. Peraltro, il Quirinale non risulta totalmente nuovo a questo genere di iniziative: si pensi all'incontro sul tema «I giovani e la rete», nel corso del quale, ancora una volta, il Presidente della Repubblica si è messo in dialogo con alcuni «protagonisti (...) del mondo del *web*»⁷⁹, rispondendo alle domande di questi ultimi e discutendo con loro,

social medias; dall'altro, risulti, in vero, comunque attenuata dall'esistenza, sul sito ufficiale della Presidenza della Repubblica, di una «scorciatoia mediante la quale si approda a una funzione del sito per inoltrare comunicazioni al Presidente». Si tenga presente che, oltre alla possibilità, per gli utenti, di commentare i contenuti pubblicati dalla Presidenza della Repubblica su *Instagram* e su *X*, questi ultimi sono anche posti nella condizione di poter agevolmente 'taggare' il profilo del Capo dello Stato nei propri *post* personali, i quali – in questo modo – saranno visibili in un'apposita sezione della pagina ufficiale del Quirinale, anche ove non del tutto pertinenti o non opportuni: con tutti i rischi connessi a questo tipo di evenienza (v, sul punto, *infra*, sub 4).

77 V., sul punto, il comunicato del 13 marzo 2024, *Il Presidente Mattarella ha incontrato 12 giovani creator per un dialogo sulla Costituzione*. «La Costituzione in *shorts*? è il titolo della conversazione tra il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella e 12 giovani *creator* sul significato e l'attualità nella vita quotidiana della Costituzione italiana, che si è tenuta oggi pomeriggio al Quirinale. Il Presidente Mattarella, dopo aver ascoltato gli interventi di ciascun *creator*, ha spiegato agli ascoltatori il significato del primo articolo della nostra Costituzione. La conversazione, moderata dall'artista Fabio Rovazzi, è stata trasmessa in diretta sui canali *YouTube* di alcuni partecipanti e su quello della Presidenza della Repubblica. – Tutti gli *Shorts* realizzati sono stati pubblicati in una *playlist* dedicata sul canale *YouTube* del Quirinale». V., inoltre, il testo dell'intervento reso, in quell'occasione, da parte del Presidente della Repubblica: *Incontro tra il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella e i giovani creator*, 13 marzo 2024.

78 Infatti, il video al quale ha preso parte il Capo dello Stato (dedicato, appunto, all'art. 1 Cost.) ha inaugurato una serie di altri video, caricati in un'apposita *playlist* del canale *YouTube* della Presidenza della Repubblica, aventi quale protagonista, di volta in volta, un diverso *creator* e, quale oggetto, un diverso articolo della Costituzione (nello specifico, sono stati trattati, ad oggi, gli artt. 2, 3, 4, 9, 10, 11, 21, 32, 34, 37, 48 e 53 Cost.).

79 V. il comunicato *Incontro dal titolo 'I giovani e la rete'*, 29 gennaio 2018: «Oggi, a partire dalle 17, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella incontrerà dieci giovani protagonisti – con grande seguito tra i ragazzi – del mondo del *web*. – Michele Bravi, Lea Cuccaroni, Sofia Viscardi, Lorenzo Baglioni, Matteo Bruno (Cane secco), Nkechinyere Loretigrace, The Jackal (Ciro Capriello e Francesco Capaldo),

in tale occasione, proprio in merito alle sfide offerte dalla rivoluzione tecnologica e al rapporto con *internet* e con i dispositivi digitali.

Ora, in tutti questi casi, l'utilizzo dei *social media* da parte della Presidenza della Repubblica non costituisce semplicemente un metodo utile a 'diffondere', presso una più ampia platea di destinatari, esternazioni del Capo dello Stato rese, in senso tradizionale, 'all'esterno' del *web*; ma diviene il mezzo privilegiato per calare la pedagogia presidenziale (in senso proprio) 'all'interno' di questa dimensione dematerializzata, attraverso la creazione di contenuti – che vedono coinvolto, in prima persona, il Presidente della Repubblica – sviluppati *ad hoc* per il *web*, finendo quasi per (sebbene, v'è da credere, non giungendo ancora a) costituire una inedita tipologia di esternazione presidenziale, che va ad aggiungersi al novero di quelle ordinariamente categorizzate dalla dottrina⁸⁰. Al di là di una tale suggestione, occorre prendere atto della circostanza che, ormai, la *sedes* propria delle esternazioni del Presidente della Repubblica non risulta più rigidamente contingentata ad uno spazio 'fisico' (in specie, in occasione di cerimonie, visite in Italia o all'estero, incontri istituzionali, e così via); ma può, in taluni casi, essere direttamente rappresentata da uno spazio 'virtuale', nell'ottica di consentire al Capo dello Stato un efficace esercizio del proprio magistero costituzionale – in specie, di quello espressamente indirizzato alle nuove generazioni –, anche a prescindere dalla concomitanza di una particolare ricorrenza o da una specifica motivazione, ma al solo fine di sensibilizzare i giovani nei confronti dell'interiorizzazione e del rispetto dei principi consacrati in seno alla Legge fondamentale. Il che, tra l'altro, permette di distinguere iniziative come la menzionata «La Costituzione in *short*» da un altro strumento di esternazione tendenzialmente 'dematerializzata': vale a dire, il (ben più classico) videomessaggio⁸¹, il quale risulta, per un verso, comunque sempre correlato

Velia Bonaffini e Federica Favara Scacco saranno al Quirinale per un confronto con il Presidente sulla rete e sull'universo giovanile. – L'incontro sarà visibile in diretta *streaming* sul canale *YouTube* del Quirinale e in contemporanea sugli *account YouTube* dei partecipanti».

80 Per le quali v., ancora, M. DOGLIANI, *Il «potere»*, cit., 221 ss.

81 Di seguito, l'elenco (piuttosto contenuto) dei videomessaggi registrati dal Presidente Sergio Mattarella, nel corso di ambedue i suoi settennati (anche se, a dire il vero, essi risultano tutti concentrati nell'ambito del primo mandato e, in particolare, del biennio 2020-2021): *Videomessaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della celebrazione del centesimo anniversario del riconoscimento della Lettonia*, 26 gennaio 2021; *Videomessaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella per il conferimento delle onorificenze dell'Ordine Militare d'Italia*, 3 novembre 2020; *Videomessaggio del Presidente della Repubblica Italiana Sergio Mattarella in occasione dei 75 anni della FAO*, 16 ottobre 2020; *Videomessaggio del Presidente della Repubblica italiana Sergio Mattarella in occasione del 75esimo anniversario delle Nazioni Unite*, 21 settembre 2020; *Videomessaggio del Presidente Mattarella agli italiani all'estero*, 25 luglio 2020; *Videomessaggio del Presidente Mattarella per la Pasqua*, 11 aprile 2020; *Videomessaggio del Presidente Mattarella in occasione dell'83° Congresso internazionale della Società Dante Alighieri a Buenos Aires*, 18 luglio 2019; *Videomessaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla 134esima sessione del Comitato Olimpico Internazionale per l'assegnazione dei Giochi Olimpici invernali del 2026*, 24 giugno 2019; *Videomessaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella per lo speciale 'Falcone e Borsellino' condotto da Fabio Fazio, in onda su Rai 1*, 23 maggio 2017; *Videomessaggio del Presidente Sergio Mattarella, in occasione della proiezione in anteprima nel carcere di Poggioreale a Napoli di Robinù, del film documentario di Michele*

ad una determinata occasione; per altro verso, normalmente connesso a particolari contingenze impeditive, come dimostra, ad esempio, il fatto che il ricorso ad esso si sia rivelato particolarmente frequente nel corso della pandemia del 2020-2021.

4. *Considerazioni conclusive, tra esigenze di conservazione e spinte innovatrici.*

Giunti a questo punto, è possibile tentare di tirare le fila del discorso, razionalizzando quanto si è andati dicendo sin qui e proponendo qualche ulteriore spunto di riflessione, di carattere conclusivo. Si è visto come la c.d. transizione tecnologica abbia inciso (e continui, tuttora, ad incidere) sulle esternazioni del Presidente della Repubblica e, in particolare, sulla funzione pedagogica da quest'ultimo esplicata, essenzialmente sotto due profili. Quanto al primo versante, il magistero costituzionale del Capo dello Stato si è rivelato – sia dal punto di vista quantitativo, sia dal punto di vista qualitativo – particolarmente sensibile nei confronti dei temi correlati alla transizione digitale e, soprattutto, nei riguardi delle sfide offerte dal crescente dilagare dell'intelligenza artificiale, negli ambiti più diversi: il che, naturalmente, costituisce un indice assai significativo della assoluta centralità che tali fenomeni hanno assunto in seno alle società contemporanee e, pertanto, anche della non trascurabilità delle insidie – potenzialmente foriere di gravi conseguenze – ad essi sottese, tanto per la dimensione giuridico-istituzionale, quanto – più in generale – per quella 'civile'.

Così, in un numero davvero considerevole⁸² di interventi pubblici e di comunicati, il Presidente Mattarella si è preoccupato di sensibilizzare, da un lato, l'opinione pubblica; dall'altro, gli organi titolari dell'indirizzo politico (non solo nazionale, ma anche sovranazionale), in ordine alle cruciali questioni che investono il progresso tecnologico, soprattutto dal punto di vista dell'impatto che quest'ultimo produce (o può produrre) sui diritti della persona: e ciò, richiamando l'attenzione sulla necessità che lo sviluppo e l'utilizzo di tali innovazioni avvengano in modo responsabile⁸³ e quantomai rispettoso dei principi espressi dalla Carta costituzionale; e incoraggiando, altresì, un approccio al tema che – anche nell'ambito delle politiche apprestabili allo scopo di governarne natura ed effetti – non perda mai di vista la suprema esigenza di porre, pur sempre, la tecnologia al servizio dell'uomo e del bene comune, e mai viceversa⁸⁴.

Santoro e Maddalena Oliva, 30 novembre 2016; *Testo del videomessaggio del Presidente Sergio Mattarella in occasione dei Giochi Paralimpici di Rio 2016*, 6 settembre 2016.

82 V., nello specifico, *supra*, sub § 2 e, in particolare, le note 25 e 26.

83 Di «impiego etico e responsabile dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie nuove» il Capo dello Stato ha parlato, da ultimo, nella già menzionata *'Lectio magistralis'* del Presidente della Repubblica italiana Sergio Mattarella all'Università Beida di Pechino, 9 novembre 2024 (il corsivo è di chi scrive).

84 V., ad esempio, sul punto, per un'efficace sintesi, A. PICCHIARELLI, *Per un'intelligenza artificiale a misura d'uomo: una possibile regolamentazione valoriale?*, in *Istituto Affari Internazionali Papers*, XX, 2020, 2 ss.; oltre che, se si vuole, PAPA FRANCESCO, *Discorso del Santo Padre alla sessione del G7 sull'intelligenza artificiale*, Borgo Egnazia, 14 giugno 2024, il quale ha ricordato che i programmi di intelligenza artificiale, «affinché (...)

Da questo angolo visuale, la transizione in atto incide, allora, sul magistero presidenziale ampliando il novero dei contenuti che il medesimo può avere ad oggetto, arricchendolo con una vasta gamma di temi affatto nuovi, in relazione ai quali la funzione garantistica del Presidente della Repubblica si trova ad assumere inedite declinazioni.

La forte innovazione, dunque, risiede, in tale prospettiva, nel *merito* delle esternazioni informali del Capo dello Stato, dal momento che, come è ovvio, egli, solo da poco tempo, è stato posto, dalla rapida evoluzione del progresso tecnico-scientifico, nella condizione di dover esercitare il proprio ruolo di ‘custode della Costituzione’ nei riguardi di fenomeni prima inesistenti. Non risiede, invece, nelle concrete *modalità di esplicazione* del magistero medesimo: il quale, anche con riferimento a queste originali frontiere tematiche, continua ad essere esercitato, perlopiù⁸⁵, attraverso i tradizionali discorsi e messaggi, nell’ambito dei quali il Presidente della Repubblica richiama l’attenzione sui valori fondanti il nostro ordinamento costituzionale (si sono menzionati, ad esempio, il principio personalista; il principio democratico; i principi di eguaglianza, solidarietà e coesione sociale; il senso di appartenenza all’Unione europea...), fornendo – appunto, in chiave pedagogica, quale suprema ‘magistratura d’influenza’ – un’interpretazione, con essi coerente, delle sfide connesse alla ‘rivoluzione digitale’ in atto.

Quanto, poi, al secondo versante, l’utilizzo di *internet* (sito istituzionale e *social networks*) da parte della Presidenza della Repubblica si inserisce nel quadro di una generale evoluzione nella comunicazione istituzionale, che ha coinvolto, come si è detto, non solo il Quirinale (tra l’altro, non certo a partire dalla Presidenza Mattarella, ma ben prima⁸⁶), bensì anche tutti gli altri organi costituzionali⁸⁷, al punto che vi è stato chi si è spinto a ragionare, addirittura, del consolidamento di una vera e propria consuetudine costituzionale, avente ad oggetto la (oramai sostanzialmente necessaria) presenza sul *web* di tali attori istituzionali⁸⁸.

siano strumenti per la costruzione del bene e di un domani migliore, debbono essere sempre ordinati al bene di ogni essere umano».

85 Ma, come si è visto, non solo: si pensi, ancora, a «La Costituzione in *shorts*».

86 V., infatti, D. CHINNI, *Sulle esternazioni*, cit., *passim*, con numerosissimi riferimenti alle prassi che si sono potute riscontrare nel corso della prima parte della Presidenza di Giorgio Napolitano.

87 Cfr. D. CHINNI, *Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web. Spunti introduttivi*, in *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, a cura di D. Chinni, Napoli, 2019, 3 ss.; nonché P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., spec. 4 ss.

88 È, questa, ancora, l’opinione di P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., 17, i quali rilevano che «Il silenzio della Costituzione sul punto – silenzio inevitabile, data la assoluta imprefigurabilità del fenomeno di *Internet* da parte dei Padri costituenti – non significa però che la presenza sul *web* degli organi costituzionali sia tutt’oggi priva di un qualche fondamento normativo: si può sostenere, infatti, che sia oramai fondata una consuetudine costituzionale la quale, integrando il testo costituzionale, rende giuridicamente doverosa l’esistenza dei siti *web* istituzionali». Così, una siffatta consuetudine costituzionale, secondo gli Autori, «tale è non per il suo *grado*, ma proprio per il fatto che la presenza *online* incide (o può incidere) sulle modalità di esercizio dei poteri costituzionali e sul concreto funzionamento della forma di governo». V., inoltre, per ulteriori precisazioni in merito, *ivi*, 18.

Una siffatta spinta innovativa non ha potuto, in tutta evidenza, non influire sul magistero costituzionale del Capo dello Stato, che si è trovato, nel giro di pochi anni, ‘catapultato’ nell’universo della rete, con effetti potenzialmente positivi, sebbene non esenti da rischi, anche di non poco momento.

Così, sotto il primo punto di vista, la transizione digitale ha, senz’altro, contribuito in modo determinante a garantire, in una misura prima inimmaginabile, accessibilità e diffusione alle esternazioni del Presidente della Repubblica – comprese quelle a contenuto totalmente o parzialmente ‘pedagogico’ –, agevolandone, in questo modo, la conoscenza da parte di cittadini e istituzioni: se, infatti, un tempo, al fine di prendere cognizione, ad esempio, degli interventi pubblici del Capo dello Stato, pronunciati in occasione delle ricorrenze più diverse, era necessario sfogliare le pagine di un giornale o attenderne il passaggio in televisione; oggi è possibile accedervi, con la massima rapidità, anche a distanza di molto tempo, dal sito istituzionale o dai canali *social* del Quirinale, usufruendo degli intuitivi strumenti di ricerca, appositamente messi a disposizione degli utenti (motore di ricerca presente nel sito *internet*; *hashtag* ‘tematici’ utilizzati nei *post* pubblicati sui *social*); nonché, tra l’altro, scegliendo, tra le diverse disponibili (trascrizione scritta, video integrale, *reel* sottotitolato, citazioni estrapolate dai discorsi e inserite nei *tweet*, etc.), la modalità di fruizione dell’esternazione che appaia ad essi più congeniale, a seconda delle contingenze del caso concreto. Tra l’altro, come si è visto, una tale presenza sul *web* dovrebbe risultare particolarmente efficace nella prospettiva di rinsaldare il legame, per troppo tempo allentato, tra l’istituzione quirinalizia e gli esponenti delle nuove generazioni, rendendo costoro – non in quanto (come spesso si sente affermare) ‘cittadini di domani’, ma perché pienamente cittadini di *oggi* – maggiormente sensibili nei riguardi della cultura costituzionale e dell’esigenza (quanto mai impellente) di una convinta adesione ai (e di una sedimentata interiorizzazione dei) valori insiti nella Legge fondamentale: sotto questo versante, allora, non possono non essere salutate con estremo favore iniziative – come la menzionata serie di brevi video dal titolo «La Costituzione in *shorts*» –, finalizzate, almeno in parte, a rendere il magistero del Presidente della Repubblica, in questa sua forma rinnovata, ‘a misura di giovane’.

È opportuno segnalare, inoltre, che, se è senz’altro vero – come è stato, da più parti, osservato⁸⁹ – che l’esternazione presidenziale, sorta come fenomeno rigidamente monodirezionale (vale a dire, come estrinsecazione di pensiero a senso unico, proveniente *dal* Presidente e diretto *verso* l’opinione pubblica), si presenta, perlopiù, ancora come tale; è altrettanto vero che una siffatta ‘immersione’ del magistero del Capo dello Stato nello spazio digitale ha, almeno in parte, mitigato l’anzidetta peculiarità, spingendo questo potere-facoltà verso una zona che – alle volte solo potenzialmente, altre volte più concretamente – finisce per attingere il carattere della bidirezionalità: potenzialmente,

⁸⁹ Già si sono richiamate, sul punto, le opinioni di P. FARAGUNA, *Il Presidente*, cit., 65, e di P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., 6: cfr., *supra*, la nota 76.

se si ha riguardo al fatto che, come si è visto, i contenuti caricati sui *social* da parte della Presidenza della Repubblica – compresi quelli rappresentativi di interventi o messaggi del Capo dello Stato – sono, in larga misura e con una sola eccezione⁹⁰, suscettibili di essere liberamente commentati dagli utenti (i quali, tuttavia, non ricevendo – di regola – risposta, non possono, ad onor del vero, essere ritenuti parte di una vera e propria interlocuzione con l’istituzione)⁹¹; più concretamente, se, invece, si fa riferimento ad occasioni di incontro – anche spiccatamente destinate ad una fruizione telematica, come quella appena ricordata – tra il Presidente ed un pubblico più o meno vasto, in costanza delle quali la sua funzione pedagogica viene a realizzarsi nell’ambito di un dialogo in senso stretto, ed assume, dunque, una particolare connotazione, anche grazie alle domande che gli interlocutori presenti possono porre al Capo dello Stato.

Concentrando, invece, l’attenzione sul versante dei possibili risvolti negativi della progressiva ‘digitalizzazione’ delle esternazioni e, dunque, anche del magistero costituzionale del Presidente della Repubblica, non si ritiene, in primo luogo, che una tale, considerevole presenza *online* possa comportare il rischio di una sovrapposizione mediatica del Capo dello Stato: e ciò, semplicemente, dal momento che una siffatta sovrapposizione – lungi dal dipendere, ad esempio, dall’attività esplicata dalla Presidenza della Repubblica sui *social networks* e dalle altre ricadute che l’odierna transizione tecnologica può avere sulla comunicazione quirinalizia – è già, da molto tempo, in atto, e dipende da una serie, assai articolata, di concause, che nulla (o ben poco) hanno a che fare con l’avvento ed il consolidarsi dell’uso di *internet*⁹²: prima fra tutte, la lunga

90 L’eccezione, come si è già ricordato, riguarda la pagina *YouTube* del Quirinale. Osserva, infatti, D. CHINNI, *Sulle esternazioni*, cit., 1946 s., nt. 124, a proposito della disabilitazione della possibilità di lasciare commenti ai video caricati su questa piattaforma, che «l’incontro con la comunità virtuale è», almeno in questo caso, esclusivamente «unidirezionale, non potendo quanti visiteranno il canale interloquire con la Presidenza della Repubblica ma solamente ‘ascoltare’ il Capo dello Stato».

91 Si richiama, sul punto, ancora, l’opinione di P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., 6, i quali, assai efficacemente, discorrono di «interlocuzione abortita». Da questo punto di vista, sembra che il metodo più efficace per instaurare (*rectius*: tentare di instaurare) una interlocuzione scritta, in senso proprio, con il Presidente della Repubblica, o, comunque, con gli uffici del Quirinale, sia rappresentato dal tradizionalissimo e utilizzatissimo strumento delle lettere indirizzate al Capo dello Stato (lettere che, tra l’altro, oggi ben possono essere sostituite da un messaggio di posta elettronica, suscettibile di essere inviato anche compilando l’apposito *form* presente in una sezione del sito istituzionale, denominata «La posta», accessibile tramite il *link* «Scrivi alla Presidenza della Repubblica», collocato in calce alla *home page*), alle quali è capitato, non infrequentemente, che egli abbia fatto seguire una risposta: v., solo a titolo esemplificativo, G. SACCHI, *Il Presidente Mattarella risponde di suo pugno alla lettera dei bambini di Vajont, in il mattino di Padova*, 23 febbraio 2024; o L. GENTILI, *Mattarella risponde alla lettera degli studenti, in il Resto del Carlino*, 29 marzo 2023. Cfr., ampiamente, per una completa ricostruzione storica in merito, il recente saggio di M. PONZANI, *Caro Presidente, ti scrivo. La storia degli italiani nelle lettere al Quirinale*, Torino, 2024.

92 Lo sottolinea, peraltro, anche P. FARAGUNA, *Il Presidente*, cit., 66, ove rileva, appunto, che «L’espansione – o secondo alcuni l’intensione – delle funzioni presidenziali non è certamente conseguenza esclusiva della trasformazione delle tecniche comunicative, ma trova le sue cause scatenanti in molteplici fattori (...)».

crisi del sistema dei partiti⁹³, la sua disarticolazione e la sua perdurante incapacità di fungere da efficace anello di intermediazione tra governanti e governati, la quale ha, inevitabilmente, comportato un sempre crescente grado di protagonismo in capo al Presidente della Repubblica⁹⁴, spesso chiamato a supplire – entro l'alveo delle proprie attribuzioni – alle ingiustificabili inerzie degli altri attori istituzionali⁹⁵.

Inoltre, v'è da credere che, a differenza di quanto potrebbe essere predicato con riferimento ad altri organi costituzionali, la presenza dell'attività e degli interventi del Capo dello Stato sul *web* non risponda affatto ad esigenze legate ad una «complessiva ricerca di legittimazione presso i consociati-utenti»⁹⁶, dal momento che la Presidenza della Repubblica è, forse, una delle pochissime istituzioni a non averne alcun bisogno, considerati il consenso e la popolarità di cui, nei fatti, gode da tempo⁹⁷, anche a prescindere dalla 'vetrina' offerta dal sistematico utilizzo del sito istituzionale e dei *social media*: semmai, un tale utilizzo dei mezzi di comunicazione telematici merita di essere inquadrato in termini di opportuno (quasi necessitato) adattamento alle esigenze del tempo presente, il quale, senz'altro, è suscettibile di produrre, come *effetto*, un

93 Cfr., ad esempio, per limitarsi a qualche richiamo soltanto, F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in *federalismi.it*, XXIII, 2016, 1 ss.; e G. VECCHIO, *Crisi dei partiti e crisi del pluralismo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, III, 2017, 1 ss.

94 V., a tale proposito, tra i molti, A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, II, 2013, 1 ss.; C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, I, 2013, 47 ss.; V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La repubblica*, cit., spec. 169 ss. e *passim*; G. SCACCIA, *Espansione del ruolo del Presidente della Repubblica e funzione di rappresentanza dell'unità nazionale*, in *Lo Stato*, III, 2014, 101 ss.; ID., *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena, 2015, *passim*; M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, II, 2017, 1 ss.; M. BERTOLISSI, *Il Presidente della Repubblica e la crisi della forma di governo parlamentare*, in *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, I, a cura di C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino e A. Poggi, Napoli-Torino, 2020, 499 ss.; E. FURNO, *Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, Napoli, 2021, spec. 9, 112 ss. e *passim*; A. RUSSO, *L'evoluzione del ruolo del Capo dello Stato nella storia repubblicana: da De Nicola a Mattarella (bis). Considerazioni a partire da alcuni recenti volumi sul tema*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, II, 2022, 1 ss. Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione della prassi, v., da ultimo, A. PERTICI, *Presidenti della Repubblica. Da De Nicola al secondo mandato di Mattarella*, Bologna, 2022.

95 Cfr. A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo. Dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, I, 2019, 77 ss.; nonché, a titolo esemplificativo, tra le molte implicazioni possibili, con riguardo al potere di scioglimento delle Camere, F.R. DE MARTINO, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle Camere. L'era post-partitica*, Napoli, 2019, spec. 11 ss. e 51 ss.

96 In questi termini, P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., 15, i quali proseguono, rilevando «una evidente tendenza allo slittamento della legittimazione istituzionale verso quella politica, sempre più influenzata dai meccanismi di sollecitazione e rilevazione del consenso, la quale sembra in vario modo interessare sia gli organi del circuito rappresentativo che quelli in esso non direttamente collocati; sia quelli in varia misura provvisti di legittimazione democratica che quelli che ne risultano dichiaratamente privi».

97 Cfr., ad esempio, a questo riguardo, il documento diramato da ISTAT, *La fiducia nelle istituzioni del Paese*, 16 maggio 2022, spec. 3, ove si legge che risultano «Più elevati in generale i livelli di fiducia verso la figura istituzionale del Presidente della Repubblica, che nel 2021 riceve nel 42,7% dei casi punteggi tra 8 e 10, nel 25,7% la sufficienza piena (voti tra 6 e 7) e appena nel 7,4% dei casi totale assenza di fiducia».

incremento di legittimazione in capo al Presidente; ma che, senza dubbio alcuno, nella ricerca di questa medesima legittimazione non rinviene certo la sua *causa* giustificativa.

Ora, se è vero che il Presidente della Repubblica, in quanto organo – sebbene *sui generis* – essenzialmente politico (*rectius*, di garanzia politica⁹⁸), non è chiamato a fronteggiare, nel campo della comunicazione istituzionale, talune, delicate implicazioni che, invece, si pongono in modo più stringente nei riguardi, ad esempio, della Corte costituzionale, nella sua qualità di organo giurisdizionale⁹⁹; non può, in ogni caso, tacersi che, in questo spinoso ambito, l'adozione di alcuni accorgimenti si rivela necessaria anche con riferimento al Capo dello Stato: e ciò, come si è già avuto occasione di evidenziare, al fine precipuo di tutelare, in modo incondizionato, l'autorevolezza e la solennità della carica dalla confusione che spesso regna sovrana nel mondo del *web*; di proteggere lo stesso Presidente dagli attacchi che, non infrequentemente, potrebbero derivargli da parte degli 'improvvisati' avventori delle pagine *social* intestate al Quirinale; nonché, da ultimo, di garantire quelle esigenze di discrezione del suo «potere di persuasione» e di «riservatezza assoluta» delle comunicazioni che lo vedono coinvolto, che sono state ritenute dal Giudice delle leggi imprescindibili, al fine di consentire un «efficace esercizio» del complesso delle attribuzioni presidenziali¹⁰⁰.

98 Cfr., a questo proposito, già G. GUARINO, *Il Presidente*, cit., spec. 957.

99 Cfr., ad esempio, sul punto, G. BERGONZINI, *Una Corte*, cit., spec. 55 ss. e 285 ss.; nonché ID., *Corte*, cit., *passim*; e D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. e soc.*, II, 2018, 255 ss.

100 In questi termini, Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1, punto 9 del *Considerato in diritto*, ove si rileva, più in generale, che «tutti gli organi costituzionali hanno necessità di disporre di una garanzia di riservatezza particolarmente intensa, in relazione alle rispettive comunicazioni inerenti ad attività informali, sul presupposto che tale garanzia – principio generale vavevole per tutti i cittadini, ai sensi dell'art. 15 Cost. – assume contorni e finalità specifiche, se vengono in rilievo ulteriori interessi costituzionalmente meritevoli di protezione, quale l'efficace e libero svolgimento, ad esempio, dell'attività parlamentare e di governo». V., a tale riguardo, P. FARAGUNA, *Il Presidente*, cit., 69, il quale – sulla base dell'evocata pronuncia del Giudice delle leggi – sottolinea che «la comunicazione può svolgere una funzione soltanto se esistono spazi (costituzionalmente tutelati) di riservatezza, e all'espansione del potere di comunicazione; nonché – in termini sostanzialmente analoghi – P. CARNEVALE - D. CHINNI, *To be*, cit., 8, che, a proposito del rapporto intercorrente tra «le esigenze della *espressione estrinseca*» e quelle «del *nascondimento* della comunicazione», discorrono di una «coessenzialità sinergica ai fini della definizione della figura presidenziale» e di una «reciproca influenza e alimentazione». In generale, in ordine alla sentenza n. 1/2013, v., tra i molti, M. MAZZIOTTI, *Osservazioni sulla sent. n. 1 del 2013, con cui la Corte Costituzionale ha deciso il conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti del Tribunale di Palermo*, in *Giur. cost.*, I, 2013, 50 ss.; F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, I, 2013, 54 ss.; L. CARLASSARE, *La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi*, in *Giur. cost.*, I, 2013, 59 ss.; U. DE SIERVO, *Una buona sentenza a tutela delle libertà del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, I, 2013, 64 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in *Giur. cost.*, I, 2013, 71 ss.; A. D'ANDREA, *Attività informale e iper-riservatezza del Presidente della Repubblica: il via libera della Corte con qualche slancio di troppo*, in *Giur. cost.*, I, 2013, 77 ss.; A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Rivista AIC*, I, 2013, 1 ss.; S. GIANELLO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, III, 2013, 1 ss.;

In questa prospettiva, occorre dare atto della circostanza che l'ufficio stampa della Presidenza della Repubblica ha dimostrato, sinora, di essersi preoccupato in modo assai scrupoloso della salvaguardia di un tal genere di impellenze (peraltro, dalle delicatissime implicazioni di carattere istituzionale), dando prova di una gestione tanto del sito ufficiale, quanto delle pagine *social*, sempre oculatamente improntata a canoni di equilibrio, ponderatezza, moderazione e distacco, che si confanno, in generale, ad uno *stile* comunicativo che – pur calato nella contemporaneità, ed inevitabilmente condizionato dalle pretese di immediatezza e breviloquio che essa troppo spesso impone, specie nell'ambito dello spazio del *web* – non può permettersi di rinnegare una lunga tradizione, che ha reso (positivamente, salve rare eccezioni) davvero inconfondibile il «linguaggio dei Presidenti»¹⁰¹. A voler, comunque, mettere in luce qualche possibile criticità, vale la pena di segnalare, innanzi tutto, la necessità – alla quale, a dire il vero, gli uffici del Quirinale sembrano già aver posto rimedio – che la comunicazione via *social* non sostituisca mai quella tradizionale (per tale intendendosi, oramai, anche quella di cui al sito ufficiale), ma la affianchi soltanto, nella prospettiva di amplificarla, permettendo a quest'ultima di raggiungere una platea assai più ampia di destinatari: così, dovrebbero essere scongiurati episodi – come quello (in vero, non più verificatosi), cui si è fatto cenno sopra¹⁰² –, nei quali il *tweet* o, in generale, il *post* costituisca l'unico mezzo, attraverso cui la Presidenza della Repubblica dà voce ad un proprio comunicato.

G. VOSA, *Percorsi di legittimazione del potere. La figura del Presidente della Repubblica nei primi mesi del bi-settennato di Napolitano*, rileggendo C. cost., 1/2013, in *Rivista AIC*, I, 2014, 1 ss.; D. CODUTI, *La sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale sullo sfondo dei rapporti tra politica e magistratura: una decisione forse inevitabile ma non priva di ombre*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 maggio 2013, 1 ss.; S. CECCANTI, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1/2013: il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l'equilibrio tra i poteri e la sua funzione di garantire prestazioni di unità*, in *Forum di Quad. cost.*, 16 gennaio 2013, 1 ss.; M.C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 5 febbraio 2013, 1 ss.; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 22 febbraio 2013, 1 ss.; A. MORELLI, *La riservatezza del Presidente. Idealità dei principi e realtà dei contesti nella sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 28 marzo 2013, 1 ss.; O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, in *Quad. cost.*, I, 2013, 21 ss.; M.C. GRISOLIA, *Un nuovo «tassello» nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato*, in *Quad. cost.*, I, 2013, 115 ss.; M. TIMIANI, *In margine al conflitto tra Capo dello Stato e Procura di Palermo, ovvero del potere di scioglimento delle Camere*, in *Quad. cost.*, I, 2013, 119 ss.; F. FERRARI, *Ma non era una Repubblica? Sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica dopo Corte cost. 1/2013*, in *federalismi.it*, XIII, 2013, 1 ss.; P. FARAGUNA, *«Pronto, Napolitano?»: il conflitto tra Presidente e Procura sulle intercettazioni del Capo dello Stato*, in *Studium iuris*, XI, 2013, 1201 ss.; nonché E. FURNO, *La responsabilità del Presidente della Repubblica dopo la sentenza n. 1/2013 della Corte costituzionale*², Torino, 2014, e G. SCACCIA, *Il ruolo del Presidente della Repubblica dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013*, in *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa»*. Milano, 14 Novembre 2014, a cura di L. Violini, Napoli, 2014, 39 ss.

101 Cfr. M.A. CORTELAZZO, *Il linguaggio dei presidenti*, in *I Presidenti della Repubblica. Il Capo dello Stato e il Quirinale nella storia della democrazia italiana*, II, a cura di S. Cassese, G. Galasso e A. Melloni, Bologna, 2018, 901 ss.

102 V. la nota 69 e, specificamente, M. MALVICINI - G. LAURI, *Basta un 'tweet'?*, cit.

In secondo luogo, dal momento che, per forza di cose, l'istantaneità non può che essere nemica della completezza, merita di essere ribadita – soprattutto nell'ambito di quei contenuti che, come si è visto, volutamente effettuano delle selezioni (di video o di testo), a partire da discorsi o da messaggi del Capo dello Stato, onde permetterne una intellegibilità tendenzialmente immediata – l'importanza di garantire sempre un facile accesso all'intervento o al comunicato in formato integrale: da questo punto di vista, risulta senz'altro apprezzabile la prassi, già seguita da chi gestisce i profili *social* del Quirinale, di inserire (non sistematicamente, ma molto di frequente), all'interno di un siffatto genere di *post*, un apposito *link*, di rinvio al contenuto completo: un'abitudine, questa, che merita, dunque, di essere ulteriormente potenziata, estendendola ad un numero sempre maggiore di pubblicazioni digitali, che denotano una tale 'selettività' nei riguardi delle esternazioni presidenziali¹⁰³. Ancora, ferma restando l'accennata, potenziale bontà – nella prospettiva di favorire un ulteriore avvicinamento tra il Presidente della Repubblica e la cittadinanza – della scelta di consentire agli utenti di commentare i contenuti pubblicati sulle pagine *social* del Quirinale, nella direzione di una ideale vocazione 'bidirezionale'; potrebbe, forse, apparire utile – in modo particolare, su *Instagram* – eliminare almeno la possibilità, per chiunque, di 'taggare' l'*account* della Presidenza della Repubblica, al fine di evitare che – nella sezione della pagina dedicata ai *post* esterni, che semplicemente menzionano il profilo del Capo dello Stato – compaiano contenuti non sempre consoni, opportuni o, comunque, pertinenti¹⁰⁴.

Da ultimo, avendo riguardo non già ai *social networks*, bensì al sito istituzionale, varrebbe la pena di incrementare il numero, ancora troppo esiguo, di traduzioni in inglese (ma anche nelle altre lingue straniere) degli interventi e dei comunicati del Presidente della Repubblica: se, infatti, l'utilizzo di *internet* ha favorito una diffusione considerevolmente maggiore delle esternazioni presidenziali non solo nel contesto italiano, ma su scala globale, risulta senz'altro conveniente (oltre che coerente) agevolarne una consultazione diretta (vale a dire, in forma ufficiale, non mediata – ed eventualmente intaccata nella genuinità dei contenuti – da una trasposizione linguistica effettuata da terzi), anche da parte dei potenziali interessati, non italofoeni.

In conclusione, sembra potersi affermare che il magistero costituzionale del Presidente della Repubblica e, più in generale, il potere-facoltà di esternazione abbiano risentito, in modo perlopiù positivo, delle opportunità e delle sfide offerte dalla transizione tecnologica in atto. Anche il Capo dello Stato, al pari degli altri organi costituzionali, vi risulta immerso, ed è inevitabilmente chiamato a farvi i conti, sia

103 Un accorgimento, questo, che sarebbe particolarmente utile, in specie all'interno di quei *post*, pubblicati perlopiù nel profilo *X* del Quirinale, che contengono brevi frammenti, estrapolati da un più ampio intervento del Presidente della Repubblica (v., ad esempio, il *post* del 10 novembre 2024: «#Mattarella: La Cina è per l'Italia il primo *partner* economico in Asia. Lo spirito costruttivo che ci anima sollecita un rapporto equilibrato che consenta la rimozione delle barriere che ostacolano l'accesso al mercato cinese di prodotti italiani di eccellenza». Assente, a seguire, il *link* al testo completo dell'intervento).

104 V., *supra*, la nota 76, in fine.

dal punto di vista della conformazione generale del proprio ruolo istituzionale e, in particolare, della propria funzione di garanzia (oltre che, *in primis*, di rappresentanza dell'unità nazionale); sia dal punto di vista delle modalità di instaurazione e configurazione del proprio rapporto (in senso lato) con i cittadini, anche nell'ottica dell'esplicazione di quella 'missione' pedagogica, che gli è tradizionalmente attribuita: venendosi ad ampliare, così, quanto al primo profilo, lo spettro d'azione del proprio potere di persuasione ed influenza e, soprattutto, di custodia dei valori costituzionali, anche nei riguardi dei (almeno in parte, ancora poco esplorati e, quindi, poco conosciuti) diversi fenomeni legati all'innovazione digitale e all'avvento dell'intelligenza artificiale; quanto al secondo aspetto, le potenzialità insite nella propria *teaching function*, grazie all'impiego di mezzi di comunicazione in grado di assicurare a quest'ultima una visibilità prima impensabile, dotando il Presidente della Repubblica di un inedito palcoscenico¹⁰⁵, di cui servirsi con discrezione, buonsenso e moderazione, così come il Quirinale, nel complesso, ha sempre mostrato, e sta mostrando, di fare.

ABSTRACT: Il presente contributo si propone di indagare il rapporto sussistente tra il magistero costituzionale del Presidente della Repubblica e il fenomeno della transizione tecnologico-digitale, sotto un duplice angolo visuale. Nella prima parte, infatti, si concentrerà l'attenzione sull'analisi contenutistica di quelle esternazioni presidenziali – a vocazione (direttamente o indirettamente) pedagogica –, che fanno riferimento a tematiche connesse alla dimensione del *web* e all'avvento dell'intelligenza artificiale, proponendone anche una possibile catalogazione sulla base delle più ricorrenti declinazioni del tema. Nella seconda parte, invece, ci si soffermerà sul modo in cui *internet* e i *social media* hanno influito, e continuano ad influire, non solo sulla diffusione, ma anche sulle stesse modalità di ideazione e realizzazione delle suddette esternazioni (si pensi, ad esempio, all'inedito *format* 'La Costituzione in *shorts*'). In questo modo, si passerà dalla trattazione relativa alla transizione digitale 'nel' magistero presidenziale a quella riguardante – con termini esattamente invertiti – il magistero presidenziale 'nella' transizione digitale.

PAROLE CHIAVE: Presidente della Repubblica – transizione digitale – magistero costituzionale – *social networks* – comunicazione.

105 Cfr. M. TEBALDI - M. CALARESU, *Sul palco*, cit., spec. 10, i quali utilizzano questa espressione, correlandola a quella che essi definiscono l'«actorness presidenziale», intesa come insieme delle «relazioni documentate del Presidente della Repubblica, il suo interagire con altri ruoli istituzionali e con tutte le altre componenti della società».

Amelia Napolitano

IL PERCORSO VERSO LA UNCRPD.

BREVI NOTE DI STORIA GIURIDICO-SOCIALE DELLA DISABILITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Medioevo: un'epoca di contraddizioni. – 3. Dalla segregazione dell'Età Moderna all'attenzione alla cura ed educazione del periodo successivo all'illuminismo: la nascita della pedagogia speciale per persone sorde e cieche. – 4. Il XIX secolo e l'affermarsi di un modello medico. – 5. Rivoluzione industriale e guerre: l'invalidità di massa e il modello (medico)riabilitativo. – 6. Menomazione, malattia ed eugenetica: il periodo buio dello sterminio nazista. – 7. L'approccio medico-riabilitativo alla disabilità nell'OMS. – 8. I 'disability studies' e il modello sociale della disabilità. – 9. Verso l'ICF e il modello biopsicosociale di disabilità. – 10. La 'United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities' come coronamento: la garanzia non discriminatoria dei diritti umani per le persone con disabilità.

1. *Premessa.*

L'attenzione ai diritti delle persone con disabilità è un fenomeno recente, che corrisponde in misura significativa all'elaborazione e all'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità - United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UNCRPD). Questa categoria di persone, definita da Schianchi la "Terza nazione del mondo"¹ che conta ad oggi più di 1.3 milioni di persone in tutto il globo², è infatti rimasta a lungo marginalizzata dalla società ed esclusa dalle lotte per il riconoscimento dei diritti di diverse fasce di popolazione considerate più deboli (dai lavoratori alle donne, dai bambini agli anziani) che hanno caratterizzato in particolare il '900. Tantomeno c'è stato spazio, fino ad un periodo molto recente, per un pieno riconoscimento, anche sociale, delle loro esigenze e del loro sentire. Può essere interessante cercare di comprendere, seppur sinteticamente, come si sia giunti ad una prospettiva come quella fatta propria dalla UNCRPD, destinata ad innovare in maniera a volte radicale le strutture giuridiche e sociali che si sono sviluppate, anche in tempi recenti, nelle società e nei sistemi giuridici contemporanei. Di seguito si tratteggeranno dunque alcuni sviluppi storici relativi alla posizione delle 'persone con disabilità' – anche in realtà, come si capirà, i concetti rilevanti cambiano durante le diverse fasi (§§ 2-6), per poi giungere all'inquadramento del fenomeno della disabilità come inteso al giorno d'oggi, attorno agli sviluppi delle classificazioni dell'OMS - WHO e, poi, con l'adozione della UNCRPD (§§ 7-10).

1 M. SCHIANCHI, *La terza nazione del mondo: i disabili tra pregiudizio e realtà*, Milano, 2009.

2 WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Global report on health equity for persons with disabilities*, Geneva, 2022.

2. Il Medioevo: un'epoca di contraddizioni.

Tralasciando volutamente in questa sede di considerare l'antichità³, che pure può offrire spunti interessanti per comprendere il presente, specie in relazione allo sviluppo del pensiero filosofico e politico del mondo classico greco e romano, è utile muovere queste considerazioni dall'era cristiana e, in particolare, dal passaggio dalla Tarda Antichità all'Alto Medioevo. In quell'epoca, a seconda della disabilità posseduta, si affermano modalità di marginalizzazione o assistenza differenti⁴ dovute, rispettivamente, a due principi fondamentali nella visione dell'Europa cristiana: l'‘infirmas’, rappresentazione corporea della fragilità dell'uomo e del suo peccato originale⁵, e la ‘caritas’, simbolo dell'amore paterno di Dio per gli uomini. In relazione all'idea di ‘infirmas’, la nascita di una persona disabile è considerata come una punizione per un male morale e la prova tangibile di un peccato commesso, di un adulterio o di una sessualità ritenuta sbagliata⁶. Frequenti sono pertanto in questo periodo le norme che dispongono di bandire dalla città gli storpi e i mutilati⁷. La diffidenza nei confronti delle persone disabili comporta un lento e progressivo processo di assimilazione del disabile alla figura del malfattore⁸. L'idea della ‘caritas’, tuttavia, introduce nella stessa società medioevale anche una visione compassionevole delle persone con disabilità, oggetto della misericordia di Dio. Per i cristiani, infatti, prendersi cura degli altri e fornire assistenza sociale ha sempre rappresentato un momento importante per la salvezza della propria anima e del proprio spirito. Questo tipo di considerazioni conduce alla nascita dei primi ‘hospitali’⁹ e delle prime istituzioni religiose destinate ad accogliere tutti coloro i quali non riescono a provvedere al proprio sostentamento: i ‘pauperes’¹⁰.

Nel Basso Medioevo, con la costruzione in Francia della Casa dei Trecento voluta dal Re Luigi IX, nasce una delle prime istituzioni ad essere dedicate per lo più all'accoglienza di persone disabili e che rappresenta un'eccezione agli ospedali del tempo tutti gestiti dalla Chiesa¹¹. La Casa dei Trecento ospita principalmente persone cieche che hanno compiuto 16 anni e che, dopo essersi spogliate di qualsiasi bene di loro

3 Su cui si fa qui rinvio, tra i molti, a: M. FIORANELLI, *Il decimo cerchio. Appunti per una storia della disabilità*, Roma-Bari, 2011; M. SCHIANCHI, *Storia della disabilità: dal castigo degli dei alla crisi del welfare*, Roma, 2012; G. SERRA, *Storia e teorie della disabilità. Dal mostro al soggetto alla persona*, Piazza Armerina, 2020.

4 S. CARRARO, «Non Ha Utilità Adguna». Essere disabile nel Medioevo, in *Archivio Storico Italiano*, CLXXV, 2017, 3 ss.

5 J. LE GOFF, *Il rifiuto del piacere in L'amore e la sessualità*, a cura di G. Duby, Bari, 1994, 147 ss.

6 M. SCHIANCHI, *La terza nazione del mondo: I disabili tra pregiudizio e realtà*, Milano, 2009.

7 A. ZORZI, *Menomare e sfigurare come atti di giustizia*, in *Deformità fisica e identità della persona tra Medioevo ed età moderna: atti del XIV Convegno di studi organizzato dal Centro di studi sulla civiltà del tardo medioevo (San Miniato, 21-23 settembre 2012)*, a cura di G.M. Varanini, Firenze, 2015, 133 ss.

8 S. CARRARO, «Non Ha Utilità Adguna», cit.

9 Per un approfondimento sulla nascita degli *hospitali* e sulla nascita dell'assistenza per i viaggiatori e per le categorie svantaggiate della società, si vedano: M. FIORANELLI, *Il decimo cerchio*, cit.; J.C. SCHMITT, *La storia dei marginali*, in *La nuova storia*, a cura di J. Le Goff, Milano, 1980, 259 ss.

10 S. CARRARO, «Non Ha Utilità Adguna», cit.

11 M. SCHIANCHI, *Storia della disabilità*, cit.

proprietà, accettano di partecipare attivamente alla gestione della casa occupandosi dell'elemosina.

3. *Dalla segregazione dell'Età Moderna all'attenzione alla cura ed educazione del periodo successivo all'illuminismo: la nascita della pedagogia speciale per persone sorde e cieche.*

Con l'Età Moderna inizia un processo di laicizzazione dell'assistenza e la 'diversità' di condizioni fisiche, insieme alla malattia mentale, cominciano a non essere più accettate, portando le persone con disabilità a divenire oggetto di reclusione e di esclusione dalla società. A partire dalla seconda metà del Seicento nascono in tutta Europa le 'case di correzione', luoghi deputati all'internamento di tutti quegli individui considerati diversi che non vengono più accettati nella società e la cui espulsione non è più sufficiente ad assicurare l'ordine pubblico, come accadeva nel Medioevo, ma necessitano di essere rinchiusi ed occultati¹². Durante l'Illuminismo, anche grazie ad una riforma del sapere medico-scientifico¹³, inizia a diffondersi un rinnovato interesse nei confronti di quelle diversità, che si cercava al contempo di capire e di annullare. Ritornano al centro della scena gli ospedali che in quel periodo, da luoghi di reclusione, cominciano ad essere concepiti come luoghi di cura. Contestualmente, anche i filosofi iniziarono nuovamente ad occuparsi dello studio della disabilità. Un esempio su tutti è Jean-Jacques Rousseau che nel primo libro dell'Emilio stabilisce i criteri che un maestro deve rispettare per scegliere il proprio allievo, del quale «bisogna che il corpo abbia sufficiente vigore per obbedire all'anima»¹⁴, in quanto «chi si accolla un allievo infermo e malaticcio muta l'ufficio di educatore in quello di infermiere»¹⁵. Di contro, Denise Diderot nella sua opera 'Lettre sur les aveugles à l'usage de ceux qui voient' pubblicata nel 1749, che gli costa l'incarcerazione con l'accusa di aver diffuso idee sovversive, partendo dalla cecità, rovescia il concetto stesso di normalità ritenendo che la capacità di ragionare rimanga integra nonostante la cecità¹⁶. Nel 1751 Diderot pubblica un'altra opera riguardante situazioni di menomazione sensoriale, intitolata 'Lettre sur les sourds et muets à l'usage de ceux qui entendent & qui parlent' nella quale, sovvertendo le comuni convinzioni sulla formazione del linguaggio e della comunicazione, afferma l'esistenza di molteplici modi per comunicare dei quali la parola è solo il più semplice da utilizzare¹⁷. Durante il XVIII secolo si ha un'importante svolta nella riflessione sulla disabilità: si inizia, infatti, a considerare la possibilità di educare la persona con

12 Esempi di 'case di correzione' furono: i *Bridewells* in Inghilterra, gli *Hôpitaux Généraux* a Parigi, le *Zuchthausen* in Germania, gli *Ospedali per Poveri* in Italia. Per un approfondimento si veda B. GEREMEK, *La popolazione marginale tra il Medioevo e l'era moderna*, in *Studi Storici*, III/IV, 1968, 623 ss.

13 R. PORTER, *Medicina e Illuminismo nell'Inghilterra del Settecento*, in *Quaderni storici*, XIV, n. 40, 157 ss.

14 J.J. ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, Parigi, 1762 (trad. ita. A cura di P. Massimi, *Emilio o dell'educazione*, Roma, 1989, 88.)

15 P. Massimi, *Emilio*, cit. 88.

16 M. SCHIANCHI, *La terza nazione del mondo*, cit.

17 M. FIORANELLI, *Il decimo cerchio*, cit.

menomazioni, grazie anche alla nascita di una specifica branca della pedagogia, detta ‘pedagogia speciale’¹⁸, chiamata a considerare metodi specifici per rispondere ai bisogni educativi speciali di soggetti con menomazioni o condizioni di salute invalidanti¹⁹. La possibilità di impartire un’educazione speciale viene prospettata e successivamente sperimentata soprattutto in relazione a ciechi e sordi, per i quali nascono istituzioni specializzate distinte dai manicomi²⁰. La scelta di sperimentare un’educazione che si avvalsesse di tecniche e tecnologie adatte alle condizioni di menomazione delle sfere visiva e uditiva, nasceva dalla considerazione che alle persone con minorazioni sensoriali era possibile insegnare compensando il senso mancante o compromesso con gli altri sensi presenti²¹. La prima scuola pubblica per persone sorde viene avviata nel 1771 a Parigi dall’abate Charles-Michel de l’Épée che è ricordato anche come il primo a sperimentare un metodo mimico-gestuale per comunicare con i sordi²². Sulla base dell’esperienza della scuola parigina, nascono anche un Istituto a Lipsia nel 1778, che utilizza un metodo di insegnamento basato sull’uso della parola e uno a Roma nel 1782 ad opera del sacerdote italiano Tommaso Silvestri. La prima scuola per ciechi va ricondotta a Valentin Haüy²³ che sperimenta il sistema a caratteri in rilievo e mobili, mentre qualche anno dopo, sulla scorta di queste sperimentazioni e studi precursori, Louis Braille inventa un alfabeto che porta il suo nome e che è ancora oggi in uso per comunicare con le persone cieche²⁴.

4. Il XIX secolo e l’affermarsi di un modello medico.

Tra la fine del XVIII e l’inizio del XIX secolo nasce la medicina moderna²⁵ e con essa si sviluppa un ‘modello medico’ di risposta alla difformità²⁶. Partendo dal principio di determinismo biologico secondo il quale molte condizioni di disabilità sono la conseguenza di cause fisiche, comportamentali, psicologiche, cognitive o sensoriali connesse a patologie dell’individuo, questo modello si occupa delle persone non

18 La nascita della pedagogia speciale viene per convenzione attribuita al medico Marc Gaspard Itard (1775-1838) e al suo allievo Edouard Séguin (1812-1880). Per approfondimenti si veda P. DAL TOSO - M. GECHELE, *Educare alla diversità: una prospettiva storica*, Pisa, 2019.

19 M. GELATI, *Pedagogia Speciale e integrazione: dal pregiudizio agli interventi educativi*, Roma, 2004, 18 ss.

20 R. MEDEGHINI - E. VALTELLINA, *Quale disabilità? Culture, modelli e processi di inclusione*, Milano, 2006.

21 A. ERRANI, *Le immagini degli handicappati nella storia*, in *La difficile storia degli handicappati*, a cura di A. Canevaro e A. Goussot, Roma, 2000.

22 C.M. DE L’ÉPÉE, *Institution des sourds et muets par la voie des signes méthodiques*, Paris, 1776.

23 A.R. MORSE, «Valentin Haüy and Louis Braille: Enabling Education for the Blind», in *Foundations of Ophthalmology*, a cura di M. Marmor e D. Albert, Springer, 2017.

24 P. DAL TOSO - M. GECHELE, *Educare alla diversità*, cit.

25 Per approfondimenti sulla storia della medicina si rimanda a G. ARMOCIDA - B. ZANOBIO, *Storia della medicina*, Milano, 2002; G. COSMACINI, *L’arte lunga, storia della medicina dall’antichità a oggi*, Roma-Bari, 2006; J. STAROBINSKI, *Breve storia della medicina*, Milano, 2023.

26 P.K. LONGMORE - L. UMANSKY, *The new disability history: American perspective*, New York, 2001.

conformi alla normalità solo nella prospettiva della patologia, e della sua cura. Il ‘disabile’ considerato nell’ambito di questo modello è solo ed unicamente un paziente medico, esonerato dal prendere parte alla vita sociale e culturale della sua comunità in quanto in attesa di essere curato. Quando l’impedimento biologico non possa essere curato, di quella persona si considera, con una sorta di giudizio finale, l’inabilità al lavoro e alla partecipazione alla vita culturale. Ne consegue l’isolamento, la perdita di qualsiasi possibilità di inclusione ed una rinuncia a qualsiasi prospettiva di realizzazione (o addirittura una formale riduzione) dei diritti di quella persona²⁷.

5. *Rivoluzione industriale e guerre: l’invalidità di massa e il modello (medico)riabilitativo.*

Tra il XIX e il XX secolo, l’avvento della modernità e dei conseguenti sviluppi tecnologici che ha portato con sé, ha avuto un forte potere invalidante²⁸. Durante la Rivoluzione Industriale sorgono, ai margini delle grandi città, dei quartieri-dormitorio per la classe operaia nei quali le condizioni di vita, di igiene e di salute contribuiscono all’aumento del tasso di invalidità che inizia a rappresentare una questione sociale: la disabilità non è più *soltanto un esito delle circostanze fisiche naturali oppure di una colpa, ma* diventa il risultato di specifici meccanismi sociali che aumentano le situazioni di emarginazione sociale²⁹. Con l’arrivo della Prima Guerra Mondiale, aumenta in modo esponenziale il numero dei disabili in Europa: agli infermi per malattie congenite, a cui si erano aggiunti gli invalidi del lavoro, si aggiunge anche la categoria dei mutilati di guerra. Questi ultimi, considerati dalla società come degli eroi grazie ad opere propagandistiche in cui i corpi offesi e le ferite di guerra diventano il segno del patriottismo e del sacrificio nazionale, contribuiscono alla nascita della figura dei ‘nuovi disabili’ che iniziano a godere di una maggiore accettazione rispetto agli infermi e agli invalidi. Inizia a svilupparsi in questo periodo, quindi, una distinzione in seno alla categoria delle persone con disabilità e una suddivisione degli stessi in gerarchie di importanza e rilevanza sociale. L’antico e diffuso sentimento di orrore dovuto alle deformazioni corporee, tuttavia, continua a persistere e questo comporta il registrarsi di una risposta non univoca rispetto ai corpi offesi e le persone inabili diverse dai mutilati di guerra continuano ad essere oggetto di avversione e derisione, associati a sentimenti di compassione ed empatia. Il numero crescente di persone considerate inabili e la loro diffusione in ogni ceto sociale ha l’effetto di creare una certa familiarità con la disabilità ed il reinserimento nella società assume un’importanza sempre maggiore. Collegato al

27 R. ANDRICH - P. BUCCIARELLI - G. LIVERANI - E. OCCHIPINTI - L. PIGINI, *Disabilità e lavoro: un binomio possibile. Metodi ed esperienze di progettazione di ambienti e processi di lavoro per lavoratori con limitazioni motorie*, Milano, 2009.

28 M. SCHIANCHI, *Il debito simbolico: una storia sociale della disabilità in Italia tra Otto e Novecento*, Roma, 2019.

29 G. SERRA, *Storia e teorie della disabilità*, cit.

modello medico della disabilità e coesistente con esso, si sviluppa in questo periodo, soprattutto in America, il modello riabilitativo che vede la persona con disabilità come un individuo che necessita di servizi di riabilitazione professionale per colmare il deficit causato dalla menomazione.

6. Menomazione, malattia ed eugenetica: il periodo buio dello sterminio nazista.

Durante il periodo della Seconda Guerra Mondiale, l'atteggiamento che si diffonde nei confronti delle persone menomate e cronicamente malate vede il propagarsi in tutta Europa di un brusco ritorno al passato con atteggiamenti brutali e disumanizzanti che poggiano le proprie basi sul pensiero eugenetico negativo, volto a fermare la trasmissione dei caratteri negativi e delle malattie da una generazione all'altra³⁰.

L'eugenetica, che si sviluppa massimamente nella Germania nazista, vantando largo seguito fino a tempi relativamente recenti anche in alcune società scandinave, si considerava figlia di Platone, che nel suo 'De Repubblica' afferma quanto la vita di un individuo nato con patologie invalidanti non sia di giovamento né alla persona stessa, né all'intera società e che quindi la medicina non avrebbe dovuto occuparsi di loro, ma lasciarli morire senza essere curati. In Germania, in particolare, l'eugenetica viene utilizzata da Hitler come strumento politico, quasi un escamotage per l'eliminazione delle persone considerate indegne di perpetrare il proprio patrimonio genetico con l'intento di creare la razza perfetta.

Ha inizio, dunque, la persecuzione delle persone con disabilità da parte del potere politico che comporta che esse furono reputate come un peso dall'intera società. Ciò si dimostra soprattutto il risultato di un intenso programma propagandistico fatto di opuscoli, manifesti, cortometraggi diffusi in tutto il Paese, in cui si evidenzia il costo che gli istituti medici e l'intera popolazione deve sostenere per la cura delle persone disabili e con malattie mentali³¹. La politica eugenetica viene supportata anche dal sistema legislativo. Il 14 luglio del 1933 è promulgata la 'Legge per la prevenzione della prole con malattie ereditarie' (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*) che all'art. 1 comma 2 enuncia in otto punti coloro i quali sono da considerarsi malati ereditari ai sensi della legge stessa. Tra questi vengono menzionate persone con disabilità cognitiva, disabilità sensoriale e disabilità fisica, che hanno l'obbligo di sottoporsi, anche contro la propria volontà, alla sterilizzazione forzata.

30 Per un approccio critico all'eugenetica si veda F. CASSATA, *Eugenetica senza tabù*, in *Usi e abusi di un concetto*, Torino, 2015. Per un approfondimento sull'eugenetica tra le due Guerre Mondiali si veda C. MANTOVANI, *Rigenerare la società: l'eugenetica in Italia dalle origini ottocentesche agli anni Trenta*, Soveria Mannelli, 2004.

31 In un manifesto del 1938 dal titolo *60mila marchi del Reich* si legge: «ecco quanto questa persona che soffre di una malattia ereditaria costa alla comunità del popolo durante la sua vita. Compagno, è anche il tuo denaro», da G.A. STELLA, *Diversi: la lunga battaglia a dei disabili per cambiare la storia*, Milano, 2019.

Per attuare la legge, viene anche creata una solida struttura legale secondo la quale la richiesta di sterilizzazione doveva pervenire per iscritto ai 'Erbgesundheitsgerichten', cioè i Tribunali per la sanità ereditaria (Art. 4) da parte della persona stessa, da un suo rappresentante legale in casi di minore età, incapacità di intendere o capacità giuridica limitata (Art. 2 comma 1), da un medico dipendente pubblico o dal capo dell'istituto ospedaliero o carcerario, previa visita medica di un professionista sanitario del Reich Tedesco (Art.2, co.2). I Tribunali per la Salute Ereditaria erano costituiti da un giudice e due medici ed annessi agli uffici giudiziari di prima istanza: dopo una loro pronuncia a favore della sterilizzazione, l'intervento chirurgico poteva essere eseguito anche contro la volontà dell'individuo. In caso di resistenze, la polizia era autorizzata a usare la forza per garantire che la legge fosse rispettata. Questa legge, unita ad una definizione estremamente flessibile del concetto di malattia trasmissibile ereditariamente, porta alla sterilizzazione di circa 300.000 persone nel periodo appena precedente il secondo conflitto mondiale. Nonostante ciò, questa soluzione appare ancora insufficiente per purificare la razza e dalla sterilizzazione si passò all'isolamento e all'uccisione delle persone disabili. Con il programma di eutanasia denominato 'Progetto Aktion T4', seguito dal programma 'Sonderbehandlung 14f13', si arriva all'uccisione di circa 300.000 persone classificate come vite indegne di essere vissute e tra queste 70.000 sono persone con disabilità. Come si legge in Friedlander *«Man mano che la guerra si profilava all'orizzonte, Hitler autorizzò i pianificatori del partito e dello Stato a passare al metodo di ostracismo più radicale: lo sterminio. Il primo gruppo ad essere preso a bersaglio fu quello dei disabili. Esclusi, incarcerati, sterilizzati e ignorati, i disabili furono giudicati sacrificabili, e dunque una progressione logica portò allo sterminio dei disabili nell'ambito del cosiddetto programma di eutanasia. [...] Le uccisioni per eutanasia si rivelarono l'atto di inaugurazione del genocidio nazista»*³².

7. L'approccio medico-riabilitativo alla disabilità nell'Organizzazione Mondiale della Sanità.

Terminata la terribile parentesi eugenetica, la questione riprende ad essere considerata attraverso la prospettiva medica. Nel quadro dello sviluppo dell'organizzazione internazionale che, sulle ceneri della Società delle Nazioni, riprende nel quadro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, un'agenzia specializzata dell'ONU assume un ruolo sempre più importante nel campo di interesse di questo contributo: l'Organizzazione Mondiale della Sanità, OMS (WHO nell'acronimo inglese). Con gli anni '50 e '60, infatti, la discussione sulla malattia, svolta in seno all'OMS nel quadro dell'aggiornamento periodico della Classificazione Internazionale delle Malattie, (ICD, International Classification of Diseases), che l'Organizzazione aveva iniziato a sviluppare sin dal suo insediamento nel 1948, comincia a dare rilievo alle conseguenze della malattia sulla vita delle persone. È in tale quadro che si sviluppa, in un contesto appunto medico-riabilitativo, una separata classificazione delle menomazioni, disabilità e handicap, culminata

32 H. FRIEDLANDER, *Le origini del genocidio nazista*, Milano, 2021.

con l'approvazione da parte della XXIX Assemblea Mondiale della Sanità, nel 1976, di una risoluzione³³ che avrebbe, di lì a poco, portato alla pubblicazione, nel 1980, della 'International Classification of Impairments, Disabilities and Handicap'³⁴, in cui compaiono i concetti di menomazione ('Impairment') intesa come 'qualsiasi perdita di anomalia di struttura o funzione psicologica, fisiologica o anatomica', di disabilità ('Disabilities') cioè 'qualsiasi mancanza di capacità di svolgere un'attività nel modo o nell'intervallo considerato normale per un essere umano' e di 'handicaps' definito come 'uno svantaggio per un determinato individuo, derivante da una menomazione o una disabilità'. Nel quadro di quello strumento, ad avere importanza per la riabilitazione ed il reinserimento in società non è solo la causa della patologia, ma anche l'influenza che il contesto ambientale esercitava sullo stato di salute della persona con disabilità e per la prima volta vennero evidenziate le conseguenze sociali legate alla malattia³⁵.

8. I 'disability studies' e il modello sociale della disabilità.

Sempre negli anni '70 del XX secolo, si registra la nascita nei Paesi Anglosassoni e del Nord Europa di un filone di studi sulla tematica chiamato 'Disabilities Studies' che, opponendosi al modello medico e riabilitativo, analizza in modo multidisciplinare e a livello internazionale la disabilità come un fenomeno sociale. In questo periodo, si afferma l'idea, nell'immaginario comune come nelle sedi di policies making, che la disabilità non sia dovuta solo a fattori personali e individuali, ma che dipenda da fattori socio-ambientali. Come scrive Serra, la disabilità «è qualcosa che a prima vista sembra stare nel mio corpo, però in realtà sta nel posto che la società mi permette di occupare»³⁶. Si sviluppa, così, in contrapposizione con il modello riabilitativo, il 'modello sociale', che vede la disabilità come un normale aspetto della variabilità umana e si oppone tenacemente all'idea che la persona con disabilità abbia un difetto, ma si basa sul presupposto che la maggior parte delle persone, nel corso della propria esistenza, sperimentano una qualche forma di disabilità che influisce sulla potenzialità d'uso delle proprie abilità³⁷. Secondo questo modello, una persona si trova in condizioni di disabilità non perché si sposta nello spazio con l'ausilio di una sedia a rotelle ma perché gli edifici hanno le scale, non perché comunica con il linguaggio gestuale ma perché si pensa che la comunicazione riguardi solo la sfera orale, non perché si orienta con un cane guida ma perché orientarsi è considerato possibile solo attraverso la vista³⁸.

33 Resolution WHA29.35, consultabile in <https://iris.who.int> (handle: 10665/93062).

34 P. SCELFO - C. SAPUPPO, *Storia e campi di applicazione della Classificazione Internazionale del Funzionamento della Disabilità e della Salute*, in *Pratica Medica & Aspetti Legali*, VI, 2012, 1, 21 ss.

35 R. MEDEGHINI, - E. VALTELLINA, *Quale disabilità?*, cit.

36 G. SERRA, *Storia e teorie della disabilità*, cit., 54.

37 R. ANDRICH - P. BUCCIARELLI - G. LIVERANI - E. OCCHIPINTI - L. PIGINI, *Disabilità e lavoro*, cit.

38 G. GRIFFO, *Diritti umani per le persone con disabilità* in *Rivista Pace diritti umani - Peace human Rights*, III, 2005, 37 ss.

Nel suo libro, 'Stigma: The Experience of Disability', pubblicato nel 1966, Paul Hunt descrive la sua condizione di disabilità non come una tragedia personale, ma come una condizione sociale oppressiva, dovuta alle strutture sociali alle quali appartiene³⁹. Il modello sociale individua nella discriminazione il grande problema vissuto dalle persone con disabilità, dovuto agli stereotipi creatisi nel corso dei secoli intorno coloro i quali venivano percepiti come diversi e che sono divenuti causa di una reazione sociale negativa nei confronti della disabilità. Secondo Michael James Hoiles Oliver⁴⁰ il modello sociale ha rappresentato il presupposto teorico fondamentale su cui le persone con disabilità hanno iniziato ad organizzarsi collettivamente e grazie al quale la società ha iniziato a promuovere la disabilità come una questione di diritti umani e civili utili allo sviluppo di autonomia e controllo della propria vita⁴¹.

9. Verso l'ICF e il modello biopsicosociale di disabilità.

L'elaborazione delle classificazioni in sede all'Organizzazione Mondiale della Sanità prosegue, anche in risposta alle critiche formulate contro il modello riabilitativo e giunge in un primo tempo ad una riformulazione dell'ICDH⁴² nel 1997, quando si adotta la 'International Classification of Impairments, Activities and Participation. A manual of dimensions of disablement and functioning' (ICIDH-2). In quel contesto, si ridefinisce la disabilità includendovi le 'disturbances' che coprono non più solo 'body functions and structures', ma anche 'activities at the personal level' e 'participation in society', sostituendo il concetto di 'participation restriction' a quello di handicap.

Tuttavia, ancora una volta, la prospettiva organicistica proposta dall'OMS non incontra accoglienza favorevole, specie tra le organizzazioni di persone disabili, in prima linea nel rifiuto dello schema proposto dall'ICIDH-2⁴³. Si giunge così ad una nuova classificazione, a brevissimo giro. Il 22 maggio 2001, in occasione della 54° World Health Assembly, viene presentata l'International Classification of Functioning, Disability and Health' (ICF). Si tratta di un passaggio molto significativo, perché la

39 Nel 1972 Paul Hunt fonda la *Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS) che nel 1976 pubblica il testo *Fundamental Principles of Disability* che racchiude uno scambio di opinioni avutosi durante un Convegno risalente al 22 Novembre 1975 sulla tematica della disabilità tra la UPIAS e la *Disability Alliance* che ancora oggi è considerato un importante documento nell'ambito dei *Disability Studies* per ragionare sul modello sociale della disabilità. In esso vengono individuati tre principi cardini per una corretta interpretazione della disabilità sul piano sociale: reddito come strumento di partecipazione sociale, servizi e mobilità, gli istituti come luoghi di socializzazione.

40 Conosciuto come Mike Oliver, figura di spicco del movimento britannico per la disabilità e primo professore di studi sulla disabilità, ha reso popolare il modello sociale della disabilità ed è una voce autorevole per chiunque si occupi di disabilità.

41 M. OLIVER, *Defining Impairment and Disability*, in *Disability and Equality Law*, III, 2017.

42 L'ICIDH-2 ha subito diverse revisioni nel 1996, 1997, 1999, 2000 ed infine 2001. È possibile consultare le varie versioni sul sito ufficiale della *World Health Organization*.

43 M. OLIVER, cit.

nuova classificazione si riferisce in modo positivo alla salute della persona con una prospettiva che non si limita ai soli fattori organici e che si può dunque considerare multidimensionale. Nell'introduzione viene specificato che «[L]o scopo generale della classificazione ICF è quello di fornire un linguaggio standard e unificato che serva da modello di riferimento per la descrizione della salute e degli stati ad essa correlati»⁴⁴. L'ICF pone tutte le patologie sullo stesso piano ed analizza tutti gli elementi che possono influire sulla qualità della vita come il contesto sociale, familiare, abitativo o lavorativo del soggetto⁴⁵. Questa Classificazione ha portato all'eliminazione del termine handicap e dei suoi derivati (handicappato, inabile, diversamente abile), che hanno avuto da sempre una connotazione negativa, in favore di una terminologia che focalizza l'attenzione sulle risorse e sulle abilità emergenti di un soggetto invece che sui suoi punti deboli e quindi più rispettosa dell'identità della persona con disabilità⁴⁶.

Cambiare le parole ha avuto come conseguenza anche un cambio di prospettiva nei confronti delle persone con disabilità ed ha contribuito alla loro integrazione nel tessuto sociale e nella sfera dei diritti della persona. La disabilità viene definita come «il termine ombrello per menomazioni, limitazioni dell'attività e restrizioni della partecipazione. Esso indica gli aspetti negativi dell'interazione tra un individuo (con una condizione di salute) e i fattori contestuali (fattori ambientali e personali)»⁴⁷. L'adozione degli standard ICF in 191 Paesi al mondo, pertanto, diventa propulsiva della nascita di una nuova visione del concetto di disabilità, da intendersi non più in senso strettamente medico, quanto piuttosto in termini sociali, in quanto qualsiasi persona in qualsiasi momento della vita può presentare una condizione di salute che, in un contesto sfavorevole, si traduce in disabilità.

L'ICF ha proposto anche una soluzione alla critica al modello sociale della disabilità in corso, a cavallo tra il XX e il XXI secolo. Secondo Shakespeare, tale modello è come un 'vicolo cieco' e di esso scrive «When it comes to the social model of disability, it has taken years, but now maybe we have to realise we're in a cul-de-sac»⁴⁸. Secondo il filone critico del modello sociale, è la dicotomia e l'antagonismo tra il modello sociale e quello medico che crea gli opposti abile-disabile, medico-sociale e che rende il modello

44 WHO, *International Classification of Functioning*, Geneva, 2001.

45 L'ICF parte dalla constatazione che le condizioni di salute di tutti gli esseri umani possono essere misurate attraverso pochi elementi. Le funzioni corporee fisiologiche dei sistemi corporei, incluse le funzioni psicologiche; le strutture corporee che sono parti anatomiche del corpo come organi, arti e loro componenti; le attività, cioè l'esecuzione di un compito o di un'azione da parte di un individuo; i fattori ambientali che possono avere impatto sulle prestazioni di un individuo e fattori individuali quali competenze e capacità sviluppate a livello individuale.

46 Per un approfondimento sull'evoluzione degli aspetti terminologici nel passaggio dall'ICIDH-2 all'ICF si legga I. WAGNER, *Aspetti terminologici e traduttivi dell'ICF (Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute)*, Trieste, 2004.

47 Organizzazione Mondiale della Sanità, ed. ICF *versione breve. Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute*, Roma-Trento, 2004.

48 T. SHAKESPEARE, *Disability rights and wrongs revisited*, London-New York, 2013.

sociale non aderente alla realtà. In quest'ottica critica, è inutile affrontare le questioni relative alla disabilità se tutto ciò che coinvolge aspetti puramente biologici e fisici della persona è escluso perché considerato irrilevante.

A ciò si aggiunge la critica al modello medico. In un articolo apparso sulla rivista *Science*, il professore di medicina e psichiatria George Libman Engel nel 1977 sottolineava la necessità di un nuovo modello medico in quanto quello attuale si stava concentrando solo sul corpo, ignorando problemi e bisogni psicologici e sociali, nella cura del paziente. Come si legge nell'articolo, «A biopsychosocial model is proposed that provides a blueprint for research, a framework for teaching, and a design for action in the real world of health care»⁴⁹.

L'ICF, cogliendo entrambi i modelli e le critiche apportate a ciascuno di essi, ha comportato una rivoluzione culturale portando alla loro integrazione per arrivare ad un 'modello biopsicosociale', secondo cui anche i fattori psicologici e sociali devono essere presi in considerazione, insieme alle variabili biologiche, nella valutazione della disabilità. Il modello biopsicosociale sottolinea come la disabilità sia un rapporto sociale, dipendente dalle condizioni di salute in cui si trova una persona e le condizioni ambientali e sociali in cui si svolgono le sue attività e come essa coinvolga tutti gli ambiti di intervento delle politiche pubbliche: le politiche di welfare, la salute, l'educazione e il lavoro. In questo modo, l'ICF guarda oltre le funzioni corporee e le malattie trasformando le persone con disabilità da 'portatori di handicap' a 'ricevitori di handicap' dalla società, comportando dunque un passaggio dalla responsabilità individuale e soggettiva della persona con disabilità a quella oggettiva della società⁵⁰.

10. *La 'United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities' come coronamento: la garanzia non discriminatoria dei diritti umani per le persone con disabilità.*

Fondandosi appieno sul nuovo modello, ma superandolo per la prospettiva centrale che in essa assume la garanzia a condizioni non discriminatorie dei diritti fondamentali, si sviluppa la UNCRPD. La UNCRPD recependo l'impostazione dell'OMS, definisce le persone con disabilità 'quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri' (art. 1, comma 2). Il suo obiettivo è quello di garantire i diritti umani fondamentali di quelle persone, ed il loro godimento a condizioni di eguaglianza con la generalità dei soggetti (art. 1, comma 1). È corredata da un Protocollo Opzionale che riconosce al Comitato per i Diritti delle Persone con Disabilità il compito di vigilare sulla sua applicazione, costituendo la possibilità, per le persone con disabilità, di rivendicare i propri diritti qualora i sistemi nazionali non li tutelino adeguatamente.

49 G. L. ENGEL, *The need for a new medical model: a challenge for biomedicine*, in *Science*, CXCVI, 1977, 129 ss.

50 G. GRIFFO, *Diritti umani*, cit.

L'approccio della UNCRPD rappresenta una grande innovazione per le persone con disabilità, poiché la tutela dei loro diritti era stata, per lungo tempo, dimenticata nei testi internazionali e, successivamente, affidata quasi esclusivamente a fonti di soft law – fatta salva la UN Convention on the Rights of the Child⁵¹ che dedica ai bambini disabili l'art. 23, non contenevano alcuno specifico riferimento a persone con disabilità.

Si ricordano qui, brevemente, alcuni di quegli interventi di soft law.

Nel 1971, con risoluzione dell'Assemblea generale n. 2856 (XXVI), l'ONU adotta la Dichiarazione sui diritti delle persone mentalmente ritardate, che si prefigge lo scopo di essere utilizzata come quadro di riferimento nazionale e internazionale per la protezione di una serie di diritti delle persone con disabilità intellettiva, annunciati nei suoi sette articoli, per 'assicurare benessere e la riabilitazione delle persone fisicamente e mentalmente svantaggiate' e per 'promuovere la loro integrazione, per quanto possibile, nella vita normale [...] consapevoli che alcuni paesi [...] possano dedicare a questo scopo solo sforzi limitati'⁵². Nonostante sia stato un primo, embrionale tentativo di tutela dei diritti delle persone con disabilità, la terminologia utilizzata e gli scopi annunciati appaiono ancora estremamente legati al modello medico della disabilità.

Solo pochi anni più tardi, il 9 dicembre del 1975, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 3447 (XXX) adotta la Dichiarazione sui diritti delle persone disabili, che tenta di dare una prima definizione di persona disabile, continuando ad utilizzare una terminologia che al giorno d'oggi è considerata inadeguata⁵³. Nei suoi 13 articoli si trovano enunciati, tra gli altri, il diritto al lavoro, ad un accomodamento ragionevole, alle cure mediche e alla partecipazione delle organizzazioni che tutelano i diritti dei disabili nelle sedi di policy making, che confluiranno poi nella UNCRPD.

Il 9 maggio 1979, il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite adotta la Declaration of Rights of Deaf-Blind Persons (E/DEC/1979/24)⁵⁴, contenente per la prima volta le misure da adottare per agevolare la vita e soddisfare i bisogni specifici dei disabili sensoriali. Con essa viene riconosciuto il diritto ad ogni persona sordo-cieca a godere degli stessi principi garantiti a tutte le persone dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Umani e il riconoscimento delle proprie aspirazioni e abilità.

51 Proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Dichiarazione 44/25 del 20 novembre 1989.

52 Bisognerà attendere il 1991 per un aggiornamento delle politiche di protezione dei diritti delle persone con disabilità intellettiva, attraverso i 'Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care' (PPPM) adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni unite con Risoluzione 46/119.

53 All'art.1 si legge: «The term 'disabled person' means any person unable to ensure by himself or herself [...] as a result of deficiency, either congenital or not, in his or her physical or mental capabilities».

54 La dichiarazione viene concordata e adottata per la prima volta nel 1977 durante la prima Helen Keller World Conference on Services to Deaf-Blind Youths and Adults, tenutasi a New York dal Committee on Service to the Deaf-Blind del World Council for Welfare of the Blind alla presenza dei delegati di 30 paesi in tutto il mondo, con l'obiettivo di fornire alle persone sordo-cieche la possibilità di avere un forum di scambio di esperienze personali.

Nonostante quelle Dichiarazioni siano state successivamente oggetto di critiche perché basate su un modello di disabilità ormai superato, assumono grande importanza in quanto sono stati i primi strumenti internazionali dedicati direttamente alle persone con disabilità. In questo periodo, le fonti internazionali convenzionali in materia di diritti umani non contenevano ancora specifici riferimenti alle persone con disabilità, in quanto la disabilità non era un elemento giuridicamente rilevante nel panorama internazionale⁵⁵.

Il portato della UNCRPD è dunque grandemente innovativo. Lo è perché porta a compimento un processo di riflessione sull'applicazione dei diritti fondamentali delle persone con disabilità non attraverso la creazione di qualche diritto speciale, ma attraverso la garanzia della non discriminazione nel godimento dei diritti che si applicano a tutti. Lo è anche perché realizza, nel far ciò, un mutamento nella concezione della disabilità che si impone ormai a tutti gli Stati contraenti. Lo è, in ambito europeo, perché diviene il primo strumento internazionale in materia di diritti umani cui aderisce direttamente l'UE⁵⁶: la UNCRPD è stata firmata nel 2007 e poi ratificata con Decisione del Consiglio 2010/48/EC del 26 novembre 2009. La ratifica, coadiuvata dall'acquisizione del potere di adottare misure inter alia grazie all'art. 13 TCE, ora art. 19 TFUE⁵⁷, come introdotto dal Trattato di Amsterdam, ha permesso all'Unione di adottare importanti interventi normativi e realizzare una serie di azioni volte all'inserimento lavorativo, culturale e sociale delle persone con disabilità⁵⁸.

55 D. FERRI, *Brevi note a margine della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità*, 2009, articolo pubblicato sul sito del CDE di Verona consultabile al sito <https://cde.univr.it/index.php/approfondimenti/> (ultima consultazione: 8 gennaio 2024).

56 D. FERRI, *The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: A Constitutional Perspective*, in *European Yearbook of Disability Law*, II, 2010, 47 ss.

57 L'art. 19 TFUE così recita: «1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

2. In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1».

58 Si veda, per tutti, D. FERRI - A. BRODERICK, *Research Handbook on EU Disability Law*, Edward Elgar, 2020.

ABSTRACT: Il testo analizza l'evoluzione storica e giuridica del concetto di disabilità, culminata nell'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità (UNCRPD). Attraverso un excursus che abbraccia epoche e modelli culturali, dalla segregazione medievale all'odierno paradigma biopsicosociale, si evidenzia il progressivo riconoscimento dei diritti delle persone con disabilità. La Convenzione segna un punto di svolta, sancendo l'eguaglianza e la non discriminazione, ponendo le basi per un approccio inclusivo e rispettoso della dignità umana.

PAROLE CHIAVE: Disabilità – UNCRPD – modelli di disabilità – diritti umani – inclusione.

Roberta Russo

CURA MORUM E PROPRIETÀ TERRIERA:
L'INTERVENTO CENSORIO A TUTELA DELL'USO AGRICOLO
DELLA VILLA ROMANA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *topos* della giusta misura: il rapporto tra *villa* e *fundus*. – 3. L'intervento censorio a tutela della messa a coltura dei fondi. – 4. Proprietà privata e controllo pubblico. - 5. Brevi considerazioni sulle conseguenze sanzionatorie irrogabili al proprietario terriero negligente. – 6. Note conclusive.

1. *Introduzione*

Nel diciottesimo libro della sua *Naturalis historia*, dedicato alla *natura frugum*, Plinio il Vecchio menziona una peculiare regola giuridica in base alla quale doveva esservi un certo rapporto tra la struttura edificiale di una villa rustica e il fondo su cui essa insisteva:

Plin. N.H. 18.7.32: *Modus hic probatur, ut neque fundus villam quaerat, neque villa fundum, non, ut fecere iuxta diversis in eadem aetate exemplis L. Lucullus et Q. Scaevola, cum villa Scaevolae fructus non caperet, villam Luculli ager, quo in genere censoria castigatio erat minus arare quam verrere. nec hoc sine arte quadam est.*

Stando alla testimonianza pliniana, a tale prescrizione non si sarebbero tuttavia uniformati né Lucio Lucullo, né Quinto Scevola i quali disponevano, l'uno di una villa scarsamente estesa, incapace di raccogliere i beni prodotti, l'altro di un terreno inadatto all'edificio. E in quest'ultimo caso, quando si aveva meno da arare che da spazzare, sarebbero intervenuti i censori andando ad irrogare una *castigatio*.

Il celebre passo si inserisce nel libro più corposo dell'opera, all'interno di un articolato discorso avente ad oggetto la proprietà agricola¹. In esso trovano spazio frequenti riferimenti alle tradizioni più risalenti, digressioni che celebrano l'importanza e la preminenza dell'agricoltura dei tempi antichi e finiscono per impartire pregevoli (e spesso moralistici) precetti ai contemporanei di allora. Di fatto, le parole dello scrittore si rivolgono a un proprietario terriero modestamente ricco, interessato a curare

1 Per un approfondimento sulle proprietà agricole e sull'impatto che ebbero nell'economia romana, mi limito a rinviare, per tutti, a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini nell'Italia repubblicana*, Roma, 2012; E. LO CASCIO, *Crescita e declino. Studi di storia dell'economia romana*, Roma, 2009. In particolare, se Lo Cascio affronta l'argomento da un punto storico, attribuendo alle ville un ruolo determinante per la storia economica romana, Capogrossi Colognesi fa luce sul modello organizzativo delle stesse, dimostrando particolare interesse per la figura del *vilius* e degli schiavi in generale.

personalmente i propri possedimenti, senza delegare a nessuno la gestione di questi: a lui sono diretti i numerosi consigli che l'autore fornisce circa l'individuazione, la sistemazione e poi l'acquisto del miglior fondo possibile²; a lui Plinio si rivolge quando esprime tutta la sua disapprovazione nei confronti del latifondo, invero troppo vasto per riuscire a seminare ed arare adeguatamente³.

In questa cornice - su cui presto si tornerà - si inserisce il testo in esame che pone una serie di importanti interrogativi su cui si intende qui riflettere. Ad affiorare non è solo il problema del puntuale significato da attribuire al verbo *quaero*, indubbiamente ambiguo, ma anche la necessità di chiarire il rapporto esistente tra *fundus* e *villa*, soffermandosi sull'irrogazione di una *ensoria castigatio* nei confronti del proprietario terriero che si fosse dedicato a *minus arare quam verrere*.

Tali questioni rappresentano l'occasione per riflettere sul controllo operato dai censori sulla messa a coltura dei terreni privati e interrogarsi sulla peculiare regola giuridica riportata da Plinio. Il contributo intende così dimostrare come tale regola, derivante dai *mores maiorum* e risalente ai primordi della società romana, oltre a produrre effetti in ambito pubblico e privato, avesse condotto, nella costruzione di ville romane, all'affermazione di un vero e proprio canone architettonico, in forza del quale si intendeva incentivare il singolo *dominus* a non trascurare l'attività agricola.

2. Il 'topos' della giusta misura: il rapporto tra 'villa' e 'fundus'

Partiamo dal rapporto tra *villa* e *fundus*⁴. Lo scrittore riprende un *topos* alquanto noto tra gli antichi: il rapporto che doveva intercorrere, all'interno di una *villa rustica*, tra la struttura edificiale della villa e l'appezzamento di terreno su cui essa insisteva⁵. Si è quindi ipotizzato⁶ che Plinio, con l'espressione *ut neque fundus villam quaerat, neque villa fundum*, intendesse dire che né il *fundus* dovesse valere meno della casa, né dovesse avvenire il contrario, risultando essere paritetici ed equivalenti.

2 Cfr. Plin. 18.5.26-47.

3 Cfr. Plin. 18.7.35: *Verumque confitentibus latifundia perdidere Italiam, iam vero et provincias [...]*.

4 Per una raccolta delle definizioni di parole ed espressioni - tra cui *villa* e *fundus* - che i giustinianei ritennero particolarmente importanti per il discorso giuridico, si veda il titolo sedicesimo del libro 50 del Digesto.

5 Per un approfondimento sul regime della terra, cfr. O. SACCHI, *Spunti per un'archeologia giuridica del linguaggio. Suggestioni ancestrali e terminologia giuridica nella 'Iustratio agri' in Cato de agri c. 141*, in *Ius Antiquum*, XII, 2003; del medesimo autore, si veda altresì *Regime della terra e imposizione fondiaria nell'età dei Gracchi. Testo e commento storico della legge agraria del 111 a.C.*, Napoli, 2006, 42 ss., anche in *La normativa sul regime fondiario dei possedimenti in Italia. Terra dichiarata privata in conseguenza dell'attività gracciana, tipologia di terreni e regime del possesso privato (commento alle linee 1-10)*, in *Diritto@Storia*, V, 2006; M. A. FENOCCHIO, *Premesse a un corso sulla proprietà fondiaria in diritto romano, con una appendice sul libro di Capogrossi Colognesi in tema di 'Proprietà e diritti reali'*, in *Diritto@Storia*, XVIII, 2020-2021.

6 Cfr. M. J. BRAVO BOSCH, *Le 'villae' romane tardo antiche nel nord della Spagna*, in *Ravenna Capitale. Codice Teodosiano e tradizioni giuridiche in Occidente. La terra, strumento di arricchimento e sopravvivenza*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 203-220.

Le cose, tuttavia, dovevano essere più complesse di così. In più occasioni, all'interno della sua opera, lo scrittore enfatizza l'importanza del fondo e dell'agricoltura. Oltre a rivelare un'evidente avversione nei confronti del latifondo - come si diceva in precedenza - egli offre una serie di consigli per individuare il miglior terreno su cui ergere la villa, la cui fortuna sarebbe derivata, tra le altre cose, dalla fertilità del suolo e dalla salubrità dell'ambiente, ma anche dalla disponibilità di manodopera nei pressi dell'insediamento⁷. Al contrario, l'autore dedica davvero poco spazio alla struttura edificiale della villa, che sembra, almeno agli occhi di Plinio, più marginale.

Tale circostanza non solo porta ad escludere una necessaria parificazione del fondo alla villa, ma attribuisce al passo una portata differente. Molto probabilmente Plinio intende ricordare al lettore - o meglio, ai *domini* delle ville - che il rapporto tra la superficie della villa e quella del fondo, tra loro complementari, doveva essere strumentale al raggiungimento di un determinato fine: il massimo rendimento dell'insediamento⁸. In questa prospettiva era necessario che l'una e l'altra parte fossero tra loro proporzionali, per scongiurare uno sperpero di risorse.

Così, per fugare ogni dubbio, Plinio propone gli emblematici *exempla* di Lucullo e Scevola e spiega che entrambi avevano commesso un grave errore: l'uno disponeva di un *ager* insufficiente a contenere la *villa* e l'altro di una *villa* incapace di contenere i frutti prodotti (*cum villa Scaevolae fructus non caperet, villam Luculli ager*). Più precisamente, racconta Columella:

Col. R.R. 1.4: *Sed cum refert qualis fundus et quo modo colatur, tum villa qualiter aedificetur et quam utiliter disponatur. Multos enim deerrasse memoria prodidit, sicut praestantissimos viros L. Lucullum et Q. Scaevolam, quorum alter maiores, alter minus amplas, quam postulavit modus agri, villas extruxit, cum utrumque sit contra rem familiarem. Diffusiora enim conseptra non solum pluris aedificamus, sed etiam impensis maioribus tuemur; at minora cum sunt, quam postulat fundus, dilabitur fructus. Nam et humidae res et siccae, quas terra prognerat, facile vitiantur, si aut non sunt aut propter angustias incommoda sunt tecta, quibus inferantur. Pro portione enim facultatum, quam optime pater familias debet habitare, ut et libentius rus veniat, et degat in eo incundius; [...] Eleganter igitur aedificet agricola; nec sit tamen aedificator; atque areae pedem tantum complectantur, quod ait Cato, quantum ne villa fundum quaerat, neve fundus villam.*

La vicenda è la medesima riferita da Plinio, arricchita qui di ulteriori particolari: Lucio Lucullo aveva costruito una villa eccessivamente grande, mentre Quinto Scevola

7 Cfr. Plin. 18.5.26-47.

8 Come giustamente osservato da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni*, cit., 158: «Il funzionamento della villa postulava anche un'adeguata capacità di analisi di costi». A conferma dell'importanza della contabilità nella gestione di una villa, si veda M. DE NARDIS, *Plauto, Catone e la 'villa schiavistica'*, in *Agricoltura e scambi nell'Italia tardo-repubblicana*, a cura di J. Carlsen e E. Lo Cascio, Santo Spirito, 2009, 141-155; J. ANDREAU, *Sur les choix économiques des notables romains*, in *Mentalités et choix économiques des Romains*, a cura di J. Andreau, J. France e S. Pittia, Parigi, 2004, 71 ss. Infine, per un approfondimento sulla contabilità romana privata, si veda G. MINIAUD, *La comptabilité à Rome: essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde antique romain*, Losanna, 2005.

ne aveva edificata una troppo piccola rispetto al terreno a sua disposizione, andando entrambi a danneggiare il loro patrimonio. E questo perché, se le strutture oltremodo estese richiedevano ingenti spese di fabbricazione e di manutenzione, quelle eccessivamente modeste andavano a nuocere il fabbisogno dell'azienda, essendo inadatte a contenere e conservare la produzione (*humidae res et siccae*).

Nel corroborare l'ipotesi secondo cui vi dovesse essere una proporzione (e non necessariamente un'equivalenza) tra le dimensioni della villa e quella del fondo, Columella, a ben vedere, ripropone la medesima espressione (*quantum ne villa fundum quaerat, neve fundus villam*) utilizzata da Plinio e ripresa, a sua volta, dal *De agri cultura* 3.2 di Catone (*aedificare diu cogitare oportet [...] ita aedifices ne villa fundum quaerat neve fundus villam*). Da qui deriva la convinzione che si trattasse di un vero e proprio canone architettonico consolidato, tramandato ormai da tempo. A Roma «la qualità della costruzione, nel suo insieme, va intesa implicitamente come stabilita in funzione del giusto rapporto tra il fondo e la villa che vi si erge, un criterio insistentemente sottolineato in primo luogo da Catone⁹, il cui testo [...] è stato in gran parte ripreso, da Columella¹⁰, Plinio e Palladio¹¹, fino a diventare un vero e proprio *topos* della giusta misura [...]»¹². In definitiva, per la costruzione di una villa romana era necessario attenersi a delle precise e costanti regole architettoniche che ne garantivano, come in questo caso, la funzionalità e il rendimento. Si pensi, nondimeno, all'organizzazione degli spazi di una villa: l'esistenza di *pars urbana*, accanto una *pars rustica* ed una *pars fructuaria*, non era casuale, bensì congeniale alla massimizzazione del profitto della villa, dove ogni settore rivestiva una determinata funzione. In questa prospettiva ricreare una proporzione di tipo quantitativo tra la *villa* e il *fundus*, tra loro complementari, avrebbe garantito l'ottimale funzionamento di quella che era una vera e propria azienda agricola.

3. L'intervento censorio a tutela della messa a coltura dei fondi

Più complessa, invece, risulta essere la questione relativa alla possibilità di irrogare una *censoria castigatio* nei confronti di chi si fosse trovato a *minus arare quam verrere*. Vista la struttura del passo e la precedente contrapposizione proposta dall'autore (quella tra *fundus* e *villa*), è verosimile che il verbo *arare* sia da riferire ad un'azione da compiere sul *fundus* e il verbo *verrere* da espletare nella *villa*. In tal senso, ad essere sanzionato sarebbe stato il *dominus* della villa che si fosse trovato – letteralmente – a spazzare (il pavimento) piuttosto che ad arare (il terreno), trascurando di conseguenza l'attività agricola.

9 Cat. Agr. 4.2: *villam urbanam pro copia aedificato*; 3.2: *aedificare diu cogitare oportet [...] ita aedifices ne villa fundum quaerat neve fundus villam*.

10 Col. R.R. 1.4.8: *Pro portione etiam facultatum quam optime pater familiae debet habitare*.

11 Pallad. 1.8.1: *aedificium pro agri merito et pro fortuna domini oportet institui*.

12 V. JOLIVET, 'Urbs in rure': la lezione di Vitruvio, in OTIVM. Archeologia e Cultura del Mondo Antico, IV, 2005, 3.

L'indicazione contenuta nel passo non risulta essere una mera esortazione, volta a condannare, sul piano morale, la violazione di obblighi socialmente rilevanti; rappresenta invece una norma di carattere giuridico che trova giustificazione nel fatto che i censori considerassero estremamente disdicevole coltivare male i campi e lodassero, al contrario, il buon agricoltore e il colono:

Plin. N.H. 18.3.11: *Agrum male colere censorium probrum iudicabatur, atque, ut refert Cato, cum virum laudantes bonum agricolam bonumque colonum dixissent, amplissime laudare existimabantur.*

Questa ricorrente correlazione tra la magistratura censoria¹³ e la messa a coltura dei campi – e nel primo e nel secondo testo¹⁴ – induce a ritenere che il provvedimento descritto in Plin. 18.7.32 fosse espressione della funzione di *cura morum* attribuita ai censori¹⁵, in virtù della quale erano legittimati a *notare* chiunque avesse violato i principi e i valori legati ai *mores maiorum*, la cui cogenza derivava dall'inveterata consuetudine e dal tacito consenso prestato dalla collettività¹⁶. Sul punto, si era già espresso anche il Mommsen, il quale aveva sottolineato come la negligente messa a coltura del fondo rappresentava, a ben vedere, una grave forma di dilapidazione del patrimonio, che poteva essere senza dubbio sanzionata dai censori¹⁷.

Si pensi, per chiarire la funzione dei censori, alla testimonianza offerta dallo stesso Plinio in 34.14.30. Lo scrittore racconta che i censori Publio Cornelio Scipione e Marco Popilio – probabilmente nel 158 a.C., anno in cui si colloca il consolato di Gaio Popilio – avrebbero fatto rimuovere dal Foro tutte le statue di coloro i quali avevano gerito le magistrature, salvo quelle decretate dal popolo o dal senato; gli stessi avrebbero poi fuso la statua di Spurio Cassio, poiché reo di *adfectatio regni*. Così facendo, spiega Plinio, i censori avrebbero posto un freno e definitivamente arginato l'eccessiva *ambitio*¹⁸ manifestata dai magistrati:

13 Secondo TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, Lipsia, 1887, 382, il termine *probrum* risulta essere spesso associato alle condotte punibili dai censori. Diversamente, P. DE FRANCISCI, *Appunti intorno ai 'mores maiorum' e alla storia della proprietà romana*, in *Studi in onore di A. Segni*, I, Milano, 1967, 613-638, ora in *Scritti scelti*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e L. Garofalo, I, Napoli, 2021, 279-300, ritiene che tale termine abbia una portata più ampia, ricorrendo anche in altri contesti.

14 Tale correlazione, come si vedrà in prosieguo di tempo, emerge anche in Gell. 4.12.1.

15 La dottrina è concorde nell'affermare che tale regola derivi dal *mos maiorum*. Si vedano, su tutti, gli autorevoli TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, cit., 382; P. DE FRANCISCI, *Appunti*, cit., 282.

16 Cfr. Varr. *apud Serv. ad Aen.* 7.601: *Varro vult morem esse communem consensum omnium simul habitantium*, nonché Tit. Ulp. 1.4: *mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*. Seppur risalente all'età postclassica, il passo descrive efficacemente la funzione e la natura dei *mores maiorum*. Si veda, a tal proposito, C. GIOFFREDI, voce *Mores*, in *Noviss. dig. It.*, X, Torino, 1970, 919-921; S. SCIORTINO, *Il 'mos' e la 'consuetudo' nel 'de moribus' di M. T. Varrone. (In margine a Macr. Sat. 3.8.8-12 e Serv. Ad Aen. 7.601)*, in *Iuris Antiqui Historia*, VIII, 191-210.

17 Così TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, cit., 382, nt.1.

18 Cfr., in particolare, la definizione di *ambitus* offerta da Fest. s.v. *ambitus* (Lindsay 5): *proprie dicitur circuitus aedificiorum patens in latitudinem pedes duos et semissem, in longitudinem idem quod aedificium: sed et eodem*

Plin. N.H. 34.14.30: *L. Piso prodidit M. Aemilio C. Popilio iterum cos. a censoribus P. Cornelio Scipione M. Popilio statuas circa forum eorum, qui magistratum gesserant, sublatas omnes praeter eas, quae populi aut senatus sententia statutae essent, eam vero, quam apud aedem Telluris statuisset sibi Sp. Cassius, qui regnum adfectaverat, etiam conflata a censoribus. Nimirum in ea quoque re ambitionem providebant illi viri.*

Al di là della tutela dei luoghi pubblici¹⁹, indubbiamente rilevante nel caso di specie, la misura adottata dai censori trova la sua giustificazione, come evidenziato dallo stesso scrittore, nella necessità di reprimere la manifestazione di un'eccessiva *ambitio*²⁰, sintomatica, come è evidente, della degenerazione dei costumi romani e dello spirito incarnato dai *mores maiorum*.

Tale testimonianza, a ben vedere, consente di indagare con maggiore attenzione la vicenda descritta in Plin. 18.7.32 e affrontare due questioni necessariamente connesse tra di loro: per quale motivo era ritenuto disdicevole trascurare il proprio fondo? E quali obblighi gravavano in capo ai domini delle *villae*?

La risposta, almeno al primo quesito, è in effetti da rintracciare nel costume e nella tradizione dei primordi²¹. Il popolo romano, sin dalla sua nascita, ebbe un legame privilegiato con la terra e l'agricoltura, una forte vocazione agricola atta a produrre effetti anche in ambito giuridico, testimoniata, tra le altre cose, da quel processo di distribuzione e organizzazione di terre²² che aveva caratterizzato lo sviluppo della comunità romana dei primordi²³. La tradizione romana esaltava i valori di cui era portatore l'agricoltore, la cui onestà e rettitudine lo elevavano alla qualifica di *vir bonus*:

vocabulo crimen avaritiae vel affectati honoris appellatur; Fest. s.v. ambitus (Lindsay 15): proprie dicitur inter vicinorum aedificia locus duorum pedum et semipedis ad circumeundi facultatem relictus. Ex quo etiam honoris ambitus dici coeptus est a circumeundo supplicandoque. Ambitio est ipsa actio ambientis.

19 Sulla tutela dei luoghi pubblici ad opera dei censori, si veda A. TARWACKA, *The Roman Censors as Protectors of Public Places*, in *Diritto@Storia*, XII, 2014; per un approfondimento sulla collocazione delle statue a Roma si rinvia, invece, a M. FALCON, *Dicatio ad patriam. La collocazione in pubblico di beni privati nella riflessione dei giuristi romani*, Napoli, 2020, 130 ss.

20 In tal senso, P. FRACCARO, *Ricerche storiche e letterarie sulla censura del 184-183. M. Porcio Catone – L. Valerio Flacco*, Roma, 1972, 120.

21 Cfr. P. DE FRANCISCI, *Appunti*, cit., 279 ss.

22 Di cui DIONIGI di Alicarnasso (*Ant.* 2.7.4 ss.) offre una preziosa testimonianza.

23 In tal senso, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *I tempi lunghi del paesaggio agrario nell'Italia romana*, in *Studi Urbinati*, LXXI, 2021, 29, secondo cui «nei miti di fondazione è chiarissimo il collegamento tra la genesi della città e l'«invenzione» della proprietà privata della terra. Il nuovo strumento sociale rappresentato dalla nozione di «proprietà» appare infatti coesistente alla svolta cittadina e strumento indispensabile per la produzione di questo nuovo paesaggio agrario»; del medesimo autore, si veda altresì *Alcuni problemi di storia romana arcaica: 'ager publicus', 'gentes' e clienti*, in *BIDR*, 83, 1980, 31 ss. Infine, per un approfondimento sulla proprietà delle terre già in epoca arcaica, si veda P. LAMBRINI, *Proprietà privata per tutti i cittadini*, in *Tullo Ostilio. Il rito, il duello, la politica*, a cura di M. Lentano, Bologna, 2023, 159 ss; nonché, della stessa autrice, *La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso*, in *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, a cura di I. Fargnoli, Milano, 2024, 493 ss.

Cato. *Agr. praef.*: *At ex agricolis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maximeque pius quaestus stabilissimusque consequitur minimeque invidiosus, minimeque male cogitantes sunt qui in eo studio occupati sunt.*

Nel prologo della sua opera Catone testimonia una visione fortemente ideologica dell'agricoltura, descritta come l'unica fonte di guadagno degna e onesta, rappresentazione degli ideali etico-politici che costituivano il fondamento dell'aristocrazia romana. L'utilità e la sicurezza economiche derivanti dalla produzione agricola rappresentavano una garanzia sia per lo Stato che per la conservazione dei valori trasmessi dal *mos maiorum*, che tratteggiavano il profilo dell'esemplare *vir bonus*²⁴. A dimostrarlo è il fatto che il Censore contrapponga la figura dell'agricoltore, *bonus vir* per eccellenza, a quelle del mercante e dell'usuraio, mettendo in luce la sicurezza economica derivante dall'agricoltura piuttosto che dall'aleatorio commercio²⁵. L'agricoltura, il lavoro dei campi, la raccolta dei prodotti erano indubbiamente più apprezzabili e ambiti rispetto a qualsiasi altra attività²⁶.

Ora, la tutela e l'esaltazione dell'agricoltura non poteva non avere effetti sulla tenuta e la gestione della villa rustica, la cui peculiarità risiedeva proprio nello sfruttamento del suolo; i censori – e questa è l'interpretazione da attribuire al testo pliniano – dovevano intervenire anche nell'ipotesi di attività edilizia a scapito dell'uso agricolo²⁷. In questo caso, tuttavia, la magistratura censoria avrebbe dovuto operare un duplice controllo perché, oltre alla verifica dell'effettiva destinazione agricola della villa rustica, l'intervento pubblico avrebbe dovuto garantire la repressione di una manifestazione del lusso del tutto vana. A ben vedere, l'edificazione di una tenuta essenzialmente residenziale, pensata solo parzialmente per la coltivazione, oltre a comportare un evidente sacrificio dell'attività agricola – onesta e prudente, così come tramandato dall'*exemplum* dei *patres* – avrebbe condotto ad un'esaltazione dell'*otium*. In altri termini, destinare

24 Come giustamente ha osservato L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'economia agraria romano-italica tra fine Repubblica e Principato*, in *L'agricoltura in età romana*, a cura di S. Segenni, Milano, 2019, 31, nt. 49, «La proprietà fondiaria, non solo s'associa alla genesi stessa dell'ordinamento cittadino, associato a sua volta così strettamente alla mitica figura degli *heredia* e poi definito, con le riforme serviane, sulla base della proprietà fondiaria. Coerentemente all'ideologia che si viene costruendo nel corso dell'età repubblicana, essa tende anche a identificarsi con i valori fondanti della comunità politica [...]. Ma, proprio per questo il *leit motiv* delle virtù antiche contrapposte alla *luxuria* del presente, accompagnandoci per tutto il corso di questa storia, ci rende consapevoli di un persistente valore di riferimento [...] al quale non ci si stanca di richiamarsi, così come l'autorappresentazione di un ceto aristocratico espressa nell'immagine del *vir bonus colendi peritus* appare ancora ispirare la descrizione di Plinio il giovane nelle sue permanenze nelle *villae* da lui predilette».

25 Secondo alcuni autori, tale contrapposizione sarebbe, tuttavia, incomprensibile perché in forte contraddizione con il resto del trattato catoniano, volto ad esaltare il nuovo modello produttivo della villa romana, fondato su un'economia di scambio.

26 Sulla ritenuta superiorità dell'agricoltura rispetto alle altre attività, anche in epoca successiva, si veda C. VIGLIETTI, *Il limite del bisogno. Antropologia economica di Roma arcaica*, Bologna, 2011, 88 ss.

27 Cfr. E. BALTRUSCH, *'Regimen morum': die Reglementierung des Privatlebens der Senatoren und Ritter in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit*, Monaco, 1989, 19.

maggior spazio alla *villa* piuttosto che al *fundus* avrebbe significato sacrificare la produttività e la redditività dell'intero complesso, a favore di una futile manifestazione di sfarzo e ricchezza, da sempre ripudiata. Tant'è che il campo in cui risulta maggiormente attestata l'emanazione di editti censori²⁸ in relazione alla funzione di *cura morum* è proprio la repressione del lusso²⁹. La necessità di preservare i costumi e l'integrità della *res publica*³⁰ era talmente sentita nella società romana da necessitare l'introduzione di disposizioni antisuntuarie³¹, volte a garantire l'integrità dei patrimoni privati e a tutelare il prestigio e l'onorabilità della classe dirigente romana, limitando segnatamente il consumo legato all'ostentazione del lusso, anche nella costruzione di *villae*³².

28 Interessante sottolineare come l'emanazione di editti censori sembri essere per lo più rapportata all'esercizio della *cura morum*. Tuttavia, mentre C. BUR, *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J.-C. – 96 apr. J.-C.)*, Roma, 2018, 160 ss., ritiene che gli editti censori si sarebbero limitati ad esplicitare il contenuto di determinate regole che richiedevano di essere precisate in virtù di particolari contingenze o accadimenti, senza contenere un'esauriente previsione di tutte le condotte sanzionabili; secondo TH. MOMMSEN, *Le droit public romain*, IV, trad. fr. P. F. GIRARD, Parigi, 1894, 50, l'editto censorio avrebbe dovuto contenere tutte le prescrizioni relative alla funzione di *cura morum*. Sul punto, si vedano altresì A. H. J. GREENIDGE, *Infamia. Its Place in Roman Public and Private Law*, Oxford, 1894, 58-60; A. CALDERINI, *La censura in Roma antica*, Milano, 1941, 31; P. FRACCARO, *Ricerche*, cit., 30. Infine, per uno sguardo di sintesi sulla questione, si veda I. RIZZELLI, 'Censere est constituere'. Il ruolo 'costitutivo' del censore tra diritto e religione (tesi di dottorato), Roma, 2022, 113 ss.

29 Si noti come TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, cit., 377 ss., tra i motivi di critica che potevano essere mossi dai censori, annoveri: «Verwirthschaftung und Verschleuderung des Grundbesitzes und des Vermögens überhaupt. Unwirthschaftlicher Luxus».

30 Cfr. Macr. Sat. 3.13.6: *Ergo hoc praetermissio ad viros venio triumphales quos victores gentium luxuria vicit [...]*; 3.17.4: *Cum res publica ex luxuria conviviorum maiora quam credi potest detrimenta pateretur*.

31 In particolare, molte sono le disposizioni volte a contenere l'ostentazione del lusso nei banchetti (definite da Catone *leges cibariae*, così come testimoniato da Macr. Sat. 3.17.3), in quanto occasioni privilegiate per la commissione dell'*ambitus* e la diffusione della corruzione politica. A tal proposito si vedano M. FRÝDEK, *Gli intrighi elettorali a Roma – 'crimen ambitus'*, in *Studia Pravnoustrojove*, XII, 2010, 57; F. RUSSO, 'Aurum atque ambitio'. Fenomeni di 'ambitus' a Roma in età medio repubblicana, in *Studi Classici Orientali*, LXII, 2016, 111 ss.; dello stesso autore, *La legislazione 'de ambitu' a Roma e le norme contro la corruzione elettorale della Lex Coloniae Genetivae Iuliae*, in *Tyche*, XXXIII, 2018, 145 ss. Si segnala, a tal riguardo, la vicenda riferita da Val. Max. 2.9.5, secondo cui il tribuno della plebe M. Duronio, sarebbe stato colpito dalla nota censoria e conseguentemente escluso dal senato per aver osato abrogare le previsioni contenute nella *lex Licinia* del 103 a.C., volta a contenere le somme da investire nei banchetti.

32 Valerio Massimo (8.1. *damn.* 7) racconta che Lucio Cassio avrebbe accusato Marco Emilio Lepido Porcina di un grave crimine: *Admodum severae notae et illud populi iudicium, cum M. Aemilium Porcinam a L. Cassio accusatum crimine nimis sublime extractae villae in Alsiensi agro gravi multa affectit*. Secondo E. DUOBIS-PELERIN, *Luxe privé/faste public: le thème de l'«aedificatio» du II siècle av. J.-C. au début de l'Empire*, in *MEFRA*, CXXVIII.1, 2016, nonché A. MARZANO, *Roman Villas in Central Italy. A Social and Economic History*, Leiden - Boston, 2007, 16, Porcina avrebbe subito una grave multa per via dell'eccessivo lusso che caratterizzava la sua villa. Tuttavia, tale interpretazione si contrappone a quella proposta, tra gli altri, da F. PROCCHI, *Profili giuridici delle 'insulae' a Roma antica*, Torino, 2000, 36; A. MANZO, 'Magnum munus de iure respondendi substinebat'. Studi su Publio Rufio, Milano, 2016, 91, nt. 300; P. BUONGIORNO, *Sulle tracce della legislazione 'ad modum aedificiorum': ritorno ad Adolf Berger*, in *Seminarios Complutenses De Derecho Romano*, XXXIV, 2021, 65 ss. Tali studiosi ritengono, infatti, che la multa sia stata irrogata a causa della eccessiva altezza dell'edificio di Porcina.

Una questione questa che doveva essere particolarmente sentita³³ nella Roma repubblicana se Varrone, nel suo *De re rustica*, denuncia la dilagata tendenza a non costruire più ville produttive, come facevano gli antichi, ma a seguire l'esempio di Metello e Lucullo e prediligere la realizzazione di insediamenti più sontuosi, andando così a danneggiare l'intera collettività:

Varr. R.R. 1.13.6: *Fundanius, Fructuosior, inquit, est certe fundus propter aedificia, si potius ad antiquorum diligentiam quam ad horum luxuriam derigas aedificationem. Illi enim faciebant ad fructum rationem, hi faciunt ad libidines indomitas [...] Nunc contra villam urbanam quam maximam ac politissimam habeant dant operam ac cum Metelli ac Luculli villis pessimo publico aedificatis certant.*

Si deve allora concludere che l'originario controllo sulla diligente messa a coltura dei fondi, risalente alle tradizioni più antiche, avesse portato ad ammettere l'intervento censorio anche nelle ipotesi di attività edilizia a scapito dell'uso agricolo. Il fine era scongiurare, da un lato un eccessivo sacrificio della produzione agricola, tratto caratteristico della villa romana, dall'altro una sfrenata e vana manifestazione di lusso e ricchezza, sintomatica di una evidente degenerazione dei costumi.

4. Proprietà privata e controllo pubblico

Queste prime considerazioni ci portano ad allargare il campo di indagine e a interrogarci sul controllo che l'autorità pubblica poteva esercitare sugli interessi dei privati.

Dalle osservazioni sinora svolte emerge come il controllo dei censori non vertesse solo sui costumi e sulla condotta dei cittadini, ma anche, come testimoniato da Tito Livio³⁴, sui terreni dei *cives romani*: tali magistrati, infatti, avevano competenza sia sulle proprietà pubbliche e private, sia sui *vectigalia* del popolo romano.

Si trattava quindi di un potere estremamente ampio che concerneva tanto i comportamenti personali, relativi alla sfera privata del cittadino³⁵, quanto, come abbiamo già avuto modo di osservare, la proprietà pubblica e privata³⁶.

33 Cfr. J. S. ACKERMAN, *La villa. Forma e ideologia*, trad. it. di P.G. TORDELLA, Torino, 2000, 71 ss.

34 Liv. 4.8.2: *Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatus equitumque centuriis decoris dedecorisque discrimen sub ditione eius magistratus, ius publicorum privatorumque locorum, vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio eius essent.*

35 Circa il controllo che l'autorità pubblica poteva esercitare sul comportamento dei cittadini privati, si veda Dion. Hal. 20.13.2-3. Stando al racconto dello storico, le mura domestiche non rappresentavano un confine invalicabile entro cui il potere pubblico non era legittimato ad entrare, anzi; i romani - a differenza degli ateniesi e degli spartani - spalancavano le porte delle proprie abitazioni in modo che il potere e il controllo dei magistrati si estendessero sino al talamo nuziale. Sul punto, si veda G. CLEMENTE, *I censori e il senato. I 'mores' e la legge*, in *Athenaenum*, CXL, 2016, 446 ss.

36 Per un maggiore approfondimento sul *regimen morum* e, più in generale, sull'ingerenza dei censori nella sfera privata dei cittadini, si veda E. BALTRUSCH, 'Regimen', cit., 12 ss.

Questo, tuttavia, suscita non poche perplessità, soprattutto alla luce della testimonianza pliniana; difatti, se da un lato il diritto privato consentiva di gestire liberamente la propria proprietà, attribuendo al *dominus* la facoltà di trascurare o addirittura danneggiare il proprio fondo, dall'altro vi era l'obbligo – derivante dai *mores maiorum* – di coltivare con diligenza la propria terra.

La questione, tutt'altro che banale, ha suscitato un intenso dibattito dottrinale e messo in forte discussione l'assolutezza del diritto di proprietà. E se per Bonfante³⁷ e Scialoja³⁸ la *ensoria castigatio* non rappresentava una vera e propria limitazione del *dominium*³⁹, bensì una sanzione personale destinata al proprietario terriero; De Francisci si è spinto ad affermare che la proprietà romana non potesse essere assoluta, ma dovesse essere necessariamente limitata dal controllo che, sul fondo privato, esercitavano i censori, legittimati da una norma derivante dai *mores maiorum*⁴⁰.

Una conclusione questa che verrà poi condivisa anche da Catalano⁴¹ e Diliberto⁴², secondo i quali il passo pliniano rappresenterebbe una prova di come il diritto di proprietà non potesse essere concepito dai romani come un diritto naturale. A ben vedere, secondo Diliberto, le caratteristiche di assolutezza ed illimitatezza della proprietà privata non sarebbero riconducibili alla tradizione romana, ma derivanti da una successiva elaborazione di fonti romane, offerta in epoca posteriore dagli interpreti medioevali⁴³.

Insomma, per usare le parole di Laura Solidoro, i limiti «posti a carico dei proprietari romani potrebbero essere interpretati come il segno che inviolabilità, unitarietà, libertà e assolutezza fossero caratteri estranei al modello proprietario romano e frutto [...] di una forzata e deviata lettura delle fonti romane avviate nel Medioevo e poi enfatizzata tra XVIII e XIX secolo per rispondere alla ideologia borghese dominante»⁴⁴.

37 Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, Milano, 1926, 230 ss., secondo cui si trattava di una limitazione indiretta del *dominium* e più precisamente di una sanzione personale che ricadeva sul proprietario terriero.

38 Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate ed edite da Pietro Bonfante*, I, Roma, 1933, 314 ss.: «Data la proprietà individuale, il proprietario può coltivare il fondo come vuole, anzi questo è uno dei principi fondamentali della proprietà individuale. Ma vi è stata in un dato momento una curiosa, indiretta coazione intesa ad ottenere la migliore coltivazione dei fondi; non si può dire veramente una limitazione di proprietà, ma piuttosto una limitazione della libertà del proprietario, per ciò che si riferisce alla coltivazione dei fondi».

39 Si veda altresì E. BALTRUSCH, 'Regimen', cit., 17, secondo cui le ammonizioni dei censori descritte da Plinio sarebbero state irrogate solo in relazione ad altre infrazioni.

40 Cfr. P. DE FRANCISCI, *Appunti*, cit., 279 ss.

41 P. CATALANO, *Droit naturel, 'ius Quiritium': observations sur l'anti-individualisme de la conception romaine de la propriété*, in *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, a cura di S. Schipani, G. Terracina, T. Media, Roma, 2009, 124.

42 O. DILIBERTO, *Il diritto di proprietà: estensione e limiti dal diritto romano ai codici contemporanei. Cenni critici*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 28, 2009, 59 ss.

43 Ivi, 73.

44 L. SOLIDORO, *La dominicalità romana, tra assolutezza e interessi superindividuali*, in *Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo*, a cura di G. Falcone, Torino, 2025, 101-102. Tuttavia, secondo la studiosa, il potere proprietario dominicale romano era comunque 'tendenzialmente' pieno, assoluto ed esclusivo.

Ebbene, tali importanti considerazioni consentono di mettere in luce un'ulteriore interessante questione. Il testo pliniano rappresenta una testimonianza estremamente preziosa perché dimostra come la proprietà privata romana fosse in un qualche modo subordinata all'interesse collettivo. Di fatto, il diritto di proprietà, massima espressione della signoria individuale sulla *res*, non doveva ledere l'interesse pubblico e la ricchezza comune, a cui evidentemente ciascun cittadino era tenuto a contribuire. Pertanto, nel legittimare l'ingerenza dei censori nel diritto di proprietà e, più in generale, nella sfera profondamente intima e privata del cittadino, la società romana intendeva evidentemente garantire e tutelare, anche a scapito del singolo individuo, il benessere dell'intera collettività⁴⁵. Ciascun *dominus* doveva quindi contribuire alla ricchezza collettiva attenendosi con la massima diligenza possibile alla coltivazione del proprio terreno. In questa prospettiva la *castigatio censoria* rappresentava lo strumento sanzionatorio con cui i censori esercitavano loro funzione di *cura morum*, legittimata, come si è detto, da un lato dalla necessità di preservare gli antichi costumi della società romana, tutelando la produttività del fondo e condannando la lussuosità dello stesso, dall'altro dalla possibilità per i censori di ingerire nella gestione della proprietà privata.

5. Brevi considerazioni sulle conseguenze sanzionatorie irrogabili al proprietario terriero negligente

È giunto il momento di soffermarsi sulle conseguenze sanzionatorie che sarebbero potute ricadere su chi avesse trascurato il proprio fondo.

Sfortunatamente le fonti a nostra disposizione non consentono di fare sufficiente chiarezza circa l'utilizzo, da parte di Plinio, della peculiare espressione '*censoria castigatio*'⁴⁶. Tuttavia, può essere utile interrogarsi su una possibile correlazione tra la negligente messa a coltura del fondo e l'irrogazione di una sanzione pecuniaria in capo al proprietario terriero; una correlazione che, secondo una testimonianza dionisiana (Dion. Hal. 2.76.1-2), doveva essere esistita in epoca regia.

Stando al racconto dello storico, già all'epoca di Numa Pompilio, l'autorità pubblica avrebbe esercitato un vero e proprio controllo sulla messa a coltura dei fondi,

45 Cfr. F. DE MARTINO, *Diritto e società nell'antica Roma*, a cura di A. Dell'Agli e T. Spagnuolo Vigorita, Roma, 1979, 27 ss., ora in *Individualismo e diritto romano privato*, in *Diritto@Storia*, II, 2003, secondo cui: «in questo contrasto profondo di norme che si rivela uno dei tratti più caratteristici del sistema giuridico romano, che non si può comprendere avendo di mira soltanto le norme arcaiche del diritto privato, ma considerando l'esercizio dei diritti alla luce del costume e dei doveri politici del cittadino, che erano determinanti per il suo stato politico». L'autore intendeva qui valorizzare l'influenza del costume sociale e dell'interesse collettivo nell'esercizio dei diritti, segnatamente nel diritto di proprietà, massima espressione della signoria individuale sulla *res*. Lo stesso passo è altresì ripreso nel più recente contributo di S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana, fra sovranità e patto sociale*, in *TSDP*, V, 2012, 10 ss.

46 Evocato invero anche in Liv. 29.37.16: [...] *pravum certamen notarum inter censores; castigatio inconstantiae populi censoria et gravitate temporum illorum digna. in invidia censores cum essent*; nonché in Liv. 24.18.3: *propter inopiam aerarii, ad mores hominum regendos animum aduenterunt castigandaque vitia quae, uelut diutinis morbis aegra corpora ex sese gignunt, eo enata bello erant*.

irrogando al proprietario terriero negligente, che avesse trascurato il proprio campo, una sanzione pecuniaria, la quale – come osservato da Gaia Di Trolio - «poteva costituire un corrispettivo per la mancata produttività della terra lasciata incolta»⁴⁷. Evidentemente, il cittadino che non avesse garantito, con la sua terra e le sue risorse, una certa produttività e un conseguente arricchimento, contribuendo al bene comune, sarebbe stato successivamente obbligato a versare una somma di denaro per il danno cagionato. Ora, se è evidente che tale testimonianza riveli una certa correlazione tra la funzione di controllo esercitata dai magistrati umani e quella dei censori, è da verificare se possano rinvenirsi, da un punto di vista sanzionatorio, alcune possibili analogie tra l'età regia e l'epoca successiva. A tal fine giova prendere in esame un celebre passo gelliano:

Gell. N.A. 4. 12. 1: *Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat, sive arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine poena fuit, et erat opus censorium, censesque aerarium faciebant. [...]. Cuius rei utriusque auctoritates sunt, et M. Cato id saepe numero adtestatus est.*

Secondo Aulo Gellio (la cui fonte è Catone) costituiva oggetto di uno specifico *opus censorium*⁴⁸ il controllo della messa a coltura dei fondi; chiunque avesse lasciato incolto il proprio campo, lo avesse lavorato con poca diligenza, senza ararlo o ripulirlo, o ancora, avesse abbandonato gli alberi o i vigneti, sarebbe stato soggetto a sanzione. E i censori, una volta verificata la negligenza, lo avrebbero reso *aerarius*⁴⁹. Come è noto, la misura dell'*aerarium facere* risultava essere particolarmente umiliante e gravosa perché comportava l'iscrizione del trasgressore tra gli *aerarii* e il suo conseguente declassamento.

A partire da Fraccaro⁵⁰ è andata, tuttavia, affermandosi l'idea secondo cui vi dovesse essere un intimo legame tra la misura dell'*aerarium facere* e l'imposizione di obblighi

47 G. DI TROLIO, *Dionigi, i re e la terra. Sul controllo pubblico della proprietà privata nella Roma arcaica*, in *BIDR*, VII, 2017, 270.

48 Secondo De Francisci l'espressione *opus censorium* deriverebbe da un errore di un amanuense. Esso starebbe per *probum censorium*. Sul punto, si veda P. DE FRANCISCI, *Appunti*, cit., 281.

49 Cfr., a tal proposito, F. CALONGHI, voce *aerarius*, in *Dizionario latino italiano*, Torino, 1989, 82 s.: «gli erarii, cioè i cittadini di Roma appartenenti all'infima classe, i quali, liberi da ogni altro onere di guerra e di cariche, erano solo soggetti ad un dato tributo in denaro (*aera*) per i bisogni della guerra e dello Stato; insieme anche classe, nella quale dal censore, per pena, potevano essere fatti passare i cittadini di classi più elevate».

50 Cfr. P. FRACCARO, 'Tribules ed Aerarii'. *Una ricerca di diritto pubblico romano*, in *Athenaeum*, XI, 1933, 150 ss., ora in *Opuscula*, II, Pavia, 1957, 169. La tesi di Plinio Fraccaro si basava sull'aneddoto di Mamercio Emilio Mamercino (Liv. 4.24.7): l'ammontare del suo *census*, una volta reso *aerarius*, era stato moltiplicato per otto. Tale racconto doveva mirare, secondo Fraccaro, a datare e spiegare l'*aerarium facere*.

fiscali in capo al trasgressore⁵¹. Allo stesso modo, in epoche e termini diversi, Nicolet⁵² e Humm⁵³, persuasi da uno scolio di Cicerone (Ps. Ascon., in Cic., *div. in Caec.* 8, p. 189⁵⁴), riscontravano un collegamento, anche terminologico, tra la misura dell'*aerarium facere* e il pagamento di *aera*.

Tali considerazioni, unitamente alla testimonianza dionisiana, mi inducono a credere che la misura dell'*aerarium facere*, applicabile ad una pluralità di circostanze e non solo nell'ipotesi di negligente tenuta del fondo, avesse quale primario obiettivo quello di incidere sulla sfera privata e politica del cittadino. Tuttavia, non è da escludere che in capo al proprietario negligente potessero ricadere delle conseguenze sanzionatorie di natura altresì patrimoniale, strettamente connesse a misure di carattere politico.

Dopotutto, come sottolineato da Humm, il *regimen morum* dei censori rappresentava un «modo di controllare e di attribuire a ciascuno il suo posto in seno alla società della Repubblica»⁵⁵. Pertanto, se un cittadino avesse tenuto un comportamento, pubblico o privato, non conforme alle tradizioni, arrecando un'offesa a tutti i consociati e, soprattutto, a coloro i quali rivestivano, all'interno della società, la sua stessa posizione sociale, i censori avrebbero provveduto a punirlo, andando ad incidere sul suo *status* sociale.

6. Note conclusive

Ciò che testimonia il passo pliniano, unitamente alle fonti sin qui raccolte, è un evidente rifiuto del lusso e dello sfarzo e una spasmodica e ricorrente attenzione dei romani nei riguardi della proprietà terriera, intesa sì come proprietà privata ma al contempo di rilevanza e interesse pubblico. Allo stesso modo emerge un'esaltazione del lavoro agricolo che, oltre a rappresentare un valore ideologico propriamente romano,

51 Per uno sguardo di sintesi sulle posizioni dottrinali assunte in tema di *aerarium facere*, si veda C. BUR, *Les censeurs privaient-ils du droit de vote? retour sur l'«aerarium facere» et le «tribu movere»*, in CXXVIII.2, 2016.

52 Cfr. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, trad. it. di F. GRILLENZONI, Roma, 1999, 108 s., secondo cui, riferendosi a Ps. Ascon., in Cic. *div. in Caec.* 8, p. 189: «Lo scoliaste vuole ovviamente spiegare questo antico termine *aerarius*, che significa 'relativo al Tesoro', cioè contribuente. Ma tutti i cittadini erano contribuenti: il termine significa quindi che gli *aerarii* non erano che contribuenti, e che la loro contribuzione non sarebbe stata proporzionale al loro censimento».

53 M. HUMM, *Il 'regimen morum' dei censori e l'identità dei cittadini*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (eds.), Pavia, 2010, 301 s. Secondo lo studioso: «colui ch'era fatto *aerarius* non era più iscritto sulla lista della sua centuria (*per hoc non esset in albo centuriae suae*); ma in questo caso, era divenuto un cittadino che doveva pagare le sue imposte (*aera*) per capitazione (*pro capite suo*) a titolo di tributo (*tributi nomine*)». In altri termini, divenire *aerarii* avrebbe comportato, tra le altre cose, una sanzione di carattere patrimoniale, da intendere quale mera conseguenza del fatto che l'*aerarium* sarebbe passato da un'impostata ripartita, all'interno della sua tribù, ad un'imposta per capitazione.

54 *Hi prorsus cives sic notabant: ut, qui senator esset, eiceretur senatus; qui eques R., equum publicum perderet; qui plebeius, in Caeritum tabulas referretur et aerarius fieret ac per hoc non esset in albo centuriae suae, sed ad hoc <non> esset civis tantummodo, ut pro capite suo tributi nomine aera praeberet.*

55 M. HUMM, *Il 'regimen morum'*, cit., 314.

impone ai singoli proprietari terrieri di far fruttare e valorizzare il proprio fondo, rendendolo necessariamente produttivo. Chi non provvede in tal senso non si limita a trascurare un proprio interesse e a compromettere i propri guadagni, ma viola i sacri principi tramandati dai *mores maiorum*, arrecando un danno all'intera collettività.

Può sembrare una contraddizione, eppure un tale rapporto tra sfera pubblica e privata risulta essere immanente al sistema giuridico romano il quale non può dirsi intimamente compreso o conosciuto se si trascura tale considerazione. A ben vedere, la proprietà privata romana, ritenuta tradizionalmente piena ed esclusiva, non poteva configgere con l'interesse pubblico e andare a danneggiare la collettività. È da qui che discende la regola giuridica per cui chiunque avesse lasciato incolto il proprio campo o avesse avuto nella propria villa *minus arare quam verrere*, trascurando l'attività agricola e produttiva, avrebbe subito il biasimo dei censori.

In definitiva, ad emergere è la considerazione che una norma derivante dai *mores maiorum* e risalente ai primordi dell'età romana, oltre ad affermarsi quale regola di condotta, destinata ad incidere in ambito privato, avesse introdotto in epoca successiva un vero e proprio canone architettonico, in forza del quale si intendeva tutelare la funzione precipuamente imprenditoriale della villa rustica romana. Se da un lato, quindi, l'insediamento romano doveva fuggire ogni manifestazione di lusso o di sfarzo – in evidente contrasto con l'essenza produttiva dello stesso – dall'altro doveva essere strutturato in modo tale da rispettare la regola aurea del giusto rapporto tra *villa* e *fundus*.

ABSTRACT: In un celebre passo della *Naturalis historia* (18.7.32) Plinio il Vecchio menziona una peculiare regola giuridica in base alla quale doveva esservi un certo rapporto tra la struttura edificiale di una villa rustica e il fondo su cui essa insisteva. L'autore, inoltre, aggiunge una particolare notazione: chiunque si fosse trovato a *minus arare quam verrere*, trascurando l'attività agricola, sarebbe incorso in una *ensoria castigatio*.

Il testo, a ben vedere, si rivela essere di gran rilievo; se da un lato rappresenta l'occasione per riflettere sul legame che i romani avevano, fin dai primordi, con l'attività agricola, dall'altro induce a interrogarsi sul controllo operato dai censori sulla messa a coltura dei fondi privati. Come è evidente, il controllo pubblico mirava a garantire e tutelare, anche a scapito del singolo individuo, gli interessi dell'intera collettività.

PAROLE CHIAVE: Censori – *Mores maiorum* – Attività agricola – Villa rustica romana.

Elena Zinato

LA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA:
PROFILI DI APPLICABILITÀ AGLI ENTI COLLETTIVI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fulcro del contrasto: omogeneità e disomogeneità dei sistemi punitivi e principio di legalità. – 3. I profili sanzionatori del procedimento con messa alla prova: il lavoro di pubblica utilità. – 4. Le Sezioni Unite escludono l'applicabilità agli enti collettivi della messa alla prova. – 5. L'orientamento favorevole all'estensione: la prevalenza della componente riparatoria rispetto a quella sanzionatoria della messa alla prova (Trib. Perugia, ordinanza del 7 febbraio 2024). – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione.*

La sospensione del procedimento con messa alla prova¹ è un istituto, mutuato dal rito minorile a mezzo della Legge 28 aprile 2014, n. 67, con il quale il Legislatore ha tentato di risolvere annosi problemi del sistema penale quali il sovraffollamento carcerario² e l'irragionevole durata dei processi³. Esso presenta una grande rilevanza

1 Per un'analisi dell'istituto pre e post-riforma Cartabia si vedano, tra gli altri, L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Padova, 2020; L. BARTOLI, *Commento agli artt.464 bis - 464 nonies*, in *Commentario breve al codice di procedura penale-complemento giurisprudenziale*, a cura di G. ILLUMINATI - L. GIULIANI, Padova, 2021; V. BOVE, *La messa alla prova: aggiornata con il D.lgs. n. 150 del 2022 (cd riforma Cartabia)*, Pisa, 2023; P. FELICIONI - M. MONTAGNA - A. SCARCELLA - C. VALBONESI, *La legge n. 67 del 2014: la sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO, Padova, 2014; P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio 'in absentia'*, a cura di M. DANIELE - P.P. PAULESU, Torino, 2015; E. LANZA, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*; V. MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017; M. MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. Pen.*, 2015, n.1; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: un istituto da riformare*, Pisa, 2019; L. PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n.1.

2 Denunciato nella sentenza Torreggiani della Corte Edu dell'8 gennaio 2013, che ha accertato la sistematica violazione dell'art. 3 della CEDU imponendo allo stato italiano l'obbligo di adottare idonei strumenti di intervento entro un anno dal passaggio in giudicato della sentenza (C. edu., 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in *Giur. Pen.*). Si tratta di una sentenza pilota, ossia di una sentenza per effetto della quale, da un lato, sono sospesi tutti i ricorsi dei detenuti aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita, dall'altro, è stato concesso allo Stato italiano il termine di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza per adottare misure necessarie per rimediare alla situazione caratterizzata dalla mancanza di spazi sufficienti di vita *intra moenia*. Sul punto F. CAPRIOLI-L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

3 S. LORUSSO, *Superare la visione carcere-centrica della giustizia per uscire da una crisi strutturale del sistema penale*, in *Guida dir.*, 2014, n.10, p.11. Si tratterebbe di una forma di *diversion*, quale fenomeno del non

pratica e teorica testimoniata, da un lato, dalla mole di produzione dottrinale e giurisprudenziale che lo riguardano, dall'altro dai dati statistici⁴ che ne dimostrano una forte diffusione nelle aule di giustizia⁵. Tale istituto deve la sua peculiarità anche al fatto che si pone a metà strada tra il diritto sostanziale e il diritto processuale⁶ in ragione della doppia natura che lo caratterizza: se dal punto di vista sostanziale esso integra una causa di estinzione del reato, dal punto di vista processuale costituisce un rito speciale a base premiale. La *ratio* della messa alla prova è stata individuata in tre diverse istanze: in primo luogo, nella concezione di pena come estremo rimedio, dal momento che lo Stato può rinunciare alla irrogazione della sanzione ove il reo abbia seguito proficuamente un percorso di risocializzazione; in secondo luogo, nel principio di economicità delle risorse processuali, in quanto comporta una contrazione delle tempistiche del processo (aspetto che è stato ulteriormente enfatizzato con la riforma Cartabia); infine, nella portata rieducativa della pena che deve caratterizzare, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost., la fase esecutiva del processo. La sospensione del procedimento con messa alla prova, come emerge in modo chiaro dai presupposti sostanziali e processuali per la sua applicazione, si presenta strutturalmente ideato su un imputato-persona fisica. Si pensi, in via esemplificativa, alla prestazione di lavori di pubblica utilità che costituisce il fulcro centrale del programma di trattamento elaborato dall'U.E.P.E. o alle disposizioni in esso eventualmente contenute relative al restringimento della libertà di movimento dell'imputato. Nonostante queste caratteristiche strutturali dell'istituto della messa alla prova, la giurisprudenza negli ultimi anni ne ha vagliato l'applicabilità agli enti collettivi per i quali, come è noto, in base al D. lgs. 231/2001 che ha scardinato il principio espresso nel brocardo *societas delinquere non potest*, è possibile riconoscere una responsabilità amministrativo-penale in ordine ad un elenco tassativo di fattispecie di reato. Tale operazione avveniva sulla base di una riconosciuta affinità tra la logica operativa del Decreto 231 e quella dell'istituto ex artt. 464 *bis* ss. cod. proc. pen. consistente in una risposta premiale dell'ordinamento basata sulla valorizzazione della condotta *post factum* dell'agente di reato⁷. Si ritiene opportuno

promovimento dell'azione penale o della sua sospensione anteriormente alla fase dibattimentale, allo scopo di instradare l'imputato verso un programma di reinserimento sociale, consentendogli di evitare l'impatto non solo con il sistema penitenziario, ma addirittura con quello processuale.

4 Consultabili in www.giustizia.it dai quali emerge un andamento fortemente crescente del numero dei provvedimenti di sospensione del procedimento con messa alla prova.

5 Si vedano GIP Trib. Modena, ord. 22 giugno 2023 e GIP Trib. Modena, sent. 12 dicembre 2023, con le quali è stato ammesso per la prima volta l'esecuzione del programma di trattamento ex art. 168 *bis* cod. pen. e 464 *bis* cod. proc. pen. in uno Stato estero e, a fronte dell'esito positivo della prova, dichiarata l'estinzione del reato.

6 In tale senso, C. CESARI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2017, 1007, che sostiene che l'ibridazione culturale e funzionale degli istituti di messa alla prova implica una posizione spesso di confine tra il penale e il processuale, trattandosi di strumenti che operano su più livelli in contemporanea.

7 In questo senso, anche F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020.

specificare come il concetto di premialità vada in questa sede inteso come la comminatoria da parte di norme penali di una sanzione ‘positiva’ la quale, anziché concretizzarsi in una conseguenza peggiorativa dello *status* o della massa patrimoniale del soggetto attivo del reato, si sostanzia in una conseguenza favorevole a seguito dell’adozione da parte di quest’ultimo del comportamento auspicato⁸. Altra parte della giurisprudenza, ha ritenuto di escludere tale applicazione in virtù del fatto che gli enti collettivi in quanto *universitates* si presentano come fisiologicamente spersonalizzati e privi del sostrato psicofisico sul quale tipicamente la messa alla prova opera la sua funzione. Il dibattito sembrava aver trovato un punto di arresto con una recente pronuncia del 6 aprile del 2023⁹ con la quale le Sezioni Unite hanno escluso l’applicazione dell’istituto dell’ammissione alla prova agli enti collettivi; tuttavia, recentissima giurisprudenza di merito¹⁰ ha preso le distanze dalle conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte.

2. *Il fulcro del contrasto: omogeneità o disomogeneità dei sistemi punitivi e principio di legalità.*

Ai fini di analizzare i diversi orientamenti sull’applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova agli enti collettivi occorre partire da un punto fermo: le norme relative alla messa alla prova presenti sia nel codice di rito che nel codice penale non contengono alcun riferimento agli «enti» quali possibili soggetti destinatari di esse e neppure le norme del d.lgs. 231 del 2001, sebbene introdotte antecedentemente alla L. 28 aprile 2014 n. 67, contengono agganci o richiami che depongano per l’applicabilità del rito speciale. L’unico appiglio normativo su cui è stato possibile costruire le diverse elaborazioni giurisprudenziali è rappresentato dalla clausola di compatibilità prevista dall’art. 34 del Decreto 231, che dispone che per il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative si osservano le disposizioni del codice di procedura penale, in quanto compatibili. Tale clausola di compatibilità comporta necessariamente che l’eventuale ricorso all’analogia debba essere vagliato con particolare attenzione interpretativa. Come è noto, infatti, le regole per l’applicazione analogica sono dettate dagli artt. 12 e 14 disp. prel. cod. civ. e, in applicazione del principio di tassatività, dispongono il divieto di analogia in materia penale che si traduce per il giudice nell’impossibilità di applicare fattispecie e sanzioni al di fuori dei casi espressamente e specificamente contemplati dalla legge. Un’ulteriore questione sottesa al dibattito giurisprudenziale sull’applicabilità agli enti della messa alla prova concerne l’omogeneità tra i sistemi punitivi in esame. Il Decreto 231 riconosce

8 F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, (postuma) a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, I, II, Milano, 1997, 1460.

9 Cass. pen., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 14840.

10 Trib. Perugia, ord. del 7 febbraio 2024 che ha ritenuto *ampiamente superate* perplessità manifestate dalla Corte di Cassazione nella pronuncia 14840 del 2023 ed ha disposto la sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti di un ente collettivo.

la responsabilità dell'ente per una serie di reati commessi da propri amministratori o terzi mandatari, qualora essi siano stati realizzati nell'interesse o a vantaggio dell'ente e siano stati resi possibili da una carenza della struttura organizzativa dell'impresa stessa (cd. colpa da organizzazione¹¹). In tali casi, le società possono sottrarsi a responsabilità adottando, prima della commissione del fatto illecito, un idoneo modello organizzativo e gestionale dotato degli elementi previsti nel Decreto 231¹².

La natura della responsabilità degli enti collettivi è stata oggetto di un lungo dibattito che si è poi risolto nel senso di riconoscere in capo agli enti un *tertium genus* di responsabilità, coniugante i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo.

Le questioni al centro del dibattito, dunque, possono essere individuate, da un lato, nella portata assoluta o meno da attribuire al divieto di analogia in materia penale, dall'altro alla disomogeneità dei paradigmi di responsabilità in questione. Occorre rilevare come entrambe assumano una portata centrale proprio in ragione della qualificazione della messa alla prova come «trattamento sanzionatorio» a tutti gli effetti: se si considerasse tale istituto una pena, non potrebbe operare l'estensione analogica agli enti perché comporterebbe effetti *in malam partem* per l'ente; qualora, invece, esso venisse qualificato come avente effetti *in bonam partem* le pronunce che si esamineranno si sono interrogate sulla possibilità di operare un'estensione analogica della disciplina poiché i sistemi tra cui essa opererebbe sarebbero disomogenei.

3. I profili sanzionatori della sospensione del procedimento con messa alla prova: il lavoro di pubblica utilità.

Come si accennava, una delle questioni sottese al dibattito giurisprudenziale è la natura sanzionatoria della sospensione del procedimento con messa alla prova.

Componente obbligatoria della prova, infatti, è costituita dal lavoro di pubblica utilità, alla cui prestazione l'art. 168 *bis*, comma 3, cod. pen., subordina la concessione della sospensione. Il lavoro di pubblica utilità consiste in una «prestazione non retribuita» in favore della collettività che deve essere affidata tenendo conto «anche delle specifiche

11 Sul punto L. BARTOLI, *La sospensione*, cit.; R. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2016, n.4.; F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020; M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo 231: quali prospettive per la diversione dell'ente?* in *Dir. pen. cont.*, 2017, n.10.

12 Si veda, tra molti, D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *Compliance. Responsabilità da reato degli Enti collettivi*, Milano, 2024; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n.231/2001*, Torino, 2022; F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato persona giuridica*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. LUPARIA, Torino, 2018, 199-213; D. PIVA, *La responsabilità degli enti ex d. lgs. n.231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021; A. SCALEATI, *Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro l'ente*, in *Proc. pen e giust.*, 2019, 1.

professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato» e tale da non pregiudicare «le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato».

C'è chi ha sostenuto¹³, avuto riguardo delle modalità di affidamento previste dal legislatore, che tale impostazione voglia favorire la componente di *restorative justice* dell'istituto il quale, non avendo natura punitiva e ponendosi perciò al di fuori del sistema, mira ad una ricomposizione del conflitto sociale generato dal reato tramite un percorso di riabilitazione al quale il soggetto attivo del reato e la vittima aderiscono spontaneamente. La Corte costituzionale¹⁴, inoltre, ha negato il carattere sanzionatorio della messa alla prova basandosi sul confronto tra la fisiologica coercibilità della sanzione penale e la non coercibilità¹⁵ dell'esecuzione del programma di trattamento elaborato dall'U.E.P.E. Tuttavia, basare la negazione della natura sanzionatoria del trattamento solo ed esclusivamente sulla non coercibilità appare suscettibile di critica a fronte di uno strumento innovativo come la messa alla prova. Quest'ultima, infatti, stravolge i punti fermi del sistema, come, ad esempio, la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione della risocializzazione¹⁶.

Un altro orientamento¹⁷ ha, al contrario, riconosciuto la natura affittiva della sospensione del procedimento con messa alla prova facendo leva sul suo aspetto teleologico-funzionale richiamato dagli stessi lavori preparatori alla Legge 67 del 2014¹⁸: special-preventivo, in quanto mira ad una rieducazione e risocializzazione del reo, general-preventivo e, seppur in modo residuale, affittivo. Ciò è stato sostenuto anche sulla base della previsione obbligatoria del lavoro di pubblica utilità che costituirebbe il profilo sanzionatorio di maggior rilievo della nuova misura. Oltre che nella recentissima pronuncia di cui si analizzeranno le motivazioni principali nel paragrafo che segue, le Sezioni Unite della Cassazione si erano pronunciate in tal senso anche nel 2016 quando hanno affermato che il trattamento riservato all'imputato conserva i caratteri sanzionatori (anche se alternativi alla detenzione) valorizzando gli scopi special-preventivi perseguiti seppure in una fase anticipata del processo¹⁹.

13 A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 676, a parere della quale la messa alla prova va inserita nel solco della giustizia riparativa.

14 Corte cost., 10 marzo 2017, n. 54. In senso conforme, C. MIGLIACCIO, *La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza 'pena' con finalità specialpreventive*, in *Proc. pen e giust.*, 2018, 1081. Contra, C. CESARI, *La Consulta supera le perplessità e la messa alla prova si radica nel sistema penale*, in *Giur. Cost.*, 2018, 799.

15 L'imputato, secondo la sentenza della Consulta in esame, è lasciato libero di far cessare l'esecuzione del programma di trattamento con la conseguenza che il processo riprenda il suo corso.

16 Sul punto, M. MIRAGLIA, *La messa alla prova*, cit., 164 ss.

17 M. MARTINI, *Cronaca di un successo annunciato*, in *Leg. Pen.*, 2014, 486 ss.

18 I lavori preparatori alla L. 67 del 2014 parlano di «natura necessariamente affittiva» dell'istituto. In tale senso anche G. TABASCO, *La sospensione*, cit., 22.

19 Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n.36272 con nota di L. PELLEGRINI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova: le circostanze non rilevano nella determinazione della pena edittale*, in *Riv. It. Proc. pen.*, 2017, dove la Corte afferma: «(...) da un lato, nuovo rito speciale, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia

La valenza sanzionatoria del lavoro di pubblica utilità si ritiene confermata, a parere di questa seconda impostazione, anche dal fatto che esso determina una limitazione della libertà personale del soggetto in termini di perdita del proprio tempo²⁰. E, dunque, la messa alla prova non rappresenterebbe una rinuncia dell'ordinamento alla potestà punitiva ma la manifestazione di tale potestà in una forma differente rispetto a quella tradizionale.

4. *Le Sezioni Unite escludono l'applicabilità agli enti collettivi della messa alla prova: divieto di analogia e natura afflittiva della 'probation'.*

Le Sezioni Unite²¹, sollecitate dalla Quarta Sezione²² che aveva rilevato il contrasto interpretativo, si sono espresse in senso negativo all'applicabilità della messa alla prova agli enti collettivi così segnando una provvisoria battuta d'arresto ai tentativi di estensione dei possibili destinatari dell'istituto in analisi²³. Nella pronuncia in esame, i giudici di legittimità, preso atto del silenzio del legislatore del 2001²⁴, si sono schierate a favore di quell'orientamento²⁵ che aveva attribuito tale lacuna ad una presa di posizione del legislatore fondata su due linee guida principali. Il primo binario su cui si colloca la decisione in analisi si fonda sulla natura afflittiva della messa alla prova la quale, oltre ad essere un rito speciale e una causa estintiva del reato, presenta anche un'ineliminabile intento repressivo-rieducativo. L'obbligo di prestare lavori di pubblica

al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi social-preventivi in una fase anticipata, in cui viene 'infranta' la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto. (...) tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione».

20 M. MIRAGLIA, *La messa alla prova*, cit., 160; M. MARTINI, *Cronaca*, cit.

21 Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840. Sul punto, si veda F. DI MUZIO, *Le Sezioni Unite sull'inapplicabilità della messa alla prova all'ente*, in *Riv. dir. pen. impresa*, 2022, n.1; M. M. VERRE, *La messa alla prova degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in *Sist. Pen.*, 2023, n.5.

22 La pronuncia si inserisce all'interno di una vicenda in cui una s.r.l. era chiamata a rispondere del delitto di lesioni colpose commesso in violazione delle disposizioni in materia antinfortunistica (art. 25-septies, co.3, d. lgs. n. 231/2001) a seguito della quale il Tribunale di Trento aveva disposto la sospensione ex art. 464 bis ss. cod. proc. pen. non solo nei confronti del datore di lavoro ma anche dell'ente collettivo. Il programma di trattamento predisposto per la s.r.l. consisteva nel risarcimento del danno, nella revisione del proprio modello organizzativo e nella elargizione «ad un organismo religioso di calzature di propria produzione», quest'ultima prestazione a titolo di l.p.u.

23 Nonostante l'intervenuta sentenza delle Sezioni Unite, il Tribunale di Perugia con un'ordinanza ha ritenuto ammissibile la messa alla prova per l'ente collettivo riprendendo il dibattito sull'applicabilità dell'istituto agli enti incolpati ai sensi del D.lgs. 231/2001. Si veda, Trib. Perugia, ord. 7 febbraio 2024.

24 Le norme relative alla messa alla prova (artt. 464 bis ss. cod. proc. pen. e 168 ss. cod. pen.) non contengono alcun riferimento agli «enti» quali possibili soggetti destinatari di esse e neppure le norme del d.lgs. 231 del 2001, sebbene introdotte antecedentemente alla L. n. 67 del 2014, contengono agganci o richiami che depongono per l'applicabilità del rito speciale.

25 *Ex multis*, Trib. Milano, ord. 27 marzo 2017; G.i.p. Bologna, ord. 10 dicembre 2020; Trib. Spoleto, ord. 21 aprile 2021.

utilità, la valutazione di idoneità del programma di trattamento sulla base dei parametri di cui all'art. 133 cod. pen., lo scomputo del periodo di esecuzione della prova dalla pena da eseguire in caso di successiva condanna²⁶, infatti, sono tutti elementi sui quali i giudici di legittimità si sono basati per classificare l'ammissione alla prova all'irrogazione di una sanzione²⁷. Pertanto, l'introduzione ad opera del giudice di un trattamento sanzionatorio ad una categoria di soggetti non espressamente contemplati dalla legge quali relativi destinatari, si pone in contrasto con il principio di legalità²⁸ della pena e il principio di riserva di legge²⁹.

Il secondo binario su cui poggia il ragionamento delle Sezioni Unite consiste nella natura di *tertium genus* del paradigma punitivo³⁰ che qualifica il sistema di responsabilità degli enti derivante da reato³¹. In proposito, la pronuncia ha messo in evidenza come, in ragione della disomogeneità tra i due sistemi, anche un'eventuale analogia *in bonam partem* non sarebbe possibile. La traslazione dell'innesto del trattamento sanzionatorio penale nel *tertium genus* di responsabilità degli enti non sarebbe possibile perché il paradigma del Decreto 231 mutua dal sistema penale solo le garanzie in esso contenute e non applica agli enti un trattamento sanzionatorio.

Le Sezioni Unite hanno, infine, rilevato come la disciplina della messa alla prova e quella del Decreto 231 siano inconciliabili proprio perché i presupposti sostanziali e processuali sono modellati sull'imputato persona fisica in un'ottica non solo special preventiva e riparativa ma soprattutto rieducativa. Risulterebbe arduo, in primo luogo, armonizzare il concetto intrinsecamente psichico di 'rieducazione' con quello di *universitas* che è fisiologicamente spersonalizzato a ciò non giovando il rapporto di immedesimazione organica tra organo dell'ente ed ente stesso. Non si può, infatti, ritenere che l'equiparazione degli organi all'imputato persona fisica possano garantire sufficientemente il soddisfacimento degli obiettivi e delle finalità della messa alla

26 Ai sensi dell'art. 657 *bis* cod. proc. pen.

27 Sul punto, Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272; Corte Cost., 27 novembre 2015, n. 240; Corte Cost., 29 marzo 2019, n. 68.

28 Il principio di legalità viene richiamato dallo stesso art. 2 del d.lgs. 231/2001 quale principio ineludibile affinché l'ente possa essere oggetto di sanzioni.

29 Tale orientamento è stato giudicato come eccessivamente rigido e conservatore in quanto anche il giudizio immediato e direttissimo non trovavano menzione nel Decreto ma ciò non ne ha impedito l'applicazione alle *societates*. Sul punto, L. BARTOLI, *La sospensione*, cit.

30 *Ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735; Cass. pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083; Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343.

31 Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001, 2: «Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancora più ineludibili, della massima garanzia».

prova³²: si ricadrebbe in una sorta di «immedesimazione rovesciata» in cui le colpe dell'ente avrebbero conseguenze negative sugli organi e questi sarebbero chiamati a rieducarsi per conto di un diverso soggetto³³. Inoltre, l'allegazione alla richiesta ex 464 *bis* cod. proc. pen. di un programma di trattamento che potrebbe contenere anche le modalità di coinvolgimento dell'imputato e del suo nucleo familiare³⁴, prescrizioni comportamentali o limiti alla sua libertà di movimento, sono considerati dalla pronuncia in esame indicatori del fatto che il destinatario del programma può essere solo ed esclusivamente l'imputato-persona fisica³⁵. In conclusione, se un'ipotesi di *diversion*³⁶ per gli enti costituirebbe senz'altro un modello utile ed efficace per il sistema, non si ritiene possibile mutuarlo dalla disciplina della messa alla prova per persone fisiche³⁷.

5. *L'orientamento favorevole all'estensione: la prevalenza della componente riparatoria della messa alla prova rispetto a quella sanzionatoria* (Trib. Perugia, ordinanza del 7 febbraio 2024).

L'orientamento favorevole all'estensione della messa alla prova agli enti collettivi³⁸ si basava su due elementi principali: la natura *non affittiva* della messa alla prova e la possibilità di ricorrere all'analogia *in bonam partem*. I giudici di merito che hanno sostenuto questa impostazione hanno ritenuto che il silenzio del legislatore del 2001 fosse verosimilmente frutto di una «svista legislativa». Innanzitutto, veniva posto in dubbio che l'istituto della messa alla prova possa essere equiparato *sic et simpliciter* ad un trattamento sanzionatorio³⁹ e ne veniva evidenziata la preminente funzione riparatoria. Anche alla luce di quanto sostenuto dalla giurisprudenza sovranazionale⁴⁰ che si è espressa in

32 A. MANNA, *Controversie interpretative e prospettive di riforma circa la responsabilità da reato degli enti*, in *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, a cura di A. FIORELLA - R. BORGOGNO - S.A. VALENZANO, Napoli, 2015, 239 ss.

33 Sul punto, si veda F. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 173, che afferma come il rimprovero alla *societas* non è identico, bensì parallelo a quello mosso all'individuo.

34 In particolare, si ritiene che l'indagine socio-familiare che deve svolgere l'U.E.P.E. nell'elaborazione del programma di trattamento sia necessaria e indefettibile poiché è diretta espressione della «soggettivizzazione» del contenuto della prova. Sul punto, M. MIRAGLIA, *La messa alla prova*, cit.

35 Dello stesso avviso, D. VISPO, *Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione?* in *Legislazione penale*, 2019, 11 ss.; A. SCALEATI, *Punire o reintegrare?*, cit.

36 Il fenomeno della sospensione del procedimento viene indicato con il termine di *diversion* quando trova attuazione nel corso del procedimento penale, che viene bloccato, in modo che esso costituisca una alternativa al processo ancor prima che alla sanzione. Sul punto, G. TABASCO, *La sospensione*, cit., 27.

37 F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, *Alcuni spunti de jure condendo*, in *Diritto penale e processo oggi*, 2015, 80 ss.; L. BARTOLI, *La sospensione*, cit.

38 Trib. Bari, sez. I, 22 giugno 2022; Trib. Modena, ord. 15 dicembre 2020; Trib. Perugia, 7 febbraio 2024.

39 Si ritiene condivisibile l'opinione di alcuni studiosi che non hanno ritenuto possibile che il carattere sanzionatorio si possa dedurre, in via automatica, dal fatto che il lavoro di pubblica utilità in altri contesti ordinamentali è utilizzato come sanzione, principale o sostitutiva. Sul punto, si veda M. MIRAGLIA, *La messa alla prova*, cit., 157.

40 C. Edu, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*; C. Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*.

tema di ‘pene nascoste’, infatti, i giudici nazionali hanno sostenuto che, come emerge dal dettato del secondo comma dell’art. 168 bis, cod. pen. che sancisce come l’istituto comporti «la prestazione di condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso dallo stesso cagionato», la riparazione delle conseguenze dannose del reato e il risarcimento del danno nei confronti della vittima siano da considerarsi presupposto imprescindibile per la applicazione del rito. Inoltre, la natura non affittiva del trattamento sanzionatorio è fatta discendere dalla non coercibilità dell’osservanza delle prescrizioni⁴¹ contenute nel programma di trattamento che lascerebbe all’imputato una libertà di scelta che egli non possiede in caso di irrogazione di una sanzione «tradizionale», ove si prescinde totalmente dalla volontà dello stesso.

Infine, tali decisioni evidenziano come la sottoposizione dell’ente alla sospensione del procedimento con messa alla prova comporterebbe effetti *in bonam partem*: in primo luogo, produrrebbe per l’ente l’effetto di un ampliamento del novero dei procedimenti speciali ai quali accedere, e, in secondo luogo, condurrebbe, in caso di esito positivo dello svolgimento del programma, ad una causa estintiva del reato. In quanto non classificabile come trattamento sanzionatorio, dunque, l’istituto della messa alla prova non deve sottostare ai rigidi meccanismi derivanti dal *nullum poena sine lege* sancito all’art. 25, comma 2, Cost. e all’art. 1. cod. pen. Il ricorso all’analogia sarebbe legittimato in virtù del parallelismo tra la logica che permea il sistema di responsabilità del Decreto 231 e la *ratio* premiale sottesa al rito ex art. 464 bis ss. cod. proc. pen.⁴² Da ultimo, si è ritenuto che, benché sussistessero margini di incertezza⁴³ nell’adattamento dei presupposti sostanziali e processuali di accesso al rito costruiti su un imputato-persona fisica agli enti collettivi, questi fossero da considerare espressivi della fisiologica sfera di discrezionalità che presenta ogni procedimento di applicazione analogica⁴⁴. A tal proposito, è opportuno ricordare che lo stesso istituto della messa alla prova lascia al giudice ampi spazi di discrezionalità⁴⁵ proprio per le sue finalità di special-prevenzione

41 Cfr. § 2.1.

42 Il divieto di analogia non ha, infatti, carattere assoluto, ma si riferisce solo alle disposizioni incriminatrici della materia penale, ammettendosi pacificamente l’esperibilità di un intervento analogico *in bonam partem*. In tal senso, Trib. Perugia, ord. 7 febbraio 2024, 6, che aggiunge come non porta ad escludere l’applicazione analogica nemmeno il fatto che la messa alla prova si sostanzia in una causa di estinzione del reato, la quale non potendosi considerarsi disposizione eccezionale, è da ritenersi suscettibile di applicazione analogica.

43 Uno tra questi concerneva il ruolo dell’U.E.P.E. nel seguire la messa alla prova di un ente: in particolare, ci si chiedeva se l’U.E.P.E. fosse il soggetto più idoneo a seguire tale procedimento non solo avuto contezza della carenza di risorse, ma anche della formazione professionale dei suoi componenti. Sul punto, M. RICCARDI - M. CHILOSI, *La messa alla prova*, cit.; L. BARTOLI, *La sospensione*, cit.

44 Trib. Modena, ord. 15 dicembre 2020 che ha ammesso l’utilizzabilità dei parametri di cui all’art. 133 cod. pen. facendo riferimento al Modello di organizzazione e gestione precedentemente adottato e giudicato inidoneo da parte del magistrato decidente.

45 Proprio tale margine di discrezionalità è stato oggetto di critiche in quanto si è ritenuto potesse dare adito a disparità di trattamento dovute a disfunzioni contingenti, esigenze reali, contesti territoriali.

positiva e le caratteristiche «reo-centriche». Il perseguimento di un fine risocializzante e rieducativo, infatti, richiede necessariamente un'operazione congiunta dell'U.E.P.E. e del giudice, che devono «ritagliare» di volta in volta il procedimento in base alle caratteristiche specifiche dell'imputato e alle circostanze del caso concreto. Pertanto, tale duttilità e plasmabilità dello strumento si porrebbe come ulteriore argomento a favore della sua applicabilità agli enti collettivi.

6. *Riflessioni conclusive.*

Come emerge da quanto fin qui esposto, il dibattito sull'applicabilità della messa alla prova agli enti collettivi può dirsi tutt'altro che concluso e la questione è ancora largamente dibattuta. È indubbio che le logiche a cui si ispirano la disciplina del Decreto 231 e quella della messa alla prova presentino alcuni punti di congiunzione, tra cui spicca il concetto della premialità: in entrambi i casi, infatti, a fronte della commissione di un fatto illecito il soggetto attivo viene incentivato a porre in essere comportamenti contro-offensivi al fine di ottenere non solo l'eventuale mitigazione della risposta penale ma anche l'esclusione della punibilità. Tuttavia, se dal punto di vista utilitaristico un'ipotesi di *diversion* per gli enti collettivi andrebbe sicuramente introdotta, non è immediato che le sue coordinate debbano essere rinvenute nell'istituto della messa alla prova come oggi disciplinato dal legislatore a causa delle inadeguatezze strutturali che esso presenta nell'operazione di adattamento all'imputato-persona giuridica e non più persona fisica. Si ritiene che sia più opportuno ricercare tale forma del procedere all'interno della stessa disciplina del Decreto 231 potenziando il modello di negozialità in esso predisposto. In ogni caso, va osservato che alla base di queste incertezze si ponga senza dubbio il fatto che la messa alla prova è un «crocifero»⁴⁶ che possiede in parte i caratteri della giustizia riparativa mirando alla *diversion* e che, in altra parte, mantiene alcuni aspetti sanzionatori. In altre parole, tale istituto si pone a cavallo tra la *restorative justice* e la *negotiated justice*⁴⁷, dal momento che lo stesso si caratterizza per l'applicazione di una misura sanzionatoria (il lavoro di pubblica utilità) orientata anche a espletare una funzione special-preventiva. Si ritiene che detta natura ibrida della messa alla prova sia in parte dovuta allo scopo ultimo che esso persegue e che si sostanzia nell'elaborazione di una nuova forma di reazione dell'ordinamento alla commissione del reato. Lo spaesamento dell'interprete è del tutto legittimo e giustificato dal fatto che l'approccio alla messa alla prova non consente un riferimento nei termini tradizionali alle categorie costituzionali penali e processuali perché il suo carattere innovativo

In questo senso, L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 1757.

⁴⁶ Per l'uso di questa espressione, sia pure in un altro ambito, v. F. CORDERO, *Procedura penale*², Milano, 2012, 1292.

⁴⁷ F. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit.

segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio ponendosi in un certo senso 'sul filo del rasoio costituzionale'⁴⁸.

ABSTRACT: Nel presente elaborato si è tentato di vagliare l'applicabilità dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova agli enti collettivi con particolare riguardo alle più recenti pronunce giurisprudenziali sia di legittimità che di merito. Dall'analisi dei punti di forza e delle criticità di tale operazione estensiva emerge la poliedricità dell'istituto di cui agli artt. 464 *bis* ss. cod. proc. pen. che si presterebbe potenzialmente ad un allargamento soggettivo del suo ambito di applicabilità ma che, al tempo stesso, deve fare i conti con le sue caratteristiche strutturali.

PAROLE CHIAVE: Sospensione del procedimento con messa alla prova – enti collettivi – applicabilità – rito alternativo – punibilità – responsabilità.

48 Riprendendo un'espressione utilizzata da P. FERRUA, *Una messa alla prova*, cit.

L'EREDITÀ DI UN FIGLIO MAI NATO:
SIMULAZIONE PROCESSUALE DELLA CAUSA CURIANA*

a cura di Paola Lambrini

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. Quinto Mucio Scevola: brevi notazioni biografiche – 3. Lucio Licinio Crasso: brevi notazioni biografiche – 4. Arringa finale di Quinto Mucio Scevola – 5. Arringa finale di Lucio Licinio Crasso.

1. *Il caso.*

La *clarissima causa Curiana*¹ fu un processo svoltosi intorno all'anno 93 a.C.² su di una questione assai dibattuta di diritto testamentario³; a occuparsi della causa fu il tribunale

* Confluisce in questo scritto il risultato finale del corso *Simulazione processuale in area romanistica* dell'anno accademico 2023/2024, coordinato da Paola Lambrini e Giorgia Zanon. Nel modulo dedicato al diritto privato, l'attenzione si è focalizzata sullo studio della *causa Curiana*, celebre processo civile celebratosi nel I sec. a. C., di cui gli studenti hanno approfondito le vicende storiche e giuridiche, e, infine, riproposto oralmente le rispettive pretese delle parti in giudizio, che qui vengono pubblicate. Hanno assunto la veste di Quinto Mucio Scevola e dei suoi aiutanti: Alice Bada; Dimitrios Baghiris; Ettore Caneva; Arianna Ceola; Giulia Chiarato; Asia Marigo; Alicia Rozzi Marin; Eleonora Scaramuzza; Vanessa Smajlaj. Hanno impersonato Lucio Licinio Crasso e i suoi collaboratori: Giulia Aletto; Leonardo Baschiera; Eleonora Cason; Gaia Fincati; Iris Giordan; Valentina Picco; Francesco Pitacco; Pietro Soave; Rachele Valeri. Il verdetto è stato emesso dai giudici Maida Maria Pia Bagnato; Anna Baldisserotto; Fatna Bourjlati; Paulina Pasha; Maria Karolina Zequini. Per la redazione dell'elaborato scritto un ringraziamento particolare va a Eleonora Cason, Francesco Pitacco, Alicia Rozzi Marin e Rachele Valeri.

1 Così la definisce Cicerone in *orat.* 1.180: *clarissima M. Curii causa Marcique Coponii nuper apud centumviros quo concursu hominum, qua expectatione defensa est?*

2 La causa si tenne non prima del 94 e non dopo il 91 a.C.

3 Per un primo approccio bibliografico al tema si veda: J. STROUX, *'Summum ius summa iniuria'. Un capitolo concernente la storia della 'interpretatio iuris'*, trad. it. a cura di G. Funaioli, in *Annali del seminario giuridico di Palermo*, XII, 1929, 675 ss.; F. WIEACKER, *La 'causa Curiana' e gli orientamenti della giurisprudenza coeva*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano, 1968, 109 ss.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani?*, Napoli, 1982, 111 ss.; A. TORRENT, *Interpretación de la 'voluntas testatoris' en la jurisprudencia republicana*, in *Anuario de Historia del Derecho español*, XXXIX, 1969, 173 ss.; G.L. FALCHI, *Interpretazione tipica nella 'causa Curiana'*, in *SDHI*, XLVI, 1980, 383 ss.; J. W. TELLEGEN, *Oratores, jurisprudentes and the 'causa Curiana'*, in *RIDA*, XXX, 1983, 293 ss.; J. W. VAUGHN, *Law and Rhetoric in the 'Causa Curiana'*, in *Classical Antiquity*, IV, 1985, 208 ss.; U. MANTHE, *Ein Sieg der Rhetorik über die Jurisprudenz: der Erbschaftsstreit des Manius Curius: eine vertane Chance der Rechtspolitik*, in *Grosse Prozesse der römischen Antike*, a cura di U. Manthe e J. Von Ungern Sternberg, München, 1997, 74 ss.; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini a Labeone*, Torino, 1998, 240 ss.; M. TALAMANCA, *L'oratore, il giurista, il diritto nel 'de oratore' di Cicerone*, in *Ciceroniana*, XIII, 2009, 34 ss.; G. NEGRI, *Cicerone come 'fonte di cognizione' del diritto privato romano. L'esempio della 'causa curiana': appunti per una ricerca*, in *Ciceroniana*, XIII, 2009, 165 ss.; N. SCHLIERKAMP, *Die 'Causa Curiana'. Prozessfakten und Einfluss des Prozessrechts auf die Entscheidungsfindung*, München, 2009; A. CASTRO

centumvirale, istituito nel 241 a.C. e composto da 105 membri, tre per ciascuna delle 35 tribù, con carica annuale, anche se di solito non giudicava collegialmente, ma diviso in sezioni chiamate *consilia*; esso era competente in materia ereditaria.

Per l'istituzione del processo davanti a questo tribunale si applicava il regime delle *legis actiones*, il sistema processuale che da epoca antichissima consentiva ai cittadini dell'Urbe di vedere tutelati in giudizio i propri diritti. Gli schemi di azioni utilizzabili in questo processo erano tipici; la ritualità era rigorosa: a pena di nullità occorreva pronunciare davanti al pretore esattamente le parole previste e compiere i gesti stabiliti. Come sempre, nella seconda fase del processo, quella *apud iudicem*, si svolgeva l'istruttoria dibattimentale, con la raccolta delle prove e le arringhe dei difensori: il tribunale centumvirale era un luogo molto ambito dagli avvocati per praticare la retorica, un luogo che fungeva quasi da scuola per l'*ars oratoria*.

I fatti della causa, in breve, avevano come protagonista Coponio⁴, che, ritenendo la moglie incinta, aveva designato quale erede il nascituro e chiamato come sostituto all'eredità Manio Curio, presumibilmente un amico, per il caso di morte del figlio prima che quest'ultimo giungesse alla pubertà⁵. Dopo poco il testatore moriva senza che fosse nato alcun figlio. Ritenendosi legittimato in base alla sostituzione testamentaria, Manio Curio chiedeva al pretore la *bonorum possessio secundum tabulas*, ed entrava così in possesso dei beni del testatore. A fronte di ciò, un parente del *de cuius*⁶, assistito in giudizio da Quinto Mucio Scevola, faceva valere il suo titolo di erede *ab intestato* e formulava una *petitio hereditatis*, sostenendo che l'eredità dovesse essere devoluta secondo la successione legittima e non secondo quella testamentaria, sulla base di una diversa interpretazione della sostituzione. La difesa del convenuto Manio Curio veniva assunta da Lucio Licinio Crasso.

Il processo, dunque, verteva su una questione di sostituzione testamentaria, istituto successorio in base al quale, al verificarsi di una determinata condizione, subentra un soggetto diverso rispetto a quello istituito come erede. Esistevano all'epoca due tipi di sostituzione, denominate rispettivamente *substitutio vulgaris* e *substitutio pupillaris*.

La prima era un'istituzione di secondo grado rispetto all'istituzione d'erede, subordinata all'evento che il primo chiamato non potesse o non volesse acquistare l'eredità: la formula classica era: «Tizio mi sia erede. Se Tizio non mi sarà erede, allora sia erede

SÁENZ, *Cicerón y la jurisprudencia romana: un estudio de historia jurídica*, Valencia, 2010, 247 ss.; F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, I. Cicerone, Napoli, 2013, 12 ss.; B. CORTESE, *Tra 'aequitas' e 'ius' nella 'causa Curiana'*, in *Iura*, LXVII, 2019, 49 ss.; J. DUGAN, *Beachcombing at the Centumviral Court: Littoral Meaning in the 'Causa Curiana'*, in *Roman Law and Latin Literature*, a cura di I. Ziogas e E. Bexley, Bloomsbury, 2022, 106 ss.

4 Nel corso della simulazione gli è stato attribuito il prenome di Quinto Tullio per distinguerlo dall'attore in giudizio, Marco Coponio.

5 Questa la ricostruzione della formula utilizzata nel testamento: *si mihi filius genitur unus pluresve, is mihi heres esto; si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tum mihi M'. Curius heres esto*. Cfr. Cic. *inv.* 2.122, *orat.* 2.141; *Brut.* 195; *top.* 44.

6 O forse più parenti: in Cic. *inv.* 2.122 compare *agnati*, al plurale; anche Quint. 7.6.10 parla di *propinqui*.

Seio» (*Titius mihi heres esto. Si Titius mihi heres non erit, tunc Seius heres esto*). Si trattava di uno strumento negoziale che consentiva al testatore di nominare un ulteriore erede, in via di *substitutio*.

Nella sostituzione pupillare, invece, il *pater familias* istituiva erede il figlio impubere in potestà e gli designava un sostituto per il caso in cui il figlio morisse prima della pubertà, quindi ancora nella condizione di *pupillus*, soggetto a tutela. Dal momento che il soggetto impubere non aveva ancora acquisito la capacità di testare, tale sostituzione aveva lo scopo di escludere che si aprisse la successione *ab intestato* del pupillo morto prima di poter fare testamento. Il *pater familias* faceva, dunque, testamento al posto del figlio impubere, in modo che l'eredità lasciata al pupillo venisse trasferita secondo la volontà del *pater*.

La sostituzione pupillare diede vita in epoca repubblicana a parecchie discussioni giurisprudenziali perché sembrava contraddire due fondamentali principi del diritto ereditario. Il primo è quello per cui una volta che si è eredi, lo si è per sempre (*semel heres, semper heres*): per questo motivo, non è ammessa l'istituzione di un erede a termine o sotto condizione. Con la sostituzione pupillare, tuttavia, il pupillo pare essere proprio un erede istituito sotto condizione sospensiva, in quanto egli diviene erede, ma l'eredità che ha ricevuto passerà a un altro erede, se egli muore impubere. La seconda regola è quella della personalità del testamento, in base alla quale solo il titolare del patrimonio oggetto della successione può disporne; nel caso della sostituzione pupillare, abbiamo, invece, il *pater familias* che manifesta la volontà per il *filius*. In realtà, fino al primo secolo d.C. entrambe le forme di sostituzione rientravano nell'ipotesi di istituzione condizionata: il sostituto era direttamente un erede del testatore, ma sotto condizione sospensiva. Le descritte ambiguità avrebbero portato, nel corso dell'epoca classica, alla creazione di una formula comprensiva delle due succitate sostituzioni che racchiudeva tutte le possibilità di subentro, così che nessuna rivendicazione potesse essere accampata sui beni di cui aveva disposto il *de cuius*⁷.

Il dibattito tra i due difensori protagonisti della causa Curiana è stato spesso letto come uno scontro tra *ius civile strictum*, ovvero tra un'interpretazione letterale propugnata da Scevola, ed *aequitas*, quale essenza del diritto che porta alla regola giusta per il caso concreto, di cui si faceva portatore Crasso. Si sarebbe quindi trattato del classico conflitto tra certezza ed equità del diritto. Lo stesso Cicerone riconduce la causa Curiana alla contrapposizione tra *verba* e *voluntas*, tra una parte che si appoggia sulle parole effettivamente messe per iscritto e un'altra che invece a queste aggiunge la

7 *Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi heres non erit, sive heres mihi erit et is prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.* (Mio figlio Tizio mi sia erede. Se mio figlio non mi sarà erede o se mi sarà erede e morirà prima di uscire dalla tutela, allora sia erede Seio). La si legge in Gai. 2.179 e in I. 2.16 pr. Un principio analogo vige ancora oggi secondo quanto dispone l'art. 688 nel codice civile italiano: «Il testatore può sostituire all'erede istituito altra persona per il caso che il primo non possa o non voglia accettare l'eredità. Se il testatore ha disposto per uno solo di questi casi, si presume che egli si sia voluto riferire anche a quello non espresso, salvo che consti una sua diversa volontà».

volontà che ritiene esservi sottesa (*ex scripto et sententia controversia consistit, cum alter verbis ipsis, quae scripta sunt, utitur, alter ad id, quod scriptorem sensisse dicet, omnem adiungit dictionem*⁸).

Del resto, i membri del collegio centumvirale davano primaria importanza alle dichiarazioni testamentarie, come dà notizia Valerio Massimo, secondo il quale: «i centumviri pensavano che fosse da considerare di più ciò che era scritto nelle tavole testamentarie piuttosto che la persona che le aveva scritte»⁹.

Autori più recenti ritengono invece che non vi sarebbe stata un'alternativa tra posizioni culturali o tecniche interpretative diverse, perché entrambi i difensori facevano riferimento alla necessità di applicare rigorosamente il diritto civile testamentario e di rispettare quel testamento nella sua formulazione¹⁰. Lo stesso Quinto Mucio Scevola non era legato a una interpretazione limitata al significato oggettivo o tipico dei *verba solemnia* utilizzati, anch'egli cercava di individuare una volontà individuale, ma che risultasse effettivamente dalle parole utilizzate. Ciò che respingeva con forza era l'idea di dare valore a una volontà meramente ipotizzabile sulla base di criteri di verosimiglianza. D'altro lato, Lucio Licinio Crasso, faceva leva sul criterio interpretativo del *favor testamenti*, in base al quale si deve cercare il più possibile di dare efficacia alla volontà espressa nelle tavole testamentarie, perché il loro autore non è più in grado di esprimere nuovamente la propria volontà: se si fosse negata la validità della sostituzione, sarebbe caduto l'intero testamento, impedendo così la realizzazione di tutto il progetto che il testatore aveva allestito con quell'atto.

Anche i centumviri erano consapevoli che lo scopo pratico delle sostituzioni era proprio quello di evitare che il testamento rimanesse privo di effetti e di impedire così l'apertura della successione legittima: prevalse, infatti, la posizione sostenuta da Crasso¹¹.

2. Quinto Mucio Scevola: brevi notazioni biografiche.

Volendo introdurre, sia pure brevemente, la figura di Quinto Mucio Scevola si potrebbero prendere le mosse da un passo del *De oratore* di Cicerone, all'interno del quale l'arpinate lo definisce *iuris peritorum eloquentissimus, eloquentium iuris peritissimus*, ovvero il più eloquente dei giuristi e il più dotto degli oratori¹².

Le pur scarse informazioni biografiche pervenute permettono di collocare la nascita di Quinto Mucio attorno al 140 a. C., in seno a una famiglia dalle origini ben radicate nel tessuto sociale e politico romano, visto che quantomeno da tre generazioni aveva

8 *Inv.* 2.121.

9 Val. Max 7.8.1: *magis enim centumviri quid scriptum esset in tabulis quam quis eas scripsisset considerandum existimaverunt.*

10 In questo senso cfr. F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, I, cit., 12 ss.; B. CORTESE, *Tra 'aequitas' e 'ius'*, cit., 49 ss. con la letteratura precedente.

11 Anche nella nostra simulazione prevalse la posizione di Crasso, ma non in modo unanime: solo tre dei cinque giudici votarono a favore della sua tesi.

12 Cfr. Cic. *orat.* 1.39.

dato dei consoli alla Repubblica¹³. Il contesto familiare all'interno del quale crebbe Q. Mucio Scevola rivestì un'importanza notevole nella sua formazione civile e giuridica, essendo entrato in contatto con la scienza giuridica precocemente, attraverso l'opera del padre, l'insigne Publio Mucio, che proprio attorno agli anni della nascita del figlio veniva componendo i suoi *decem libelli*. È possibile supporre, infatti, che già negli anni Venti del II secolo a.C. Quinto Mucio abbia intrapreso lo studio del diritto, assieme ad altri giovani aristocratici che frequentavano la casa e l'insegnamento di P. Mucio come P. Rutilio Rufo, assorbendo le due principali caratteristiche della riflessione scientifica del genitore, inserito solidamente nella più prestigiosa tradizione repubblicana, e, al contempo, portatore di profonde esigenze di rinnovamento. Così, si può supporre che l'esistenza di Quinto Mucio sia stata un ideale sviluppo dei fervori e delle dedizioni che avevano animato il padre e che questo tramandò al figlio.

La vita di Quinto Mucio fu caratterizzata da un largo impegno civile, che venne profuso in molteplici versanti: quello politico, quello oratorio, e, in maniera più significativa, di giurista. La carriera politica ebbe inizio nel 110 circa, anno in cui esercitò la questura, per poi essere tribuno della plebe nel 106, edile curule nel 100, pretore nel 98, console nel 95¹⁴. Del consolato, che condivise col collega Lucio Licinio Crasso, si ricorda una legge che introdusse una *quaestio* per l'usurpazione della cittadinanza romana, e la tensione al bene comune che animò Scevola durante il suo mandato, che lo portò a rinunciare alla sua provincia proconsole, ritenendo sufficiente l'invio di un solo console nelle Gallie; infine, l'aver esercitato l'intercessione nei confronti di un senatoconsulto che si proponeva di rendere un tributo a Crasso per delle vittorie la cui esistenza e i cui meriti erano assai dubbi e immeritati¹⁵.

L'anno successivo, nel 94, Q. Mucio divenne proconsole d'Asia, momento in cui probabilmente più d'ogni altro poté «dar prova delle sue qualità di uomo di governo e del suo senso di giustizia»¹⁶, come testimonia sia Cicerone che Diodoro Siculo. In quel periodo si premurò di non far pesare sui provinciali le spese per lui e il suo apparato, e aiutò la popolazione locale nella repressione degli abusi dei pubblicani, tanto che gli vennero resi degli onori simili a quelli che erano tributati alle divinità, e, una volta tornato a Roma, il Senato gli rese omaggio per aver «difeso e conservato la provincia, con la sua saggezza ed integrità, ristabilendo la devozione degli alleati alla sovranità romana»¹⁷.

13 Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987, 25 ss., ID., *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Bari, 1976, 71 ss., e J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, Roma, 2018, 5 s.

14 Cfr. F. MÜNZER, *Mucius* (22), in *PW*, XVI/I, 1933, 437 ss.

15 Ricordano questi due momenti della carriera consolare J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, 22 ss.

16 Così, J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 11.

17 J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 21.

Per quel che attiene all'attività di oratore, la maggiore testimonianza deriva da Cicerone che nel *de oratore* e nel *Brutus* esalta le qualità dell'eloquenza di Scevola. Celebre fu la partecipazione alla *causa Curiana*, discussa nel 94 a. C., che lo vide opporsi a Lucio Licinio Crasso, di cui probabilmente venne trascritta la relativa orazione, come quella pronunciata in occasione della difesa di P. Rutilio Rufo¹⁸. Nonostante questi importanti capitoli di vita, certamente il più rilevante nella vita di Quinto Mucio fu quello di giurista, che lo vide impegnato tutta la vita. L'attività di rispondente e di studioso gli fruttarono, non prima dell'89, la nomina a *pontifex maximus*, la più importante carica che un giurista potesse vedersi riconosciuta, «epilogo di un impegno civile continuo e prestigioso»¹⁹, crocevia fra il diritto e il sacro. A proposito della religiosità in Scevola, vale la pena ricordare che nel periodo del pontificato, elaborò anche una propria riflessione religiosa, la cui importanza si desume dal fatto che nel *De civitate dei* di Agostino d'Ippona ve ne si trova traccia in un frammento in cui si ripercorre il pensiero del giurista in materia teologica.²⁰

«*Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendos*»²¹. L'apporto fondamentale di Quinto Mucio alla scienza giuridica è costituito dal suo trattato in diciotto libri, nei quali egli organizzò il *ius civile* dividendolo in generi, come avrebbe ricordato due secoli dopo Pomponio nel suo *Enchiridion*, parzialmente noto tramite il Digesto. Considerato il più grande giurista della sua generazione da parte di Cicerone, questo giudizio è probabilmente riduttivo per colui la cui sistematizzazione del diritto fu modello per i giuristi romani fino al II secolo d.C.

Qualche decennio prima dei diciotto libri *iuris civilis*, già le opere di Publio Mucio Scevola, di Manio Manilio e di Marco Giunio Bruto²² avevano cominciato a dare forma scritta, e quindi insieme ordine, al diritto, fino a quel momento trasmesso e sviluppato oralmente: riservato in origine ai soli pontefici, anche se divenuto accessibile ai laici, il diritto si caratterizzava ancora per la sua oralità, che era propria anche dell'attività tipica dei giuristi, riassumibile nell'*agere, cavere e respondere*²³, la quale dava corpo e rinnovamento al diritto romano, fondamentalmente giurisprudenziale e casistico. L'esigenza

18 Una lunga tradizione aristocratica legava l'oratoria politica e giudiziaria e la giurisprudenza, incarnata anche da uomini come Q. Mucio Scevola, non meno che da suo padre Publio, e P. Licinio Crasso. Per l'attività oratoria si vedano quantomeno A. SCHIAVONE, *Nascita*, cit., 26 ss. e J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 24 ss.

19 A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 73

20 Su cui esaustivamente si rimanda a A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 73 ss.

21 Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.41.

22 Di questi tre giuristi, con i quali nasce una letteratura giuridica, dice Pomponio che *fundaverunt ius civile* (D. 1.2.2.39), non nel senso che lo fondarono, ma che diedero a esso un assetto, una stabilità. Su questo tema specifico cfr. M. BRETONE, *Tecniche*, cit., 255 ss.

23 F. AMARELLI - L. DE GIOVANNI - P. GARBARINO - V. MAROTTA - A. SCHIAVONE - U. VINCENTI, *Storia del diritto romano*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2011, 169 s., specialmente dove si sostiene che ai *mores* arcaici e alle XII Tavole, per come interpretate dai pontefici, si univano a formare il diritto i *responsa* dei giuristi, che si dedicavano anche alla consulenza in favore dei cittadini (*cavere*) e all'assistenza in giudizio nella fase *in iure* (*agere*): «L'insieme di questi tre verbi (*respondere, cavere, agere*) descriveva il primato del sapere giuridico

della scrittura si legava all'aumentare delle fonti scritte, quali editti e leggi, tramite le quali si andava instaurando «un rapporto pervasivo e inscindibile tra scrittura e normatività».²⁴

L'innovazione muciana aveva sullo sfondo la conquista della Grecia, con il suo influsso nella cultura latina, senza eccezione del pensiero giuridico romano. La suddivisione in capitoli dei diciotto libri di Quinto Mucio rispecchiava una nuova organizzazione per generi del diritto, ricavata dai modelli logici greci «ai fini della costruzione e dell'espressione di contenuti specificamente romani, che riflettevano non l'adeguarsi subalterno a un'eredità straniera, vissuta come invasiva e schiacciante, bensì la rielaborazione originale e matura di una tradizione certo preziosa, ma da maneggiare con indipendente padronanza»²⁵.

Oltre a distinguere il *genus*, cioè la struttura generale, degli istituti giuridici²⁶, Mucio ne studiò l'origine e lo svolgimento, in una prospettiva storico-filologica, e «seppe indagare i principii comuni agli istituti del 'diritto civile' e a quelli del 'diritto commerciale'»²⁷. Ancor di più è da sottolineare la 'conquista dell'astrazione' che si ebbe con la divisione per generi operata da Quinto Mucio, una divisione che richiedeva infatti al diritto l'enucleazione di concetti astratti, cioè delle «forme funzionali delle situazioni e dei rapporti presi in considerazione dal *ius*»²⁸. Così il diritto divenne 'formale', nel senso che «null'altro si sarebbe potuto vedere se non il profilo solo formale dei rapporti considerati - a cui sarebbe legato da allora in poi il dispiegarsi di una specifica razionalità strumentale, calcolistica e quantitativa»²⁹. Questa 'rivoluzione scientifica', che si può leggere nell'astrazione, nella teorizzazione e nel riordinamento del diritto iniziati con Quinto Mucio, conferì sicuramente una nuova autonomia al diritto, il quale fu allora «in grado di autolegittimarsi senza più ricorrere al sostegno della superiorità aristocratica, e di costruire intorno alle proprie argomentazioni e alle proprie prescrizioni una rete di protezione fatta di procedimenti logici rigorosi e complessi, difficilmente falsificabili, e capaci di conferirgli uno statuto forte, al riparo da facili interventi esterni»³⁰.

«La grande invenzione del pensiero romano - da Mucio in poi - comincia a rivelarsi così nell'aver saputo associare in un unico circuito conoscitivo la ricerca di un ordine giuridico rigoroso alla scoperta di una metafisica che lo giustificasse non da un punto di vista morale, bensì ontologico. Non la passione dell'etica, ma la freddezza della

non soltanto rispetto alla formazione del *ius*, ma potremmo dire, nella totalità della vita collettiva, con l'unica esclusione dei suoi aspetti militari».

24 F. AMARELLI - L. DE GIOVANNI - P. GARBARINO - V. MAROTTA - A. SCHIAVONE - U. VINCENTI, *Storia*, cit., 183

25 J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 31.

26 «Il procedimento non era del tutto nuovo, se anche Manilio (come sembra) lo aveva adoperato, un paio di generazioni prima, ma esso ora acquista un altro respiro» Così, M. BRETONE, *Tecniche*, cit., 108.

27 M. BRETONE, *Tecniche*, cit., 108 s.

28 J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 38 ss.

29 J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 31.

30 F. AMARELLI - L. DE GIOVANNI - P. GARBARINO - V. MAROTTA - A. SCHIAVONE - U. VINCENTI, *Storia*, cit., 181.

gnoseologia: e questo gelo sarebbe stato per sempre il carattere più peculiare della scienza giuridica non solo romana. Da allora in poi, la regola giuridica non sarebbe apparsa altrimenti che come un atto di conoscenza (dei giuristi) e non di volontà (del sovrano, chiunque esso fosse: il re, il popolo, il tiranno); un adeguamento del pensiero all'essere, il risultato di un'operazione conoscitiva razionalmente controllabile, potenzialmente sottratta all'arbitrio, alla sopraffazione, al dominio: e ciò accadeva esattamente quando l'aristocrazia romana, al cui interno era maturata quella svolta, era riuscita a concentrare intorno a sé un potere enorme, con una capacità di proiezione mondiale mai prima realizzata, risultato di uno straordinario desiderio di potenza, come aveva già intuito Polibio»³¹. Dall'ingegno di Quinto in campo giuridico nacquero alcune interpretazioni e costruzioni importanti come la *cautio* o la *praesumptio muciana*, o, ancora si ricorda, la pervasività del concetto di *bona fides* in moltissime pieghe dell'esperienza giuridica di cui si fece portatore, capace di sanare situazioni divergenti e ricondurle a unità.³²

Il grande apporto di Scevola alla scienza giuridica è testimoniato dall'enorme attenzione che tutti i giuristi successivi ritennero doveroso prestargli, citandolo nei loro scritti (come fecero Paolo, Celso, Labeone, Gaio, Giuliano, Modestino e Pomponio), e soprattutto prendendo a modello i suoi libri di diritto civile, «opera fondamentale della giurisprudenza romana», capace di aver fatto dimenticare, per così dire, ciò che era stato elaborato in precedenza, tanto che la sistematizzazione inaugurata venne adottata nei secoli avvenire in molti commentari di diritto civile, chiamati, per l'appunto, *ad Quintum Mucium*.³³ Nell'assassinio di Quinto Mucio Scevola, avvenuto nell'82 a.C. su ordine del console C. Mario il giovane, è possibile leggere la materializzazione del conflitto tra il potere politico e il diritto, che per la sua nascente autonomia pure diventava un potere; in lui una vittima della lotta della «dismisura della politica... che non può ammettere altro al di sopra del suo volere contro la misura del diritto, che non può, a sua volta, se non identificarsi in un inderogabile assoluto». ³⁴ Infine, dunque, si può affermare che il progetto di Q. Mucio di salvare il ceto senatorio non riuscì a compiersi, ma la sua riflessione giuridica, il suo sistema, è riuscito a durare «straordinariamente a lungo, segnando di sé in modo indelebile tutta la storia dell'Occidente»³⁵.

31 J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 43 s.

32 Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 71.

33 Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 28 ss.

34 J. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 58.

35 Così A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 73.

3. *Lucio Licinio Crasso: brevi notazioni biografiche.*

Lucius Licinius Crassus nacque nel 140 a. C. in una delle più antiche e nobili famiglie di Roma appartenente alla *gens Licinia*³⁶. Poche sono le fonti³⁷ che lumeggiano, indirettamente, la figura di quest'uomo dalla cultura filosofica poliedrica, come lo definisce Cicerone³⁸. Cresciuto in un periodo di grande fermento politico e sociale³⁹, ricevette da subito un'educazione che lo preparò a un futuro nella vita pubblica e nelle istituzioni repubblicane. Nelle fonti classiche non si trova traccia della carriera di Crasso nelle magistrature minori (questura, edilizia), sebbene si sia sostenuto che abbia mosso i primi passi della sua carriera politica come questore, ruolo che gli consentì di acquisire esperienza nelle questioni amministrative e finanziarie.

L'abilità nel gestire le risorse, la capacità di instaurare relazioni con figure di spicco (Mario e Silla, ad esempio) e la particolare capacità oratoria facilitarono le sue ambizioni politiche, portandolo a ottenere cariche sempre più elevate, culminanti nell'elezione a console nel 95 a.C., di cui tuttavia non sappiamo molto perché nelle fonti la sua figura viene tratteggiata quasi in margine a quella più appariscente dei suoi potenti competitori, primo fra tutti Pompeo. Durante il suo consolato si distinse per l'impegno nella promozione di leggi a favore delle classi meno abbienti. In particolare, partecipò alla formulazione e promozione della 'Legge Licinia', la quale prevedeva una serie di riforme sociali che miravano a garantire maggiori diritti ai cittadini romani e nello specifico alle classi più povere. Questa legge si concentrava principalmente sulla riforma agraria, cercando di limitare il potere dei grandi proprietari terrieri e di garantire maggiore accesso alla terra per i cittadini romani. Nonostante l'opposizione da parte dei nobili, Crasso riuscì a far passare alcune misure significative, dimostrando la sua abilità nel costruire alleanze politiche. Un altro aspetto fondamentale dell'attività politica fu il suo sostegno agli alleati italici che lottavano per ottenere la cittadinanza romana. In un periodo storico in cui le tensioni tra Roma e gli alleati erano sempre maggiori, Crasso si fece portavoce delle loro istanze cercando di portare tutti i gruppi sociali verso un fronte comune. Se da un lato tale impegno, che culminò nella guerra sociale (91-88 a. C.), consentì di consolidare la sua influenza, dall'altro lo mise di fronte (come spesso

36 Sulla figura di L. Licinio Crasso cfr. B. MELCHIORI, *Storia della vita di Socrate il filosofo, di Marcantonio e di Lucio Licinio Crasso oratori, scritte da Bartolommeo Melchiori Assessore*, Venezia, 1758, 43 ss.

37 Monografie di Sallustio, lettere e orazioni di Cicerone, commentari di Cesare, Plutarco nelle biografie di Pompeo, Cesare e Cicerone, Appiano di Alessandria, Dione Cassio.

38 Cfr. sul punto G. REGGI, *I discorsi di Antonio e Crasso nel De oratore, fra 'usus forensis', Filone di Larissa e Antioco d'Ascalona*, in *Ciceroniana online*, V, 1, 2021, 41 ss.

39 Com'è noto, il II sec. a. C. è attraversato da una serie di avvenimenti che portarono a cambiamenti significativi e alla crisi della repubblica romana: si pensi ai conflitti sociali e alle tensioni tra classi aristocratiche e popolari dovute alle richieste di riforme avanzate dalle classi inferiori e ostacolate dalla nobiltà; alle guerre e all'espansione di Roma sia in Italia che nel Mediterraneo; alla lotta per il potere che vede fronteggiarsi fazioni politiche e figure di spicco come i Gracchi e alla nascita dei populismi come esito della crescente insoddisfazione delle masse.

accadeva) a resistenza da parte di chi temeva che il cambiamento potesse destabilizzare la Repubblica e il suo ordine tradizionale.

Nella sua vita si dedicò anche all'arte oratoria, spiccando il suo essere stato maestro di Cicerone⁴⁰. Anche su questi aspetti della sua vita poco è noto, e ciò è da attribuire a due fattori: da un lato l'esperienza straordinaria di Cicerone, che destinò all'oblio quanto era stato prodotto in precedenza, dall'altro la decisione di non destinare i propri discorsi a una divulgazione scritta⁴¹. L. Licinio iniziò la sua carriera oratoria a soli ventuno anni, quando citò in tribunale Gneo Papirio Carbone, uomo nobile ed eloquente, poco apprezzato e stimato dagli altri aristocratici⁴². In questa occasione, oltre a dar prova della sua abilità di retore, si dimostrò un uomo molto onesto in quanto non utilizzò delle lettere sottratte da uno schiavo, che gli sarebbero state utili, ma addirittura rimandò lo schiavo a Carbone insieme alle lettere ancora sigillate.

Il suo stile sobrio e misurato si contrapponeva all'enfasi e alla passionalità di altri oratori del suo tempo. Tuttavia, l'efficacia nella comunicazione derivava proprio dalla capacità di usare la retorica in maniera pragmatica, adattando il discorso al contesto e alla situazione specifica. Per quel che riguarda gli aspetti salienti delle sue attività retoriche si deve ricordare la struttura argomentativa chiara e razionale: i discorsi seguivano una logica rigorosa e facilmente comprensibile, grazie a una predilezione per la presentazione diretta dei fatti, evitando ogni tipo di ornamento eccessivo. Inoltre, godeva di una grande abilità persuasiva attraverso l'*ethos*, dal momento che sapeva fare leva sul proprio prestigio personale, sull'esperienza politica e immensa ricchezza. A proposito, la sua reputazione di uomo d'affari e di politico abile era uno strumento potente per guadagnarsi la fiducia degli interlocutori. Ancora, si distinse per l'utilizzo dell'*argumentum ad hominem*, una tecnica utilizzata per minare la credibilità dei suoi avversari. Sebbene meno incline alla polemica diretta rispetto a Cicerone, Crasso non si sottraeva ad attacchi mirati contro le debolezze politiche o personali dei suoi rivali, se ciò potesse giovare alla causa che sosteneva. Infine, è da ricordare il continuo adattamento del linguaggio all'uditorio, perché nonostante il suo stile fosse generalmente sobrio, Crasso sapeva anche utilizzare un linguaggio più coinvolgente o più pacato a seconda del pubblico a cui si rivolgeva. Nelle sue arringhe in tribunale, per esempio, potremmo immaginare che facesse ampio uso di ragionamenti giuridici, mentre in Senato sarebbe probabilmente ricorso a una retorica di tipo politico.

Crasso non si occupò solo di politica e oratoria, in quanto fu anche giurista, carriera che prese avvio nel 118 a.C. quando favorì la fondazione di una nuova colonia,

40 E. RAWSON, *Lucius Crassus and Cicero: the formation of a statesman*, in *Roman culture and society. Collected papers*, Oxford, 1991, 16 ss. (già in *Proceedings of the Cambridge Philological Society*, XVII, 1971, 75 ss.).

41 In argomento cfr. C. CORSARO, *Pubblicare o non pubblicare, questo è il problema: Lucio Licinio Crasso e la trasmissione scritta dell'oratoria a Roma tra il II e il I secolo a.C.*, in *Una ζωή*, II, 2021, 10 ss.

42 Sul tema v. D. ROMAN, *Débuts oratoires et causa popularis à Rome au IIe siècle avant J.-C.: l'exemple de L. Licinius Crassus*, in *Ktema*, XIX, 1994, 97 ss.

in modo tale da avvantaggiare le classi sociali più svantaggiate che avrebbero avuto maggiori profitti da questa nuova fondazione. Per farlo andò contro il Senato, il quale ostacolava tale proposta poiché avrebbe causato una diminuzione dell'erario.

Nel 114 a.C. prese le difese della sua parente Licinia, una vergine vestale, e di due sue colleghe, Marcia ed Emilia, che erano state accusate di *incestum*. Con la sua eloquenza Crasso fece sì che venissero riconosciute innocenti dal pontefice massimo Lucio Cecilio Mettuo. L'anno successivo Licinia venne nuovamente sottoposta a processo, davanti a un tribunale straordinario e questa volta l'eloquenza di Crasso non fu sufficiente a farla assolvere. Si dedicò anche alla difesa dell'amico Sergio Orata, un imprenditore e ingegnere romano, accusato di appropriarsi dell'acqua pubblica per le sue coltivazioni di ostriche. Nel 106 a. C. difese la *Lex Servilia* del console Quinto Servilio Cepione, il cui scopo era annullare la *Lex Sempronia*, secondo cui i giudici dovevano essere selezionati tra i cavalieri e non tra i senatori. Nell'anno del consolato, poi, difese Quinto Servilio Cepione, accusato di *maiestas*, e ne ottenne il proscioglimento.

Crasso nella storiografia non emerge come una figura avente un fascino tale da diventare simbolo di ideali nella storia; tuttavia, pur non avendo raggiunto il livello di fama di altri suoi contemporanei, come Giulio Cesare o Pompeo, è una figura significativa nella storia della repubblica romana, in grado di plasmare il suo tempo attraverso le abilità politiche e oratorie. Il suo impegno per la giustizia sociale continuò a influenzare il dibattito politico e le dinamiche di Roma anche dopo la sua morte; il suo eloquio, invece, lo fece diventare un modello per le generazioni successive: Cicerone, infatti, in due suoi dialoghi (*De Oratore* e *Brutus*) lo idealizza come uno dei più grandi oratori del II sec a. C. Sebbene non fosse un leader militare, Crasso incarna le tensioni e le trasformazioni della Repubblica romana, rappresenta la transizione verso conflitti più ampi che portarono all'ascesa dell'impero, che lui non vide a causa della sua morte nel 91 a. C.

4. *Arringa finale di Quinto Mucio Scevola.*

Onorevoli giudici,

oggi a voi veniamo per la giusta pretesa di Marco Coponio, privato del patrimonio che a lui spetta. La petizione di eredità che egli muove nei confronti del cittadino Manio Curio poggia su solide basi, quelle del *ius civile*, che in lui, Marco Coponio, individua il successore di Quinto Tullio Coponio. La legge ci guidi nel giudizio, come ci guida nel modo di disporre dei nostri beni anche per il futuro, quando non saremo più tra i nostri cari. Le Dodici Tavole hanno previsto la successione legittima a beneficio della famiglia e, d'altra parte, hanno contemplato la possibilità di fare testamento permettendo così di decidere come distribuire il proprio patrimonio. Il testamento è un mezzo di perpetuazione della personalità giuridica, economica e sociale dell'individuo, così preoccuparsi di lasciare testamento è il primo e il più importante degli *officia* di

ogni cittadino. Da centinaia d'anni esistono formule appositamente create per chi vuole esercitare in maniera diversificata la sua ultima volontà; tali formule sono costruite per permettere al testatore di riprodurre chiaramente e fedelmente la sua volontà. Del resto, tutti i negozi formali più antichi sono qualificati in base alla formula usata, dunque la scelta di una formula in luogo di un'altra è dirimente. Per questo motivo, si deve ritenere che lo *scriptum* sia di notevole rilevanza per l'interpretazione del testamento.

Nostro preciso intento sarà dar voce a Quinto Tullio Coponio, ma con le sue parole e non con quelle di chi, mosso da interesse personale, vorrebbe mettergli in bocca intenzioni che non aveva. Perché, sì, la volontà è fondamentale, ma nel nostro diritto la volontà ha una forma e quella forma è data dalle parole utilizzate. E dove rilevano maggiormente i *verba*, se non proprio nel diritto testamentario, ambito in cui i termini utilizzati non possono essere chiariti da chi li scelse?

Ecco spiegata la *ratio* delle formalità giuridiche, ancora più meritevoli di essere seguite e rispettate quando tutelano ciascuno di noi, anche per il tempo in cui non potremmo far valere in prima persona la nostra volontà. La certezza della volontà vive nello *scriptum* che la cristallizza e la custodisce, contro l'arbitrio, l'*opinio*, dell'interprete di parte. Nel nostro caso, la volontà di Quinto Tullio Coponio appare inequivocabile. Prima di morire, istituisce erede il figlio nascituro e, per il caso di morte prematura del figlio, chiama all'eredità Manio Curio. La formula utilizzata dal *de cuius* è una, precisa ed evidente, ma una sua distorta interpretazione può condurre a gravissime alterazioni della realtà. Ecco che allora si rende assolutamente necessario indicare, in questa sede, la via di ricerca corretta.

«Se mio figlio morirà prima dei 14 anni, allora sarà sostituito da Manio Curio». Si può considerare avverata la condizione cui è sottoposta l'istituzione di Curio qualora il figlio non nasca affatto? Non nascere equivale a nascere e poi morire?

L'interpretazione è attività tipica del giurista, tra le più importanti e le più complesse; interpretare consiste nel trarre un significato da segni oscuri; interpretare un testo, e in particolare un testamento, significa attribuire un senso univoco alle espressioni riportate dal suo autore. L'analisi interpretativa deve essere compiuta avendo riguardo al dato letterale e alla volontà del testatore; il primo momento dell'attività interpretativa richiede necessariamente una comprensione delle parole nel significato loro proprio e secondo la connessione di esse.

AmMESSO che le parole siano gli strumenti tipici della comunicazione umana, se da queste consegue un concetto chiaro e preciso, quindi non oscuro, si può dire – estremizzando - *in claris non fit interpretatio* (non è data interpretazione laddove v'è chiarezza); sicché, soltanto in presenza di un'indeterminatezza (del linguaggio), tale da rendere l'interpretazione testuale ambigua, si potrà spostare la ricerca all'esterno e ricostruire la volontà del disponente sulla base di elementi extra-testuali. Viceversa, si deve considerare il testo come il principale indicatore del significato delle sue disposizioni, ricercando sempre una congruità del senso letterale rispetto alla volontà del disponente.

In armonia con quanto ora affermato, chi pone in essere una corretta attività interpretativa perviene nel nostro caso a una conclusione, e una soltanto.

Dato atto che la condizione cui è sottoposta l'istituzione di Curio è «se il pupillo muore prima di uscire di tutela», la sostituzione è inefficace perché la condizione non si è realizzata, data la mancata nascita del figlio: non nascere, infatti, è diverso da nascere e poi morire. Invero, la formula utilizzata dal testatore è chiara e precisa, inequivocabile, e presuppone che il testatore non abbia voluto disporre diversamente. Se il *de cuius* avesse voluto istituire il qui presente convenuto, Curio, per il caso in cui il figlio non fosse nato, lo avrebbe scritto utilizzando una formula diversa, in conformità al diritto testamentario, alle *antiquae formulae, i testamentorum iura*, alla necessità di conservazione e certezza dello *ius civile*. Chiunque volesse accogliere la pretesa di Curio, ammetterebbe la validità dell'istituzione d'erede di una persona inesistente, disattendendo così l'intenzione del testatore con un'interpretazione tendenziosa e arbitraria, nonostante la mancanza di ogni ambiguità della dichiarazione. Si violerebbe, in particolare, quel principio che Licinio Crasso invoca, cioè il *favor testamenti*, in quanto non si ricostruirebbe la reale volontà del testatore, ma una volontà presunta, ipotetica, sulla base di criteri di verosimiglianza. Giudici, converrete certamente: nessuno può essere considerato aver detto ciò che non aveva in mente, qualcosa di cui non ha utilizzato il nome, nessuno deve essere considerato aver detto qualcosa senza le parole⁴³. Risulta, dunque, a tutti chiaro che se il compianto Quinto Tullio Coponio avesse voluto istituire Curio come erede, *etiam filio non nato*, lo avrebbe scritto; ma così non è stato. Possiamo a buon diritto presumere che il testatore avesse presente la possibilità che il figlio non nascesse e intenzionalmente abbia previsto una sostituzione pupillare e non una ordinaria.

I pericoli di allontanarsi dall'interpretazione che risulta dalle chiare parole sono evidenti; si tratta di un problema di utilità comune. Uomini abili nel discutere potrebbero snaturare la volontà scritta dagli uomini più semplici⁴⁴. Solo chi si riferisce alla lettera della dichiarazione testamentaria è sicuro di non discostarsi dall'intenzione del suo autore. La formula utilizzata da Coponio prevede una sostituzione pupillare, la quale permette al *pater familias* di istituire come erede il figlio, e designare un erede al figlio stesso che muoia prima della pubertà, quindi prima di poter fare a sua volta testamento. Forse si vorrebbe sostenere che questa chiara sostituzione pupillare sia

43 Cels. 19 dig. D. 33.10.7.2: *sed etsi magnopere me Tiberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. nam, etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur* (Tuttavia, anche se mi colpisce molto l'argomentazione e l'autorevolezza di Tiberone, non dissento da Servio e ritengo che nessuno sia considerato aver detto qualcosa di cui non ha utilizzato il nome. Infatti, benché sia precedente e più potente l'intenzione di chi parla rispetto alle sue parole, tuttavia nessuno è considerato aver detto qualcosa senza le parole).

44 Cic. Brut. 196: *quam captiosum esse populo quod scriptum esset negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere?* (Che cosa non disse sulla fonte di circonvenzioni che per il popolo avrebbe rappresentato il fatto di trascurare quanto era scritto, di indagare per congettura le volontà, e di travisare gli scritti della gente semplice mediante l'interpretazione di uomini facondi?).

da considerarsi una sostituzione ordinaria. A ben guardare, anche accettando di prescindere dalle chiare lettere, per nessuna delle due sostituzioni la condizione prevista si avverò, perché mai nessuno ci fu da sostituire. La questione fondamentale riguarda il punto se da queste disposizioni testamentarie sia possibile ricostruire quale sarebbe stata la volontà di Quinto Tullio Coponio, qualora avesse immaginato che il figlio non sarebbe nato. Considerata l'importanza, a tutti nota, del diritto di decidere in merito alla sorte del proprio patrimonio *mortis causa*, ci incombe l'obbligo di ricercare la vera intenzione dell'ereditando, così da realizzare il desiderio e le aspettative del testatore nel modo più completo possibile. Il rispetto per la volontà testamentaria richiede di cercare nonché di attuare la volontà del testatore nella forma più fedele e più pura. Diventa così fondamentale il ruolo dell'interprete, al quale si riconosce un'ampia libertà di indagine, una valutazione globale della volontà, tenendo conto di elementi di carattere sia testuale che extra-testuale, quali la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore medesimo.

Dobbiamo tener presente, però, che il ricorso a elementi esterni alla scheda testamentaria in tanto è possibile in quanto sia diretto a interpretare le disposizioni testamentarie, non certo a integrare il testamento attraverso una ricostruzione di quella che avrebbe potuto essere la volontà del suo autore. Il contrasto è tra la reale volontà del *de cuius* e quella che invece può essere definita come una volontà ipotetica.

La valorizzazione di una volontà ipotetica contrasta con il principio di certezza della volontà testamentaria, il quale stabilisce che le disposizioni devono emergere con chiarezza inequivocabile sia dal punto di vista soggettivo (in quanto è nulla ogni disposizione fatta a favore di persona indeterminata), che sotto il profilo oggettivo; contrasta, inoltre, con il principio di personalità della volontà testamentaria, previsto dal nostro ordinamento al fine di garantire l'integrità delle disposizioni contenute nel testamento, evitando che queste provengano da terzi interessati. Infatti, è nulla ogni disposizione testamentaria con la quale si faccia dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario o la determinazione della quota di eredità che il *de cuius* intende destinare ai suoi eredi. La formula utilizzata da Coponio è inequivocabile e ha un contenuto tipico: presuppone che non avesse voluto disporre in modo diverso. Il sostituto sarebbe stato erede solo se si fosse realizzata la condizione: vista la mancata nascita del figlio, difetta il primo presupposto per la realizzazione della chiamata dell'erede sostituto. D'altra parte, un testamento senza una valida istituzione di erede è da ritenersi nullo, così, in assenza di un valido testamento, dovrebbe operare la successione legittima. Non è possibile ricostruire una volontà ipotetica del testatore, perché l'ammissione di ciò contrasterebbe con ciò che noi abbiamo di più sacro.

E allora? Come si dovrà procedere? Cosa ne sarà di tutte le ricchezze, conquistate con tanto lavoro e fatica negli anni da parte del *de cuius*? Andranno sperperate e assegnate a persone qualunque? Certamente no. Ben sappiamo che in mancanza totale o parziale di disposizioni testamentarie (e abbiamo già visto che nel nostro caso la ricostruzione di una volontà ipotetica coincide con la mancanza) si dovrà far luogo,

appunto, alla successione legittima. Il patrimonio dovrà essere assegnato ai suoi parenti più prossimi.

Qui, o giudici, capiamo che ciò su cui si dibatte non è tanto, o non è solo, individuare chi sia il soggetto a cui spetta l'eredità: a ciò ci da risposta il diritto successorio; la questione che si pone allora è un'altra: siamo disposti a sacrificare i nostri principi più sacri per dare tutela a una volontà totalmente ipotetica?

Ebbene giudici, mi accingo a concludere, domandandovi: cosa dovremmo cercare in un testamento? Una volontà presunta, ipotetica, ricostruita, maneggiata... o meglio, manipolata? Oppure dobbiamo lasciare che siano le parole a esprimersi?

Cosa rimane di non chiaro e di così ambiguo nella condizione? «Se mio figlio morirà prima dei 14 anni, allora sarà sostituito da Mario Curio». È incontrovertibile. E allora cosa c'è da scoprire? Se morire equivale a non nascere? Direi che anche questa questione non si pone. Occorre inoltre precisare che i *verba*, le *formulae* usate non sono state casuali, non sono frutto di un errore, di una svista o di una leggerezza. Come è uso, anche Quinto Tullio Coponio sicuramente si rivolse a un giureconsulto, per vestire giuridicamente le proprie volontà. Chi meglio di un giurista avrebbe potuto consigliare il testatore?

E allora ci si potrebbe domandare: perché non aver previsto un'apposita sostituzione volgare e non solamente una pupillare? Il *de cuius* non ha visto nascere suo figlio e ben poteva immaginare che sarebbe potuto morire prima di nascere. Non credete, giudici, che se Coponio avesse effettivamente voluto istituire Curio quale erede *ab intestato*, anche in caso di non nascita del figlio, lo avrebbe fatto espressamente?

E ancora ci si chiederebbe: se Quinto Tullio Coponio avesse previsto la sola sostituzione pupillare come gesto di riconoscenza al caro amico per l'assistenza che si immaginava avrebbe prestato a suo figlio? E se, invece, per il caso in cui il figlio non fosse nato, la volontà fosse stata quella di lasciare che si aprisse la successione legittima? Anch'io potrei essere indotto a sposare fantasiose ipotesi, ricostruzioni magari verosimili, ma non vere.

Allora giudici, a voi come a tutti i cittadini romani chiedo: vorreste forse che il vostro testamento fosse interpretato in ragione di ciò che non scriveste? Che venisse interpretato al di là delle sue parole? Che il *favor testamentis* fosse adoperato per rendere vero ciò che non lo fu mai? Sareste infine disposti ad allargare le maglie del diritto fino ad ammettere una libera interpretazione pur di salvare la validità di un testamento? Se ciò che non fu detto attraverso le parole, viene inventato o ipoteticamente ricostruito, allora, o giudici, abbiamo creato un pericoloso precedente nel nostro sistema di diritto: abbiamo permesso alla fantasia di superare la realtà, alle ipotesi di prevaricare i *verba*, a chiunque di manipolare le *formulae* e il nostro *ius*.

Il testamento di Quinto Tullio Coponio deve essere considerato nullo, perché tale è un testamento privo di istituzione di erede, *caput et fundamentum totius testamenti*, istituzione che manca laddove l'erede nominato non sia individuabile o mai esistito e tenendo in considerazione in ogni caso che non si è avverata la condizione cui era sottoposta

la sostituzione. Oggi esaminiamo una questione di diritto, e per questo chiediamo di prestare orecchio alle parole del giurista, che non si propone di difendere una parte a ogni costo, e di questa retta intenzione vi dà prova l'impegno di tutta la mia vita, come quella di mio padre. Teniamo a mente che, benché l'intenzione di chi parla sia precedente e più potente rispetto alle sue parole, tuttavia nessuno è considerato aver detto qualcosa senza parole. Se si ottiene un significato chiaro dalle espressioni impiegate, d'accordo con il senso comune e gli usi, questo è il significato che vale.

Giudici, non lasciatevi ammaliare dall'arte incantatrice della retorica di chi mi seguirà, perché non è dall'attività dei retori che nasce la dottrina dell'interpretazione dei negozi giuridici. Passeranno secoli di dubbi e discussioni, e forse solo un giorno un'autorità pubblica riuscirà a imporre una soluzione.⁴⁵

5. *Arringa finale di Lucio Licinio Crasso.*

Eccellentissimo collegio centumvirale,

mi sia permesso preliminarmente di esprimere l'onore, la gratitudine e la responsabilità che provo nell'essere qui oggi, assieme a voi, partecipe di una causa che si sta rivelando così importante. La rilevanza degli argomenti trattati ci incute soggezione, perché ci richiama a doveri gravosi, da attendere con doviziosissima attenzione. Tutto ciò, a me, un po' spaventa, dato che spinge a chiedersi se la nostra levatura giuridica e morale sarà all'altezza dei compiti di cui ognuno di noi è investito. Tuttavia, vorrei che questi sentimenti ci destassero e ci inducessero a onorare la scienza giuridica di cui siamo eredi e cultori, ragionando così tutti assieme per arrivare a una soluzione di questo caso, preso nella sua singolarità, che sia giuridicamente corretta, e di conseguenza equa. Ora mi sembra giusto esporvi la causa per la quale ci troviamo qui oggi.

Essa riguarda, come abbiamo già detto, la materia ereditaria e, in particolare, la successione testamentaria. Coponio, dovendo diventare padre, decide di fare testamento e istituisce erede il figlio che nascerà; prevede inoltre che, qualora il figlio muoia prima dell'età pubere, l'erede sia Manio Curio. Nei fatti però muore il testatore e il figlio non nasce, venendosi a creare così il problema della sostituzione testamentaria: a questo punto il testamento verrà devoluto a favore di Curio oppure l'eredità andrà all'agnato prossimo, in questo caso Marco Coponio?

La prima posizione in esame viene sostenuta da me, Lucio Licinio Crasso, e proprio per questo motivo sono il difensore di Manio Curio in quanto ritengo che la volontà del defunto fosse quella di cedere i suoi beni al mio assistito e non all'agnato prossimo.

In questa causa, giudici, avete sentito il mio collega Quinto Mucio Scevola prendere le difese dell'agnato prossimo del testatore e sostenere una tesi opposta alla mia: l'eredità del defunto dovrebbe essere devoluta all'agnato prossimo e non al qui presente

45 Cels. 19 *dig.* D. 33.10.7.2.

Manio Curio in quanto la clausola di sostituzione esprime una condizione che non si è avverata e di conseguenza non si può applicare.

Voi giudici dovrete valutare la causa basandovi su queste due differenti idee, ma io vi dico che forse non è meglio tenere più in considerazione la volontà del testatore ora defunto? Se la sua volontà era di disporre l'eredità in favore di Manio Curio, chi siamo noi per negare il compimento del volere di un defunto? Nella vostra decisione quindi vi chiedo di tenere in considerazione ciò che desiderava Coponio e di non soffermarvi in maniera troppo rigida sullo *scriptum*, come ha fatto il mio collega Scevola, ma di andare oltre per comprendere ciò che veramente desiderava il defunto.

Io sono qui oggi per mostrarvi attraverso testimonianze, prove e spiegazioni che non ci sono motivi per non devolvere l'eredità al mio assistito e io per primo, se non credessi in questa verità non sarei qui. Voi mi conoscete, sapete la mia storia politica, i miei processi e i miei successi e quindi siete consapevoli della mia abilità e del fatto che accetto e porto avanti cause in cui credo.

Per questo motivi, giudici, vi chiedo di analizzare la causa in maniera cosciente, valutando la mia persona, l'onestà del mio assistito e soprattutto la volontà del povero defunto Coponio, il quale oggi non può riportarci i suoi desideri, ma se potesse ribadirebbe ciò che è scritto nel testamento: vorrebbe che i suoi beni venissero lasciati all'amico Manio Curio! Ovviamente con queste parole non intendo denigrare il mio collega Quinto Mucio, figlio di Publio Mucio Scevola di cui ebbi la fortuna di essere allievo e dal quale appresi sia l'arte oratoria che l'onestà.

Mi rivolgo a te, Quinto Mucio Scevola, illustre giurista e politico dei nostri giorni con il quale ho avuto il piacere di condividere diverse cariche pubbliche: insieme siamo stati questori nel 110 a.C., edili curuli nel 100 a.C. e infine consoli nel 95 a.C.

Alla luce di tutto questo, sono certo che anche tu saprai trattare questa causa con la trasparenza e l'onestà che merita.

Come tutti sapete, anch'io sono una persona estremamente trasparente, tant'è che mai ho usato sotterfugi o metodi non leciti e ne è testimonianza il caso contro il proconsole Gneo Papirio Carbone con cui iniziai la mia carriera di oratore ancora giovanissimo. Nella mia vita, oltre a dedicarmi alla difesa e all'*ars oratoria*, mi impegnai nella vita politica, ricoprendo incarichi importanti e dando il mio contributo per rendere grande la mia amata città.

Giudici, mi sembra però di aver parlato fin troppo di me e della mia vita e credo sia giunto il momento di far parlare i fatti e gli esperti che vi mostreranno chiaramente quale fosse la volontà del defunto. Nel caso che stiamo affrontando il fulcro della questione è, chiaramente, il testamento, che nel mondo romano viene considerato un momento molto importante della vita di un uomo, perché consente di governare una vicenda successoria secondo la volontà specifica di una persona, quando abbia lasciato questo nostro mondo. È conosciuto presso i romani da molti secoli e non appena si è sperimentato l'uso del testamento, ci si è resi conto della sua immensa, quasi salvifica, potenzialità. Da dove deriva, dunque, questo successo? Dal fatto che garantisce a una

persona la possibilità di scegliere non solo, e non tanto, chi gli succederà nella titolarità dei diritti e degli obblighi di cui era titolare, ma soprattutto chi continuerà a reggere la torcia ardente della sua memoria, su quali gambe continueranno a camminare le sue idee politiche, civili, etiche e filosofiche. Eccoci svelato il vero significato della successione testamentaria! La possibilità di garantirsi una prosecuzione della propria persona dopo la morte, ragion per cui molti autori hanno appellato il testamento *solacium mortis*: una consolazione, uno strumento per assicurare all'anima la meritata e necessaria pace, che deriva dalla sicurezza nel pensare che dopo la morte non ci saranno tensioni e disordini. Nel solco di questa rilevanza, come tutti sappiamo, si è diffusa la convinzione per cui morire *intestato* fosse una situazione da evitare, in special modo all'interno delle classi sociali più elevate. Questo perché si sarebbe aperta la strada verso la successione legittima, che magari avrebbe portato con sé risultati che non si ponevano all'unisono con le note più profonde del cuore del testatore.

Date tutte queste premesse, si capisce come la validità del testamento sia fondamentale nella nostra vicenda, poiché se cadesse, opererebbe la successione legittima. Il pensiero e la volontà del testatore andrebbero del tutto in fumo, e si distruggerebbe la consolazione che questi si era voluto assicurare, per non parlare di possibili ombre imminenti sul destino delle cose e delle persone.

Ora credo possa essere utile volgere lo sguardo a tutte le specifiche pieghe della nostra causa, nelle più distese come nelle più recondite, per metterne in luce tutti gli aspetti, quelli semplici e quelli più complessi, spiegando l'intera e pur complessa trama.

Prima di tutto vorrei riassumere brevemente i fatti di causa in modo da assicurarmi di restare sempre ben legato al caso concreto, senza costruire argomentazioni e proporre soluzioni che siano slegate dalle necessità contingenti. Il nostro testatore aveva istituito erede il figlio che credeva sarebbe nato da sua moglie e, contemporaneamente, aveva previsto una sostituzione pupillare, chiamando Manio Curio all'eredità, se il figlio fosse morto prima dei 14 anni. Il testatore morì poco dopo aver confezionato le sue ultime volontà e il tanto desiderato figliolo tristemente non vide mai la luce.

Vige inoltre un altro istituto che è quello della *praeteritio*: il termine designa l'omessa menzione di un figlio in potestà dalla divisione chiamata testamentaria, sia essa voluta o dovuta a mera dimenticanza. In proposito si applica il principio *sui heredes aut instituenti sunt aut exheredandi*, cioè «i suoi eredi si devono istituire o diseredare»: i *fili sui* devono essere menzionati nel testamento, a prescindere che lo scopo sia nominarli in quanto eredi o diseredarli. La *praeteritio* di un *suus* comporta l'invalidità totale del testamento: si passa dunque alla successione intestata. La *praeteritio* dei *ceteri sui* (tutti i membri della famiglia diversi dai figli maschi del *de cuius*) comporta l'invalidità parziale.

L'istituzione d'erede di Manio Curio è perciò condizionata alla morte del pupillo prima della pubertà, per come si evince dai *verba* allestiti da Quinto Tullio Coponio. Così ci si prospetta il primo interrogativo legato all'avveramento della condizione che sorregge la sostituzione: non nascere è uguale a morire? Io sono certo, come il nobilissimo collega Scevola ha avuto modo di esporre in maniera magniloquente, che la

condizione non si sia avverata: non nascere non è equiparabile a nascere e poi morire. Il punto è chiaro, da tener ben presente e allo stesso tempo è necessario prendere le mosse proprio da qui per svolgere ulteriori considerazioni. Cosa fare dunque? Quale significato attribuire a queste parole?

Come il medico arriva alle viscere dopo aver inciso il corpo del paziente, eccoci arrivati al cuore della nostra attività di giuristi, l'interpretazione.

La fondamentale attività del dare un significato alle parole, per tradurre un testo in risultati giuridici concreti, coerenti ed efficaci. Ove tutto è limpido i problemi non ci sono, ove invece le acque risultano più torbide, ecco affacciarsi i dubbi, le scelte da compiere, i significati da attribuire. Allorché si interpreti un negozio giuridico, generalmente due sono le fondamentali esigenze da tenere bene presente: la certezza del diritto e l'affidamento che altri potevano aver avuto in una determinata situazione. Orbene, l'insieme di questi accorgimenti ben si presta per essere applicato a una vendita, a un mutuo, un pegno, in generale a negozi bilaterali; poco servono in materia testamentaria, se ben ci s'avvede. Poiché il testamento è, per definizione, un negozio unilaterale personalissimo, non ci sono affidamenti di controparte da tutelare. L'elemento principe diventa allora la ricerca della volontà individuale, andando così a rispondere ai dubbi interpretativi con le soluzioni che si ritrovano nell'analisi di ciò che sostanzialmente il testatore voleva, o non voleva che succedesse. Il tutto si collega alla necessità di fornire una soluzione che faccia sì che ai desideri più intimi di una persona defunta possa essere data voce e soprattutto tutela.

Per mettere al sicuro le buone ragioni del testatore, così come la pacifica convivenza sociale, è possibile allora che i rigidi *verba*, le strette interpretazioni fondate sull'esatta espressione utilizzata, cedano il passo alla *voluntas*. Di questa possibilità non dobbiamo avere timore, perché gli insegnamenti che i nostri padri giuristi ci hanno tramandato permettono di avere delle lucerne garanti della buona riuscita di un tragitto interpretativo. Quali dunque? In primo luogo, l'analisi contestuale. Io credo che tutti noi, durante le lezioni di letteratura, abbiamo ricevuto un insegnamento fondamentale, l'importanza del nesso che intercorre fra un testo e il suo contesto. Non si può pensare di cogliere il significato intimo di un testo pensandolo come *absolutus*, slegato da tutto ciò che lo contorna. Sarebbe come credere di cogliere il significato di una suppellettile senza curarsi di capire chi la usava, per cosa la usava, vicino a quali altre era riposta, assieme a quale altro oggetto era usata, se le sue forme fossero il prodotto di un'esigenza pratica, e via discorrendo. La forza di un contesto è vitale, restituisce profondità e significato ai singoli oggetti, ai singoli testi, che non si potrebbero capire isolati dal resto, di cui fanno parte, e di cui soprattutto sono il prodotto! Quanto svilente sarebbe fornire la lettura di un testo senza analizzare il contesto politico, economico e sociale di riferimento, senza ricercare le pulsioni del suo autore!

Entrando nel cuore del nostro caso, il contesto in cui è stato confezionato il testamento è risultato essere teso. Infatti, Quinto Tullio Coptonio aveva dei rapporti molto incrinati non solo con l'*agnatus proximus*, che sarebbe divenuto erede se si fosse aperta

la successione legittima, ma anche con l'intera famiglia di appartenenza. Le ostilità, i litigi, i dissapori erano evidenti e dolorosi, per tutti. Volendo cercare di sciogliere questa complessità, Quinto Tullio Coponio aveva predisposto un fine meccanismo giuridico che garantisse l'esclusione dell'agnato dalla vicenda successoria. Questa credo fermamente sia la vera sostanza della sostituzione: scongiurare l'operare della successione legittima, evitando di far cadere il testamento. E parallelamente credo sia la volontà del nostro *de cuius*. Essere consapevoli di tutto questo facilita il nostro compito interpretativo, perché rende luminosissima e dirompente la seconda lucerna, rappresentata dalla necessità di garantire una vita al testamento, limitando i casi in cui possa essere dichiarato invalido. Non potendo essere espressa nuovamente la volontà, questa va ricercata minuziosamente nel profondo, ed è nostro compito evitare che venga cancellata quando le esigenze in realtà non lo richiedono, salvandola ogni volta che abbiamo il potere legittimo di farlo, onorando così il defunto.

Per adempiere al meglio ai nostri compiti non dobbiamo sederci sulle nozioni teoriche, arrestando la nostra analisi sul piano astratto: è necessario osservare meticolosamente le ricadute pratiche delle soluzioni che andiamo fornendo, perché solo così saremo sicuri della giustizia della soluzione rispetto al caso concreto, della sua equità.

Seguendo la mia tesi, si sarebbe consci che, malgrado la condizione della sostituzione pupillare non si sia avverata, l'intento ultimo del testatore era assicurare che, nel caso il figlio non fosse potuto venire all'eredità, perché morto prima della pubertà o perché non nato, questa passasse a Manio Curio. Il testamento rimarrebbe valido ed efficace, Curio e non Marco Coponio diverrebbe erede e la volontà del testatore verrebbe salvata. Se invece venisse accolta l'interpretazione del collega Scevola, la sostituzione sarebbe invalida, da pupillare non si convertirebbe in volgare perché si rimarrebbe ancorati alla rigidità delle espressioni utilizzate, l'istituzione d'erede cadrebbe, di conseguenza il testamento, e così l'eredità andrebbe interamente all'odiato agnato Marco Coponio. Ci soddisferebbe un simile risultato? Ci farebbe dormire sonni tranquilli sapere che per una rigidità formale abbiamo privato un uomo della libertà di governare le difficili relazioni economiche e personali dopo la sua morte quando si sarebbe potuto evitare?

La linea che propongo è stata seguita anche dal pretore nel decidere sul possesso dei beni ereditari. Proprio così, non stupitevi, anzi, perché Manio Curio per entrare nel possesso dei beni ha dovuto agire davanti al pretore con una *bonorum possessio*, la cui decisione non si basa su una sola parvenza della bontà del titolo su cui si fonda la pretesa, ma contiene una propria istruttoria, una *cognitio causae*. Evidentemente, nel nostro caso, l'elemento principe dell'istruttoria è stato il testamento di Quinto Tullio Coponio, sulle cui parole il pretore ha ritenuto di poter fondare legittimamente la pretesa avanzata discretamente da Marco Coponio. Perché? Perché era convinto che avrebbe tradito la volontà del testatore se si fosse arrestato davanti alla rigidità degli schemi verbali. Se nei secoli a venire qualche letterato avrà da scrivere sulle vicende che ci occupano, credo che enfatizzerà come il pretore sia stato mosso da *pietas e benignitas*.

Sono persuaso infatti che, in special modo di fronte a una volontà non ripetibile, si dovrebbe essere guidati da una profonda *pietas*, da una affettuosa e commossa *benignitas*, affinché questi afflatti leggeri e pervasivi possano guidare l'attività del giurista nei tortuosi sentieri carenti di certezze. È per queste ragioni che mi sembra giusto favorire un'interpretazione più equa, perché l'analisi del caso concreto intrecciata con una valutazione d'impatto delle possibili decisioni riesce talvolta a offrirci una visione della realtà meno astratta ma più vicina alle esigenze reali, quindi agli uomini e ai loro bisogni. E non è questo il nostro compito? Favorire il giusto per gli uomini? Abbracciare questa visione, badate bene, non sarebbe un'operazione arbitraria e scellerata, priva di ogni fondamento ma, al contrario, salvaguarderebbe il sommo momento rappresentato dal testamento, e asseconderebbe appieno il cuore del diritto.

«Come mai, Crasso, ti accalori così tanto e sei così zelante nei confronti di questa causa?» potrei sentirmi domandare da qualcuno di voi. Lo chiederei anch'io, probabilmente, se fossi al vostro posto. A questa persona mi sentirei di rispondere con una storia, che ha segnato nel profondo l'animo mio. La storia è quella di Menedemo e Cremète, i protagonisti dell'*Ἐαυτὸν τιμωρούμενος*, la grande commedia di Terenzio. La vicenda vede Menedemo che a causa delle rigidità imposte al figlio Clidia l'ha indotto ad allontanarsi, ed è rimasto solo col suo rimorso, e Cremète, da poco suo confinante. Un giorno Cremète, dopo aver osservato a lungo il vicino che, pur essendo contornato di molti servitori e grandi ricchezze, si impegnava così ostinatamente al lavoro dei campi, gli chiede come mai si desse così tanto da fare, quando avrebbe potuto tranquillamente oziare e ordinare a qualcuno di lavorare al suo posto. Stizzito dalla domanda, Menedemo risponde bruscamente chiedendo perché gli interessasse sapere qualcosa di lui, della sua vita e delle sue scelte. Al che Cremète risponde pacatamente, esemplare, in maniera tanto semplice quando vera e profonda: «*Homo sum nihil humani a me alienum puto*». Questo è il vero valore da imparare, io credo, l'*humanitas*, curarsi delle sorti degli altri, la fratellanza, il rispetto reciproco, il non pensarsi come monadi, ma come parte di una comunità in cui ognuno aiuta l'altro. Questi sono i sentimenti che vorrei avessimo *in pectore et in ore* ad aiutarci nella difficile vita del giurista, gravosa di responsabilità, verso quel cercare il giusto e il buono per gli uomini.

Ricordiamoci tutti, sempre, illustrissimi giudici e stimati colleghi, che la scienza giuridica romana ha forgiato il diritto in maniera tanto stimata perché ha sempre messo al centro delle sue ricerche teoriche e pratiche l'uomo. Ha sempre creduto che il nobile diritto fosse uno strumento necessario alla vita, per supportarla, assecondandone ove possibile i bisogni, secondo i principi di giustizia ed equità. L'essenza del diritto è questa, svilupparsi procedendo *hominis causa*.

I *Quaderni* del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova tornano quest'anno a raccogliere i risultati delle ricerche di alcuni dei nostri giovani studenti, dedicate sia a tematiche di attualità nell'ambito delle varie discipline positive – quali i molteplici rischi connessi all'utilizzo dell'intelligenza artificiale, le moderne modalità di accesso alle procedure concorsuali, un'analisi del 'caso Balocco' –, sia a importanti riflessioni storico-giuridiche, come l'origine del diritto d'asilo nel mondo greco, nonché alcuni interessanti spunti relativi all'antica procedura civile romana e la regolamentazione del crudele supplizio riservato alle sacerdotesse di Vesta. Chiude il volume un lavoro degli studenti del quinto anno della laurea magistrale in Giurisprudenza di Padova che hanno frequentato il corso di Simulazione processuale in area romanistica, al termine del quale è stata magistralmente inscenata la rappresentazione della famosa *causa Curiana*. Sebbene non si tratti ancora di dottorandi, ho ritenuto che il contributo di questi bravi studiosi in erba meritasse di essere inserito nei *Quaderni* del dottorato in segno di buon auspicio.

www.ledizioni.it



€ 28,00