



A.D. 1308
unipg
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2023

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES



*Annuario giuridico della — Law Yearbook of the
Università degli Studi di Perugia*

International Annual Review in collaboration with
Escuela Libre de Derecho (México)

Editor in Chief Antonio Palazzo - Università di Perugia

Co-Editor in Chief Mario I. Álvarez Ledesma - Escuela Libre de Derecho

Scientific Coordinator Andrea Sassi - Università di Perugia

Scientific Board

Guido Alpa, *Sapienza Università di Roma*; Franco Anelli, *Università Cattolica del Sacro Cuore*; Silvia Angeletti, *Università di Perugia*; Rainer Arnold, *Universität Regensburg*; Mario Ascheri, *Università Roma Tre*; Antonio Bartolini, *Università di Perugia*; Maurizio Borghi, *Bournemouth University*; Mauro Bove, *Università di Perugia*; Giovanni Bruno, *Università di Roma Tor Vergata*; Francesco D. Busnelli, *Scuola Superiore S. Anna Pisa*; Luisa Casseti, *Università di Perugia*; Hedley Christ, *University of Brighton*; † Marco Comporti, *Università di Siena*; Cristina Costantini, *Università di Perugia*; Enrico del Prato, *Sapienza Università di Roma*; Juan Luis González Alcántara Carrancá, *Universidad Nacional Autónoma de México*; Nicolò Lipari, *Sapienza Università di Roma*; Francesco P. Luiso, *Università di Pisa*; Agustín Luna Serrano, *Académie des Privatistes Européens*; Maurizio Lupoi, *Università di Genova*; Giovanni Marini, *Università di Perugia*; Salvatore Mazzamuto, *Università Roma Tre*; Carlo Mazzù, *Università di Messina*; Lorenzo Mezzasoma, *Università di Perugia*; Manuel A. Munive Páez, *Escuela Libre de Derecho México*; Maurizio Oliviero, *Università di Perugia*; Andrea Orestano, *Università di Perugia*; Massimo Paradiso, *Università di Catania*; Andrea Pierini, *Università di Perugia*; Calogero Pizzolo, *Universidad de Buenos Aires*; Vito Rizzo, *Università di Perugia*; Simona C. Sagnotti, *Università di Perugia*; Umberto Santarelli, *Università di Pisa*; Claudio Sartea, *Università di Perugia*; Francesco Scaglione, *Università di Perugia*; Stefania Stefanelli, *Università di Perugia*; † Peter Stein, *University of Cambridge*; Ferdinando Treggiari, *Università di Perugia*; Andrea Trisciuoglio, *Università di Torino*; Marco Ventura, *Università di Siena, Centro per le Scienze Religiose (FSK-ISR)*; David Zammit, *University of Malta*; Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre, Università degli Studi Internazionali di Roma*.

Editorial Board of Europe

Managing Editors: Valentina Colcelli (valentina.colcelli@cnr.it); Andrea Sassi (andrea.sassi@unipg.it); Stefania Stefanelli (stefania.stefanelli@unipg.it). Members: Sabrina Brizioli; Silvio Pietro Cerni; Roberto Cippitani; Elisabetta Mazzilli; Francesco Paolo Micozzi; Vera Sciarino; Alessandro Marceca.

Editorial Board of Latin America

Managing Editor: Manuel A. Munive Páez (mmunive@eld.edu.mx). Members: José Castillo Nájera; Carlos Ortega.

Peer Review and Open Access Journal

ISSN 1722-1110

2023

Registration at the Tribunale di Perugia on 24 July 2003, no. 33

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 05-21 SIMONE FRANCESCO COCIANI
Contrasto all'evasione tributaria e diritto alla privacy nella giurisprudenza della Corte EDU
- 23-55 STEFANIA TUCCANI
Il tatuaggio tra diritto, giurisprudenza e storia
- 57-81 ANDREA SASSI
Il testamento tra prescrizioni formali e funzione probatoria
- 83-106 SILVIO PIETRO CERRI
Patto di famiglia e partecipazioni trasferibili
- 107-124 FRANCESCO SCAGLIONE
Comodato precario e situazioni familiari

Focus: Environmental Law and Policy

- 125-138 ANNA BERTI SUMAN
Tra incertezze e fervore giudiziario: verso il riconoscimento in Italia dello status di rifugiato climatico?
- 139-158 SABRINA ELIA
Particolare tenuità del fatto e procedura estintiva delle contravvenzioni in materia ambientale. La determinazione di un rapporto (in?)conciliabile per la tutela e la salvaguardia ambientale
- 159-176 SIMONA FANNI
Theorizing a human rights-based approach to resources extraction: issues of intragenerational and intergenerational equity and of extraterritoriality
- 177-200 SERGIO MESSINA
Dalla green city ai "sistemi locali". Per un approccio eco-gius-politico alla rigenerazione urbana

Focus: Law and Technologies

- 201-219 ROBERTO CIPPITANI, ISABEL CORNEJO-PLAZA
Modelos de regulación de neurotecnologías farmacológicas: los casos de Chile y de la Unión Europea
- 221-256 DANIELE CHIAPPINI
L'intelligenza artificiale in ambito medico e legale

Overviews

- 257-271 *Il dialogo delle Corti 'salva' l'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001: ultima puntata?* [SERENELLA PIERONI]
- 272-281 *Filium alienum suscipere. A margine di un passo di Paolo* [CARLO LORENZI]
- 282-287 *Hacia el derecho humano a ser juzgado por un juez humano* [MOISÉS MOLINA REYES]
- 288-354 *Progetto "Giustizia Agile": proposte per l'aggressione dell'arretrato e per l'organizzazione dell'agenda del Giudice* [MARTINA DELL'OMARINO, FRANCESCA SCORDAMAGLIA, SIBILLA ALUNNI, IACOPO GAMBOLI]

SIMONE FRANCESCO COCIANI^(*)

CONTRASTO ALL'EVASIONE TRIBUTARIA
E DIRITTO ALLA PRIVACY
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

ABSTRACT: The ruling of the ECtHR, Grand Chamber, 9 March 2023, on the *L.B. v. Hungary* case (n. 36345/2016), criticizes the publication online of a list of tax evaders (containing name and address of residence), as ascertained by the Hungarian tax administration. In particular, according to the Court, such a measure of public shaming constitutes a violation of the right to respect for the private and family life of the interested party. The ruling then offers the opportunity for some reflections on the relationship between technology, fiscal interest and private rights. The terms of this report, according to the author, must be the subject of an adequate balancing to be implemented, first of all, in a legislative context, even before the administrative one, especially when the Tax Office is not granted any discretion in the implementation of the individual measures that end up violating personal rights

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pronuncia della *Grand Chambre*. – 3. Interesse fiscale e diritti del contribuente. – 4. La proporzionalità quale criterio di bilanciamento tra interesse fiscale e diritti del contribuente. – 5. La irragionevole sproporzione della pubblicazione in rete dell'elenco di evasori. – 6. Conclusioni.

1. — *Premessa*.

Il rapporto tra azione di contrasto all'evasione tributaria e diritto al rispetto della vita privata e familiare del contribuente si arricchisce di ulteriori spunti di riflessione.

Al riguardo, allorquando il legislatore introduce misure c.d. “di *public shame*”, viene in rilievo l'esigenza di verificarne la compatibilità con quelle nor-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

me, anche di rango comunitario, che affermano il diritto alla privacy e, più ancora, con i diritti fondamentali posti a tutela della persona.

Ebbene, nella quotidiana ricerca del punto di equilibrio tra doveroso contrasto all'evasione tributaria che, in quanto tale, finisce per alterare la regola ordinamentale volta disporre la distribuzione dei carichi pubblici fra i consociati, e il diritto alla tutela della vita privata e familiare del privato contribuente, non può non tenersi in adeguata considerazione anche la giurisprudenza della Corte EDU.

La recente sentenza della *Grand Chambre* della Corte EDU, resa in data 9 marzo 2023, con la quale i giudici di Strasburgo (ai sensi e per gli effetti dell'art. 43 del Trattato EDU) superano il precedente pronunciamento reso dalla Quarta Camera della stessa Corte sul medesimo caso L.B. contro Ungheria⁽¹⁾, afferma, in via definitiva, la prevalenza del diritto al rispetto della vita privata e familiare del contribuente – i cui dati personali erano già stati oggetto di pubblicazione in rete da parte dell'amministrazione fiscale ungherese a seguito dell'accertato inadempimento agli obblighi tributari da parte del medesimo – rispetto all'interesse fiscale.

⁽¹⁾ Sul punto, è appena il caso di osservare che la precedente sentenza della Corte EDU in data 12 gennaio 2021, resa dalla Quarta Camera, non è divenuta definitiva in quanto, nel termine di tre mesi successivi alla pronuncia, è stato richiesto il rinvio alla Gran Camera ai sensi dell'art. 43 del Trattato EDU. La *Grand Chambre*, per parte sua, si è quindi pronunciata con la sentenza in questa sede annotata pressoché ribaltando il precedente orientamento. Per un primo commento alla pronuncia in data 12 gennaio 2021 si vedano: G. CHIARIZIA, *La pubblicazione della lista di evasori (caso L.B. c. Ungheria): il fine giustifica sempre i mezzi?*, in *Giustizia insieme*, 6 maggio 2021; A. TOMO, *Liste evasori e CEDU: riflessioni in merito alla (dubbia) proporzionalità delle misure di public shame*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 17 settembre 2021; A. PURPURA, *Protection of Taxpayers' Personal Data and National Tax Interest: A Misstep by the European Court of Human Rights?*, in *Intertax*, 2021, vol. 49, issue 12, p. 1044 ss.; B. VAN DER SLOOT, *L.B. v. Hungary: Disclosure of Information on Individuals with Tax Debt: Important Public Information or Pillory Politics*, in *Enr. Data Protection L. Rev.*, 2021, p. 140 ss.; A. MARINELLO, *Pubblicazione di dati personali dei contribuenti e rispetto della vita privata secondo la Corte EDU: la difficile ricerca di un equilibrio tra interesse fiscale e diritto alla riservatezza*, in *Riv. dir. trib.*, 2022, IV, p. 12 ss.; C. FRANCIOSO, *All'esame della Corte EDU gli elenchi di evasori in rete per il controllo pubblico diffuso sul dovere tributario*, in *Tax news*, 5 dicembre 2022.

2. — *La pronuncia della Grand Chambre.*

Più in particolare, come già in precedenza osservato⁽²⁾, l'amministrazione finanziaria ungherese, accertata la violazione di determinati obblighi tributari da parte del contribuente L.B., pubblicava i dati personali dello stesso – compreso il nome e l'indirizzo di residenza – sul proprio sito *web*, nel contesto di un elenco dei maggiori debitori tributari (*rectius*: evasori fiscali), il tutto in ossequio alla relativa normativa fiscale ungherese.

Tale normativa, introdotta al fine di contrastare il mancato rispetto degli obblighi tributari, prevedeva la pubblicazione sistematica e obbligatoria dei dati anagrafici dei contribuenti che, a fine trimestre, risultavano debitori per oltre 10 milioni di fiorini ungheresi (circa 28.000 euro) d'imposta, per un periodo superiore a centottanta giorni consecutivi.

Con la sentenza del 12 gennaio 2021, la Quarta Camera della Corte dichiarava, con cinque voti contro due, che non vi era stata violazione dell'articolo 8 del Trattato EDU (che garantisce il rispetto della vita privata e familiare) ritenendo che, nelle circostanze del caso, l'aver reso pubblici i dati personali del ricorrente non avesse imposto alla vita privata di costui un onere sostanzialmente maggiore di quanto sarebbe stato necessario per promuovere il legittimo interesse dello Stato.

Il 31 maggio 2021 il caso veniva deferito alla *Grand Chambre* su richiesta del ricorrente.

La Gran Camera, con la pronuncia in questa sede annotata, nel preliminarmente delimitare l'ambito oggettivo della propria decisione, precisa anzitutto di non poter accogliere le doglianze del ricorrente in ordine alla ri-pubblicazione dei suoi dati personali ad opera di un quotidiano *online* (che aveva appunto diffuso una sorta di mappa nazionale dei debitori tributari), in quanto divenuti successivamente accessibili attraverso l'interfaccia di ricerca del sito *web* dell'Agenzia delle Entrate.

In ordine poi alla questione relativa alla denunciata ingerenza rispetto

⁽²⁾ Oltre i contributi in precedenza richiamati sia consentito rinviare a S.F. COCIANI, *Note minime sul difficile equilibrio tra interesse fiscale e diritto alla privacy del contribuente* (nota a Corte EDU, 12 gennaio 2021, L.B. c. Ungheria), in questa *Rivista*, 2021, p. 628 ss.

all'art. 8 del Trattato EDU, alla luce della giurisprudenza della stessa Corte sul punto, i supremi Giudici osservano che i dati personali, quali il nome e l'indirizzo del domicilio del ricorrente elaborati e pubblicati dall'Amministrazione Finanziaria per inadempimento ai suoi obblighi di pagamento delle imposte, contenevano di per sé informazioni sensibili sulla vita privata del medesimo.

Sicché, anche se tali dati erano classificati come informazioni di pubblico interesse ai sensi del diritto ungherese, essi non sono per questo esclusi dalle garanzie per la tutela del diritto alla vita privata. Peraltro, anche se gli effetti dell'iscrizione nell'elenco dei maggiori debitori tributari non fossero sostanziali, non per questo si potrebbero escludere alcune ripercussioni negative.

Di conseguenza – proseguono di giudici di Strasburgo –, è possibile ritenere che la pubblicazione contestata abbia comportato un'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata. E tale interferenza, sebbene attuata “in conformità della legge” che, per parte sua, aveva lo scopo legittimo di perseguire “il benessere economico del Paese”, sia in ragione della sua funzione dissuasiva, sia in ragione della capacità di fornire ai terzi interessati informazioni sulla situazione fiscale dei debitori d'imposta (a tutela dei diritti e delle libertà altrui), non sembra adeguatamente considerare i diritti del privato.

Difatti, proseguono i medesimi Giudici, nel contesto di una società democratica, occorre che sia verificato un adeguato equilibrio tra, da un lato, le finalità e gli interessi legittimi di cui sopra e, dall'altro, l'interesse dei privati a proteggere alcune forme di dati conservati dallo Stato ai fini della riscossione delle imposte.

A quest'ultimo riguardo, premesso che la pubblicazione contestata non era stata oggetto di decisione individuale da parte dell'Agenzia delle Entrate, ma rientrava nel regime predisposto dal legislatore, e poiché la Corte – nella sua precedente pronuncia – non era stata chiamata a valutare se, e in quale misura, l'imposizione di un obbligo legale di pubblicare i dati dei contribuenti, compreso l'indirizzo del domicilio, fosse compatibile con l'articolo 8, la Gran Camera esamina la portata e il funzionamento del margine di apprezzamento a disposizione dello Stato nel disciplinare questioni di tale

natura. E, in questo contesto, prende in considerazione i principi generali derivanti dalla sua giurisprudenza sul diritto alla *privacy* ai sensi dell'articolo 8, con particolare riferimento a quelli relativi alla protezione dei dati, come pure alla luce dei principi relativi alle misure generali e alla qualità del controllo parlamentare. Difatti, secondo i Giudici di Strasburgo, le scelte compiute dal legislatore non si pongono al di fuori del sindacato dei primi, ben potendosi valutare la qualità del controllo parlamentare e giurisdizionale circa la necessità di un determinato provvedimento.

Più in particolare, secondo l'indagine di diritto comparato svolta, in ventuno dei trentaquattro Stati contraenti esaminati, le pubbliche autorità possono, e in alcuni casi devono, rendere pubblici i dati personali dei contribuenti che non hanno adempiuto ai propri obblighi di pagamento, fatte salve alcune condizioni. Allo stesso tempo, sebbene all'interno del gruppo degli Stati che prevedono tali misure vi sia una grande diversità tra le legislazioni nazionali, sia per quanto riguarda la portata dei dati pubblicati che per quanto concerne i presupposti per la relativa pubblicazione, compreso l'importo del debito fiscale non pagato e la durata per la quale i debiti fiscali dovrebbero essere pendenti prima della pubblicazione, la maggioranza degli Stati di quel novero fornisce un accesso illimitato alle informazioni sui contribuenti. Inoltre, solo otto degli Stati censiti prevedono che sia reso noto il domicilio dei contribuenti, mentre altri due prevedono sia indicato il (solo) comune di residenza.

Tenuto conto di tutti i fattori di cui sopra, la Corte ritiene quindi che gli Stati contraenti godano di un ampio margine di apprezzamento nel valutare la necessità di istituire un regime di diffusione dei dati personali dei contribuenti inadempienti ai loro obblighi di pagamento delle imposte, come mezzo, tra l'altro, per garantire il corretto funzionamento della riscossione delle imposte nel suo complesso.

Tuttavia, la discrezionalità di cui godono tali Stati in questo settore non è illimitata.

In questo contesto, secondo la Corte, deve pertanto accertarsi che le autorità nazionali competenti, siano esse a livello legislativo, esecutivo o giudiziario, abbiano attuato un corretto bilanciamento tra gli interessi concorrenti

e, almeno in sostanza, abbiano tenuto in debita considerazione, non solo (i) l'interesse pubblico alla diffusione delle informazioni in questione, ma anche (ii) la natura delle informazioni divulgate; (iii) le ripercussioni e il rischio di pregiudizio per il godimento della vita privata degli interessati; (iv) la portata potenziale del mezzo utilizzato per la diffusione delle informazioni, in particolare *internet*; e, naturalmente, (v) i principi di base sulla protezione dei dati (come stabilito nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali), compresi quelli sulla limitazione delle finalità, la limitazione della conservazione, la minimizzazione dei dati e l'accuratezza dei dati.

Nel contesto ora descritto, osserva la *Grand Chambre*, anche l'esistenza di garanzie procedurali potrebbe svolgere un ruolo importante.

Quanto poi all'obbligatorietà della pubblicazione da parte dell'autorità fiscale ungherese, sfornita di qualsivoglia potere discrezionale ai sensi del diritto interno per esaminare la necessità di pubblicare i dati personali dei contribuenti, e indipendentemente dalla sussistenza o meno di una colpa soggettiva o di altre circostanze individuali, la Corte osserva che le informazioni sono pubblicate fino a quando il debito d'imposta non è saldato, o fino a quando esso continua ad essere esecutivo.

In altre parole, osservano i Giudici, la politica di pubblicazione stabilita dalla legge oggetto di scrutinio non richiede una ponderazione degli interessi individuali e pubblici concorrenti o una valutazione di proporzionalità da parte dell'autorità fiscale.

Osserva poi la Gran Camera che la scelta di un tale schema generale non è di per sé problematica, né lo è la pubblicazione dei dati del contribuente in quanto tale.

Tuttavia, la sezione della Corte precedentemente investita della questione avrebbe dovuto valutare le scelte legislative sottese all'ingerenza contestata e avrebbe del pari dovuto valutare se il legislatore avesse adeguatamente soppesato gli interessi concorrenti in gioco, tanto più se si considera l'inclusione, tra i dati personali oggetto di pubblicazione, di elementi quale l'indirizzo privato di residenza.

In tale contesto, la qualità del controllo parlamentare sulla necessità

dell'ingerenza è quindi di fondamentale importanza per valutare la proporzionalità di un provvedimento generale.

A quest'ultimo riguardo, la questione centrale non è se si debbano adottare norme meno restrittive, ma se il legislatore abbia agito entro il margine di discrezionalità che gli è concesso adottando il provvedimento generale e bilanciandolo con i diritti garantiti.

Nel caso di specie, secondo la Gran Camera, non vi è stata alcuna valutazione dei probabili effetti, sul comportamento dei contribuenti, dei sistemi di pubblicazione già esistenti, né vi è stata alcuna riflessione sul motivo per cui tali misure (preesistenti) fossero state ritenute dal legislatore insufficienti al raggiungimento dello scopo prefissato o, ancora, non vi è stata alcuna ponderazione quanto all'eventuale valore complementare della disciplina di cui alla pubblicazione dei dati del debitore fiscale nell'ambito della lista contestata.

In particolare, per i supremi giudici, non è emerso che il Parlamento abbia a suo tempo valutato in che misura la pubblicazione di tutti gli elementi dell'elenco, oltre a quella dei contribuenti inadempienti, ponga questioni rilevanti sotto il profilo della tutela della vita privata e familiare.

Inoltre, non vi è alcuna prova che sia stato preso in considerazione l'impatto del regime di pubblicazione in discorso sul diritto alla *privacy* e, in particolare, il rischio di uso improprio dell'indirizzo di casa del debitore fiscale da parte dell'autorità amministrativa. Né risulta che sia stata presa in considerazione la potenziale portata del mezzo utilizzato per la diffusione delle informazioni in questione; vale a dire il fatto che la pubblicazione di dati personali sul sito *web* dell'Agenzia delle Entrate possa, indipendentemente dalle motivazioni per ottenere l'accesso alle informazioni, consentire a chiunque dispone di un collegamento ad internet, in tutto il mondo, di acquisire le informazioni relative al nominativo, nonché al domicilio, di ciascun debitore tributario iscritto nell'elenco, con il conseguente rischio di ripubblicazione quale naturale, probabile e prevedibile conseguenza della pubblicazione originale.

Pertanto, nei limiti in cui si poteva affermare che la pubblicazione di tale elenco corrispondesse a un interesse pubblico, il Parlamento non sembra aver considerato in che misura la pubblicazione di tutti i dati in questione, e

in particolare del domicilio del debitore d'imposta, fosse necessaria per raggiungere lo scopo originario della raccolta di dati personali rilevanti nell'interesse del benessere economico del paese.

Data la natura piuttosto delicata di tali informazioni, conclude la Corte, un adeguato esame parlamentare sarebbe stato particolarmente opportuno.

Invero, le considerazioni sulla protezione dei dati personali sembrano essere state poco presenti, se non per niente, nella preparazione dello schema di pubblicazione della normativa oggetto di esame, nonostante il crescente *corpus* di requisiti vincolanti nazionali e dell'UE in materia di protezione dei dati applicabili nel diritto interno.

Ancora, sebbene la Corte abbia ammesso che l'intenzione del legislatore fosse quella di migliorare il grado di adempimento fiscale e che l'aggiunta dell'indirizzo di residenza del contribuente garantisca l'accuratezza delle informazioni pubblicate, non sembra che il legislatore abbia preso in considerazione l'adozione di misure per elaborare risposte adeguatamente personalizzate alla luce del principio della minimizzazione dei dati.

Di conseguenza, data la pubblicazione sistematica dei dati dei contribuenti, comprensivi degli indirizzi di domicilio dei contribuenti, la Corte non è convinta, nonostante il margine di discrezionalità dello Stato convenuto, che le ragioni invocate dal legislatore ungherese fossero sufficienti a dimostrare che l'ingerenza lamentata era "necessaria in una società democratica" e che le autorità dello Stato convenuto avevano raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco.

Pertanto, conclude la *Grand Chambre* (con una maggioranza di quindici voti contro due), vi è una violazione dell'art. 8 del Trattato EDU.

3. — *Interesse fiscale e diritti del contribuente.*

Il rapporto tra amministrazione finanziaria e contribuente, come noto, è sempre alla ricerca di un punto di equilibrio che consenta di assicurare l'attuazione dell'interesse fiscale da un lato e, allo stesso tempo, la tutela dei diritti del privato dall'altro.

Ebbene, tra i diritti del contribuente va senz'altro compreso il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Il diritto in parola risulta affermato al primo paragrafo dell'art. 8 del Trattato EDU che, invero, al secondo paragrafo individua delle "cause di giustificazione" rispetto alle possibili ingerenze dell'autorità pubblica con riferimento al diritto di ognuno alla tutela della propria vita privata e familiare⁽³⁾.

Nel caso di specie, è evidente che la pubblicazione in *internet* – ad opera dell'amministrazione fiscale (nel caso di specie ungherese) – di un elenco di evasori fiscali si pone senz'altro in tensione con il diritto al rispetto della vita privata e familiare cui all'art. 8 sopra richiamato.

Pertanto, come ritenuto dalla *Grand Chambre* nella sentenza in questa sede annotata, è anzitutto al legislatore che spetta attuare l'insostituibile opera di bilanciamento tra l'interesse fiscale, che si realizza pure attraverso il contrasto all'evasione tributaria, e la tutela della persona del contribuente. Peraltro, la relativa questione, per quanto concerne il diritto alla *privacy*, non è affatto nuova, essendosi già posta in passato, ad esempio, per quanto concerne la tutela del segreto bancario⁽⁴⁾, ovvero con riferimento alla pubblicazione di varie tipologie di elenchi di contribuenti⁽⁵⁾. E, in ogni caso, essa è destinata a riproporsi in futuro, ad esempio, per quanto concerne l'archiviazione e, soprattutto, l'elaborazione, attraverso sempre più sofisticati sistemi di intelligenza artificiale, dei dati (ivi compresi quelli di natura personale) che è possibile estrarre dalle fatture elettroniche o, più

⁽³⁾ Come altrettanto noto, il secondo paragrafo dell'art. 8 del Trattato EDU afferma che: «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁽⁴⁾ Su cui si veda Corte cost., 18 febbraio 1992, n. 51, in *Riv. dir. trib.*, 1992, II, p. 561, su cui G. FALSITTA, *Epicedio per il segreto bancario nei confronti del fisco*, *ivi*, p. 566 ss.

⁽⁵⁾ Su cui, per quanto concerne l'esperienza italiana, sia consentito rinviare a S.F. COCIANI, *Note minime sul difficile equilibrio tra interesse fiscale e diritto alla privacy del contribuente*, *cit.*, p. 648 ss.

genericamente, dalle numerose banche dati di cui il fisco dispone e ciò, come sembra, anche senza ricorrere alla preventiva (e vincolante) autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali, da taluni ritenuta non necessaria allorquando l'amministrazione fiscale sia chiamata a curare un interesse pubblico⁽⁶⁾.

Dunque, nell'esame dei limiti che il fisco incontra nell'esercizio dell'attività amministrativa (che pure può impingere il diritto del contribuente al rispetto della propria vita privata e familiare) la cui cura è allo stesso affidata, è necessario tener presente che all'amministrazione finanziaria è affidato il compito di assicurare l'*attuazione* del c.d. "interesse fiscale", come noto volto all'acquisizione dei mezzi preordinati al finanziamento della collettività organizzata, ovvero, come di recente ha ricordato la stessa Corte costituzionale italiana, preordinato al finanziamento del *sistema dei diritti* costituzionali, sociali e civili⁽⁷⁾.

Peraltro, con riferimento al nostro ordinamento, seppure il diritto alla riservatezza non goda di una esplicita copertura costituzionale, ormai, secondo l'odierna sensibilità, esso risulta inteso come un elemento irrinunciabile del corredo dei valori della sfera dell'individuo, al punto tale da rilevare rispetto alla dimensione normativa della dignità dell'individuo medesimo⁽⁸⁾. Talché il diritto alla riservatezza ben può assumere la consistenza di un valore della sfera individuale, come tale suscettibile di porsi in conflitto con l'interesse fiscale e, dunque, il medesimo ben può essere riconosciuto come elemento normativo della trama assiologica dei rapporti tributari⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Al riguardo, in termini generali, si veda G. PALUMBO, *Fisco e Privacy; Il difficile equilibrio tra lotta all'evasione e tutela dei dati personali*, Pisa, 2021, *passim*.

⁽⁷⁾ Cfr. Corte cost., 23 dicembre 2019, n. 288.

⁽⁸⁾ Cfr. P. BORIA, *La privacy dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, I, p. 184, ove ulteriori riferimenti.

⁽⁹⁾ Su cui, ancora, P. BORIA, *La privacy dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, cit., p. 186.

4. — *La proporzionalità come criterio di bilanciamento tra interesse fiscale e diritti del contribuente.*

Come è dato desumere dalla pronuncia annotata, il criterio della proporzionalità della misura, rispetto al perseguimento dell'obiettivo che, a sua volta, è strumentale alla realizzazione dell'interesse la cui cura è affidata all'amministrazione, assume una rilevanza centrale per individuare il corretto punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e i diritti fondamentali della persona. E, come osserva la Gran Camera, il richiamato punto di equilibrio, da individuarsi all'esito di un adeguato bilanciamento, specie laddove la misura prevista dalla legge debba essere attuata dall'amministrazione finanziaria senza alcun margine di discrezionalità, non può che essere adeguatamente ponderato, anzitutto, dallo stesso legislatore in sede di introduzione della misura di *public shame* i cui effetti, inevitabilmente, si riflettono sul privato (e sui suoi familiari).

Quanto ai criteri di attuazione di tale bilanciamento, stante la regolamentazione in materia di trattamento dei dati personali da parte del diritto dell'Unione, è possibile guardare, anzitutto, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che peraltro, da tempo, ha elaborato la ricostruzione del principio di proporzionalità.

Ebbene, a quest'ultimo riguardo, la giurisprudenza di Strasburgo esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare gli obiettivi di interesse generale perseguiti senza eccedere i limiti costituiti da ciò che – nel caso concreto – è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi⁽¹⁰⁾. Più in particolare, quanto alla tutela della *privacy*, la medesima Corte di Giustizia osserva che la conservazione dei dati del privato deve rispondere a criteri oggettivi rispetto agli obiettivi perseguiti e, in ogni caso, tale conservazione impone l'utilizzo di misure tecniche e orga-

⁽¹⁰⁾ Cfr. CGUE, sentenze: *Afton Chemical*, C-343/09; *Volker e Markus Schecke e Eifert*; *Nelson e a.*, C-581/10 e C-629/10; *Skj Oesterreich*, C-283/11; *Schaible*, C-101/12; *Tele 2 e Watson*, C-203/15 e C-698/15.

nizzative appropriate al fine di consentire di prevenire abusi e alterazioni all'integrità e alla riservatezza dei dati stessi⁽¹¹⁾.

Quanto alla Giurisprudenza di Strasburgo, analogamente, la stessa Corte EDU sottolinea la necessità di evitare abusi nell'intromissione nella vita privata dei singoli (ai sensi dell'art. 8 del Trattato EDU)⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Cfr. CGUE, sentenza 27 settembre 2017, C-73/16, ove la precisazione che i dati trattati debbono essere adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali il trattamento stesso è previsto; i medesimi dati debbono poi essere aggiornati e debbono essere prese tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare i dati inesatti o incompleti; infine i dati debbono essere conservati in modo tale da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali essi sono stati rilevati e successivamente trattati. Al riguardo si veda altresì CGUE, sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain*, C-131/12. Si noti poi che, di recente, La CGUE, con sentenza in data 22 novembre 2022, cause riunite C-37/20 (*Luxembourg Business Registers*) e C-601/20 (*Sovim*) ha censurato la direttiva antiriciclaggio 2018/843, nella parte in cui essa consente agli Stati membri di prevedere che le informazioni sulla titolarità effettiva delle società e delle altre entità giuridiche costituite sul loro territorio siano accessibili «in ogni caso» al pubblico. La questione, peraltro, non riguardava i poteri di accesso al registro dei titolari effettivi da parte delle autorità e delle agenzie statali e per le finalità proprie della direttiva, quanto, piuttosto, l'accessibilità al pubblico dei relativi dati. Difatti, per ampiezza, modalità (telematiche), nonché per la libera riproducibilità e conservazione dei dati liberamente acquisibili da chiunque, si finisce – al di là delle finalità di politica repressiva cui è orientata la direttiva – per comprimere i diritti fondamentali dei titolari di società, enti, trust, esponendoli altresì a rischi abnormi e alla difficoltà di inseguire gli abusi. In altri termini, secondo i Giudici di Lussemburgo, l'accesso, di fatto illimitato da parte del pubblico, alle informazioni sulla titolarità effettiva è una «grave ingerenza» nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, ingerenza non limitata allo stretto necessario né proporzionata all'obiettivo. La direttiva autorizza la messa a disposizione del pubblico di dati non abbastanza definiti né identificabili, determinando così «una lesione considerevolmente più grave dei diritti fondamentali garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta» rispetto al regime anteriore che richiedeva un «legittimo interesse» per l'accesso.

⁽¹²⁾ Cfr. Corte EDU, sentenze: 1° luglio 2008, *Liberty e altri c. Regno Unito*, n. 58243/00; 4 maggio 2000, *Rotaru c. Romania*, n. 28341/95; 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, n. 30562/04 e 30566/04.

5. — *Quanto alla irragionevole sproporzione della pubblicazione in rete dell'elenco di evasori.*

Con riferimento alla sproporzione della misura di *public shame* in esame, oggi riconosciuta dalla Gran Camera della Corte EDU, si è già osservato che – anche a prescindere dalla sua riconducibilità allo schema tipico della sanzione (in quanto essa si risolve in una conseguenza sfavorevole al verificarsi di una determinata violazione)⁽¹³⁾ – per le modalità tecniche con cui essa si attua, la medesima si presta ad ulteriormente comprimere il diritto alla tutela della vita privata e familiare del contribuente⁽¹⁴⁾. Difatti, sia la pubblicazione dell'indirizzo di residenza del privato, sia la possibilità che i relativi dati personali possano essere facilmente “catturati” e “rilanciati”, anche ad opera di altro operatore diverso dall'amministrazione finanziaria ungherese, forniscono l'evidenza del superamento dei limiti imposti – anche al legislatore – nella previa verifica della proporzionalità della misura.

In ogni caso, anche a prescindere dalle ulteriori negative conseguenze derivanti dalla pubblicazione in rete dell'elenco degli evasori fiscali, su cui – come criticamente rilevato dalla *Grand Chambre* – il legislatore ungherese non pare essersi adeguatamente soffermato, può osservarsi che una misura del tipo di quella scrutinata sembra non trovare un'adeguata giustificazione né in esigenze di corretta e razionale attuazione del riparto dei carichi pubblici, né in esigenze di vero e proprio contrasto all'evasione tributaria⁽¹⁵⁾, assumendo semmai la fisionomia di un vero e proprio *privilegium*

⁽¹³⁾ In tal senso, N. DWENGER, L. TREBER, *Shaming for tax enforcement: evidence from a new policy*, in *Hobnheim Discussion Papers in Business, Economics and Social Sciences*, 2018, 21, pp. 1-46. Sulla riconducibilità della misura in esame alla più ampia categoria delle c.d. “sanzioni improprie”, ovvero “atipiche”, di recente, si veda anche A. TOMO, *Liste evasori e CEDU: riflessioni in merito alla (dubbia) proporzionalità delle misure di public shame*, cit., 13 ss. ove ulteriori riferimenti.

⁽¹⁴⁾ Sull'esposizione dei contribuenti, i cui dati siano stati inclusi nella lista degli evasori fiscali, a comportamenti delittuosi o, comunque, lesivi della dignità, si veda pure C. FRANCIOSO, *All'esame della corte EDU gli elenchi di evasori in rete per il controllo pubblico diffuso sul dovere tributario*, loc. ult. cit., ove riferimenti anche di giurisprudenza.

⁽¹⁵⁾ Tanto è vero che la misura in discorso, precedentemente, è stata dalla Quarta Camera della Corte giustificata sulla base della attribuita generale funzione di concorrere alla tutela

fisci orientato a favorire la riscossione del credito tributario in precedenza già accertato.

Difatti, al di là dell'ampio margine di apprezzamento che compete ad ogni Stato membro nell'attuare misure generali in campo economico e sociale⁽¹⁶⁾, come pure al di là di quanto dichiarato dallo Stato ungherese circa la funzione di perseguire il c.d. "benessere economico del Paese", l'obiettivo compressione dei diritti personali e familiari del privato conseguente all'applicazione della misura di *public shame* in discorso, si pone comunque a valle dell'esercizio della funzione di controllo e di attuazione amministrativa del tributo, come pure (si pone a valle) di quella di contrasto all'evasione tributaria⁽¹⁷⁾, mirando semmai ad agevolare la riscossione delle imposte evase, talché, a ben vedere, il sacrificio dei diritti imposto alla parte privata non trova giustificazione nella tutela dell'interesse fiscale ordinamentale.

Invero, la pubblicazione in rete dell'elenco degli evasori fiscali, limitandosi – sotto il profilo tributario – ad agevolare la più spedita riscossione delle imposte a suo tempo accertate, finisce per rappresentare un interesse meramente "secondario", nel senso di interesse proprio dello Stato-apparato (tutt'al più espressione dell'interesse al buon andamento dell'amministrazione stessa)⁽¹⁸⁾

del benessere e dell'ordine economico del paese.

⁽¹⁶⁾ Su cui si veda anche A. MARINELLO, *Pubblicazione di dati personali dei contribuenti e rispetto della vita privata secondo la Corte EDU: la difficile ricerca di un equilibrio tra interesse fiscale e diritto alla riservatezza*, cit., p. 17 ss., ove ulteriori riferimenti.

⁽¹⁷⁾ Nel senso che, essendo oggetto di pubblicazione un elenco nominativo di "evasori" (conclamati), al momento della pubblicazione la violazione della normativa fiscale si è già realizzata e, difatti, i dati contenuti nell'elenco pubblicato sono già stati precedentemente utilizzati dall'amministrazione fiscale: sia a fini di accertamento che di riscossione. Quanto alla successiva espunzione dalla lista degli evasori che abbiano in seguito regolarizzato la propria posizione, questa sembra più rivolta a rimuovere gli effetti dell'evasione (agevolando il recupero delle imposte evase), piuttosto che ad evitare, *ex ante*, che l'evasione stessa si verifichi.

⁽¹⁸⁾ Al riguardo, si vedano le considerazioni svolte da A. FEDELE, *Concorso alle spese pubbliche e diritti individuali*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, I, p. 46 ss., ove appunto la precisazione che le molteplici manifestazioni del diritto alla riservatezza, ove direttamente rapportate alla dignità e onorabilità della persona, a prescindere da interessi economici o patrimoniali, dovrebbero confermare la tendenziale preminenza del diritto individuale rispetto all'interesse fiscale.

e, come tale, recessivo rispetto ai diritti personali di libertà tutelati dal Trattato EDU⁽¹⁹⁾.

Sicché, conclusivamente, è possibile osservare che il diritto alla protezione della vita privata e familiare del contribuente – come definitivamente riconosciuto dalla Gran Camera nella pronuncia in data 9 marzo 2023 – costituisce ancora un limite alla diffusione di quei dati personali che non sono funzionali allo stretto e diretto esercizio della funzione tributaria che, come tale, assume rilievo ordinamentale.

6. — *Conclusioni.*

In conclusione, e in termini più generali, la sentenza qui commentata costituisce l'occasione per alcuni ulteriori brevi spunti di riflessione sulle misure (anche in una prospettiva *de iure condendo*) che hanno un impatto sul diritto alla privacy.

Difatti, lo sviluppo della tecnologia e, in particolare, della c.d. “intelligenza artificiale”, il cui uso è previsto sia fatto pure dall'amministrazione finanziaria, implica la possibilità di maneggiare una sempre crescente mole di dati di carattere personale, anche frutto di elaborazioni conseguenti alle interconnessioni con altre banche dati (c.d. *Big data*) di cui l'amministrazione stessa dispone.

Ebbene, seppure tale massivo trattamento di dati sia fatto allo scopo di individuare criteri di rischio utili a far emergere le posizioni da sottoporre a controllo, così contrastando l'evasione tributaria, e, nel contempo, stimolando l'adempimento spontaneo⁽²⁰⁾, ciò non toglie che il singolo individuo possa vedere i suoi dati personali fatti oggetto di trattamenti, per così dire, “impropri”.

⁽¹⁹⁾ Al riguardo sia consentito rinviare a S.F. COCIANI, *Note minime sul difficile equilibrio tra interesse fiscale e diritto alla privacy del contribuente*, cit., p. 648 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. art. 1, 682° comma, l. 27 dicembre 2019, n. 160 (c.d. “legge di bilancio per il 2020”).

A tale riguardo, dunque, è quanto mai opportuno che il legislatore, nell'attribuire all'amministrazione finanziaria i penetranti poteri di cui si è in precedenza riferito, non trascuri di previamente valutarne l'impatto (dapprima in sede parlamentare), anche rispetto ai diritti fondamentali del contribuente, inteso anzitutto come persona. E, più in particolare, specie per quanto concerne il diritto alla privacy, è altresì necessario che pure il fisco, nell'esercizio dell'attività istituzionale allo stesso affidata, successivamente, o almeno ogni qualvolta si configurino significative variazioni del grado di rischio per i diritti e le libertà dei relativi interessati, pure alla luce del mutamento normativo, regolamentare o tecnologico, si curi di effettuare una altrettanto periodica valutazione di impatto dell'attività dal medesimo svolta, rispetto al diritto alla protezione dei dati personali dei contribuenti e, più in generale, di tutti gli interessati⁽²¹⁾.

In questa attività, peraltro, nel rispetto dei principi di democraticità e trasparenza, è altresì opportuno un confronto con tutti i soggetti a vario titolo coinvolti (quali associazioni di categoria, ordini professionali, ecc.), in guisa tale da adeguatamente verificare le concrete modalità di esercizio dell'azione amministrativa in relazione ai diritti del privato⁽²²⁾.

Infine, stanti le sempre più frequenti occasioni di trattamento dei dati sensibili dei privati da parte delle varie amministrazioni fiscali, occorrerebbe sin da ora considerare di ampliare il novero degli strumenti di tutela. In altri termini, dovrebbe consentirsi ai rispettivi interessati, nei cui confronti non sia stata accertata alcuna violazione cui può essere dato ricorrere all'autorità giurisdizionale, di esercitare i loro diritti in punto di: *i*) accesso ai dati (quale facoltà di conoscere i dati del singolo contenuti nelle banche dati, ivi com-

⁽²¹⁾ In tal senso pare potersi leggere AGENZIA DELLE ENTRATE, *Consultazione preventiva degli Stakeholder, Osservazioni proposte e relativi chiarimenti*, 1° giugno 2023, p. 5.

⁽²²⁾ Cfr. art. 35, par. 9, del Regolamento (UE) 2016/679. Al riguardo si veda altresì il provvedimento n. 276 del 30 luglio 2022, con cui l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, ha prescritto all'Agenzia delle Entrate alcuni adempimenti preliminari al fine di assicurare un «elevato livello di trasparenza anche nei confronti di coloro ai quali l'Agenzia non invierà atti o provvedimenti, ma i cui dati personali saranno comunque sottoposti a trattamenti».

presa la fonte di provenienza, e di ottenerne copia in ogni momento); *ii*) rettifica (quale facoltà di ottenere tutte quelle modifiche e/o integrazioni che eliminino la possibilità di una falsa rappresentazione dell'individuo tramite i suoi dati incorretti); *iii*) effettiva conoscenza della “logica” e degli algoritmi utilizzati, ovvero posti alla base di processi, più o meno automatizzati, capaci di determinare conseguenze giuridicamente apprezzabili in capo al singolo interessato.

Difatti, se è pur vero che sono previste limitazioni all'esercizio dei diritti personali dei singoli (ad esempio, quanto al diritto di informativa, al diritto di accesso, al diritto di cancellazione, al diritto di limitazione del trattamento, al diritto di opposizione)⁽²³⁾, peraltro allo scopo di assicurare che non venga arrecato un pregiudizio effettivo e concreto all'obiettivo di interesse pubblico consistente nel contrasto dell'evasione fiscale⁽²⁴⁾, queste (limitazioni) debbono poter essere sottoposte a scrutinio al fine di verificarne la conformità rispetto ai principi di necessità e di proporzionalità cui, in particolare, è improntata la vigente disciplina in materia di privacy.

Insomma, la relazione tra l'esercizio della funzione tributaria e i diritti del privato continua a fornire di nuovi spunti di riflessione che, per parte loro, impongono l'affinarsi di una sensibilità capace di orientare non solo il quotidiano *agere* dell'amministrazione finanziaria, ma, prima ancora, tale da suggerire che l'esercizio della stessa funzione legislativa in materia sia frutto di un attento bilanciamento tra interesse fiscale e diritti del contribuente.

⁽²³⁾ Cfr. art. 1, 683° comma, l. n. 160 del 2019, nonché il d.m. MEF 28 giugno 2022.

⁽²⁴⁾ Cfr. art. 23 del Reg. UE 2016/679.

STEFANIA TUCCANI^(*)

IL TATUAGGIO TRA DIRITTO, GIURISPRUDENZA E STORIA

ABSTRACT: The essay analyzes the tattoo as a distinctive feature and a part of the individual image, has aroused the interest of the jurist on its implications (positive or negative) in the context of the person's right to identity. A potential impediment to tattooing emerges in the case of military enlistment, where (on parts not covered by the uniform), due to its size, content and nature, it may be detrimental to dignity and decorum.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Appunti per una storia del tatuaggio. – 3. Tatuaggio e tutele, tra diritto all'identità personale e diritto all'immagine. – 4. Tatuaggio e decoro in ambito militare. – 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Premessa.*

Il tatuaggio è solo uno dei modi (come anche i segni, i simboli, etc.) con cui si sono contrassegnati gli individui e i loro gruppi nel corso del tempo.

In realtà si tratta di una pratica che esiste da sempre, pur non avendo un significato unico o univoco, in quanto influenzata da limiti geografici e singole specificazioni culturali.

Diverse scienze umane si sono occupate del fenomeno, in particolare la sociologia, l'antropologia criminale, così come la semiotica, disciplina che studia i segni e il modo in cui questi hanno un senso. La pratica del tatuaggio non può non coinvolgere anche la dimensione estetica e, in alcuni casi, quella artistica.

È stato invece messo in evidenza⁽¹⁾ lo scarso interesse della filosofia, con-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. F. VERCELLONE, *Filosofia del tatuaggio*, Torino, 2023, p. 60.

siderato che il tatuaggio risulta palesemente in contrasto con l'idea della purezza formale tipica della tradizione classica. Infatti il nudo classico, quale ideale umano non alterato da alcun segno che lo singularizzi, attualmente appare definitivamente rimosso dalla costante presenza di corpi variamente tatuati.

In effetti, il tatuaggio non rinvia al bello, anche perché spesso chi lo pratica non ama il gusto – kantianamente inteso come *sensus communis* estetico – anzi, ha la consapevolezza di far parte di una sottocultura di cui non si vergogna, di un modo di essere alternativo e magari in contrapposizione a quello della maggioranza⁽²⁾.

Lo stesso Kant nella *Critica del giudizio* biasima il tatuaggio degli aborigeni neozelandesi, poiché, a suo dire, in contrasto con il concetto di umanità: «Si potrebbe abbellire una figura umana con ogni sorta di disegni e tratti di forme spigliate e regolari, come fanno i neozelandesi con il loro tatuaggio, se non si trattasse di un uomo»⁽³⁾.

Al contrario Hegel si mostra incline ad ammettere modificazioni fisiche autoprocurate, ivi comprese quelle più crudeli, come ad esempio le labbra dilatate da anelli di alcune tribù africane, perché riverberano la volontà dell'uomo di dominare la natura interna ed esterna: «(...) e l'uomo si comporta in questo modo non soltanto con le cose esterne, ma anche con sé stesso, con la propria figura naturale che egli non lascia come trova, ma cambia intenzionalmente. Questa è la causa di tutte le acconciature e gli ornamenti, siano pur essi così barbari, privi di gusto, completamente deformanti o addirittura perniciosi, come i piedi infasciati delle donne della Cina o gli spacchi nelle orecchie e nelle labbra»⁽⁴⁾.

A seguire, nel secondo paragrafo, alcuni frammenti di storia tenteranno di ricostruire la dinamica del tatuaggio, già documentato fin dai tempi della preistoria, come testimonia la mummia di Similaun (detta Ötzi). In tale con-

⁽²⁾ F. VERCELLONE, *Filosofia del tatuaggio*, cit., pp. 28-30.

⁽³⁾ I. KANT, *Critica del giudizio*, trad. di A. Gargiulo, Roma - Bari, 2011, p. 127.

⁽⁴⁾ G.W.F. HEGEL, *Lezioni di estetica*, trad. it. di N. Merker e N. Vaccaro, Torino, 1997, p. 40 (citato in F. VERCELLONE, *Filosofia del tatuaggio*, cit., pp. 61-62).

testo si osserverà, ad esempio, come la marchiatura di schiavi, prigionieri di guerra e criminali condannati con stigmati – perlopiù tatuaggi nell’accezione odierna del termine – fosse una pratica ampiamente diffusa nell’antichità greca e romana.

Testi medioevali riportano il tatuaggio del pellegrino come simbolo spirituale del viaggio intrapreso, cioè un promemoria fisico permanente di dedizione, sacrificio e fede religiosa.

Per molti secoli, si potrebbe affermare che tale fenomeno abbia interessato una minoranza della società in Europa, proprio perché più diffuso in ambiti residuali ed emarginati della collettività.

Peraltro troppe sono le storie negative di tatuaggi umilianti imposti con la forza, come testimonianze, tra le tante, l’esperienza tragica dei campi di concentramento nazisti.

Nonostante il ricordo di questa barbara pratica stigmatizzante, il ritorno, nonché la diffusione del tatuaggio si avranno a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, grazie anche ai nuovi mezzi di comunicazione.

Nel terzo paragrafo si rifletterà sulle implicazioni del tatuaggio sotto il profilo giuridico, atteso che la

sua dimensione antropologica e sociologica inevitabilmente ha suscitato l’interesse del giurista sulla possibilità di qualificarlo nel contesto del diritto all’identità personale.

Di qui l’esigenza di considerare il segno esteriore inciso sulla pelle del tatuato alla stregua di un dato personale, utilizzato per riconoscere, essere riconosciuto e soprattutto per riconoscersi.

Come da parere autorevole⁽⁵⁾, di contro all’immagine dell’individuo vista dall’esterno c’è l’immagine che l’individuo vede dal proprio interno e decide di esporre – se è in grado di farlo – in modo libero e consapevole.

Si accennerà, altresì, alla possibilità di offrire all’immagine tatuata una tutela in termini di opera dell’ingegno, nonostante le criticità prospettabili al riguardo.

Da ultimo, nel quarto paragrafo, un appropriato spazio sarà riservato al

⁽⁵⁾ G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi*, Milano, 2021, p. 24.

tatuaggio connesso al decoro fisico del militare, ai fini tanto dell'arruolamento quanto della permanenza in servizio nelle Forze dell'Ordine. Si rifletterà per l'appunto sulla disciplina che prevede l'inammissibilità dei candidati che abbiano tatuaggi su parti del corpo non coperte da uniforme, in particolare nelle ipotesi di raffigurazioni che ne evidenzino una personalità abnorme.

2. — *Appunti per una storia del tatuaggio.*

È nel 1769 quando il Capitano inglese James Cook, approdato a *Tabiti*, osservando e annotando le usanze della popolazione locale, introdusse per la prima volta il termine *Tattoo* (poi *Tattoo*), tatuaggio in italiano, derivato da “tau-tau”, parola che evocava il rumore prodotto dal picchiare del legno sull'ago per pungere la pelle⁽⁶⁾.

Costituirebbe tuttavia un errore far iniziare la storia del tatuaggio in Europa nell'anno 1774, con l'arrivo del tahitiano Omai (dal corpo tatuato) che James Cook, di ritorno da una delle sue circumnavigazioni del mondo, portò con sé a Londra⁽⁷⁾.

In realtà il termine “tatuaggio”, pur provenendo dai Mari del Sud, andrebbe tuttavia a definire una pratica invalsa da tanto tempo in Europa.

Infatti il tatuaggio è più antico di quanto si possa credere, anche se i dettagli precisi sulla dovizia di tale pratica potrebbero non essere noti.

Quello che è certo è che il tatuaggio risulta documentato nella preistoria, come testimonia, ad esempio, la mummia tatuata (detta Ötzi⁽⁸⁾, l'uomo dei ghiacci), conosciuta ufficialmente come uomo del Similaun, ritrovata il 19 settembre 1991 da una coppia di escursionisti tedeschi in prossimità dell'omonimo ghiacciaio sulle Alpi Venoste, al confine tra Italia e Austria.

⁽⁶⁾ J. COOK, *Giornali di bordo nei viaggi d'esplorazione. Il viaggio dell'Endeavour; 1768-1771*, a cura di F. Marengo, Milano, 1994, vol. 1, p. 168.

⁽⁷⁾ V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale e della sua certificazione*, Bellinzona, 2008, p. 104.

⁽⁸⁾ Appellativo (dato da un giornalista) che deriva dal luogo del ritrovamento: Ötztal nel Tirolo del Nord.

I resti, conservatisi per oltre cinquemila anni grazie al clima rigido, sono stati oggetto di studi approfonditi da parte di un gruppo di ricercatori dell'Accademia Europea di Bolzano che ha mappato tutti i 61 tatuaggi presenti sul corpo dell'uomo in questione.

Come è stato evidenziato⁽⁹⁾, si tratta perlopiù di piccole tacche e croci nere collocate in punti diversi del corpo, realizzate con un pigmento di fuliggine, cioè di polvere di carbone (frutto della combustione di materiale organico), che non è altro che la stessa composizione chimica dell'inchiostro nero dei tatuaggi moderni. Benché questi ultimi siano associati all'uso dell'ago, si possono ottenere risultati simili anche con una lama, tagliando con precisione la pelle e strofinandovi dentro le particelle di pigmento⁽¹⁰⁾.

Ovviamente non è questa la sede adatta per trattare le tecniche del tatuaggio, fermo restando che, da ora in poi, ci si riferirà sempre e comunque al tatuaggio permanente, pratica conosciuta nell'antichità e sopravvissuta in culture diverse e anche in tempi lontani tra di loro.

Lo stesso Antico Testamento⁽¹¹⁾ contiene un divieto preciso contro l'uso della pratica del tatuaggio, in quanto connesso a una pratica di lutto penitenziale, influenzata da riti pagani: «Non vi farete incisioni sul corpo per un defunto, né vi farete segni di tatuaggio. Io sono il Signore»⁽¹²⁾.

Tra le strategie militari adottate nell'antichità si inserisce, ad esempio, la storia del messaggio tatuato del greco Istieo, così come raccontato da Erodoto⁽¹³⁾ che, nel contesto dello scontro tra Greci e Persiani, narra gli antecedenti nella rivolta delle colonie greche dell'Asia Minore fino alla distruzione di Mileto.

Istieo (già confidente di Dario il Grande, re di Persia al tempo delle vittorie militari contro gli Sciti, alla fine del VI sec. a.C.) relegato a Susa contro la sua volontà, voleva comunicare a suo genero Aristagora (che si trovava a

⁽⁹⁾ M. LODDER, *Corpi dipinti*, trad. it. di L. Marani, Milano, 2023, p. 35.

⁽¹⁰⁾ M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 37.

⁽¹¹⁾ Levitico, 19.28.

⁽¹²⁾ Cfr. F. VERCELLONE, *Filosofia del tatuaggio*, cit., p. 21.

⁽¹³⁾ ERODOTO, *Le Storie*, Libro V, 35,3.

Mileto a 3.000 km. di distanza) l'ordine di insorgere contro il re. Poiché non aveva altro sistema per poterlo fare in sicurezza, dato che le strade erano sorvegliate, elaborò un piano per nascondere le sue istruzioni persino al messaggero: fece rasare a zero la testa al più fedele dei suoi schiavi e vi incise il messaggio: «Istieo ad Aristagora: sollecita la Ionia a ribellarsi», poi attese che gli ricrescessero i capelli. Quando furono cresciuti, inviò lo schiavo a Mileto, incaricandolo semplicemente di dire ad Aristagora, non appena fosse arrivato, di rasargli i capelli e di guardargli la testa. Il piano del messaggio tatuato arrivò al destinatario, anche se poi Istieo e Aristagora morirono in battaglia⁽¹⁴⁾.

Lo stesso Cicerone (106 a.C. – 43 a.C.)⁽¹⁵⁾ parla incidentalmente di uno schiavo “tatuato al modo dei Traci”.

Sotto l'Impero romano preoccupazione primaria era quella di evitare confusione tra persone di ceti diversi: liberi e schiavi, cittadini e peregrini, pertanto i tatuaggi erano riservati ai gladiatori e agli schiavi, come segni di proprietà e di *status* sociale ridotto, per scoraggiare la delinquenza e i tentativi di fuga⁽¹⁶⁾.

Così, come narra Diogene Laerzio⁽¹⁷⁾, Bione di Boristene (vissuto nel III sec. a.C.), raccontava che suo padre, servo affrancato, non aveva una faccia da mostrare, ma una scritta sul volto, segno della severità del suo antico padrone. Questo a dimostrazione che le scritte sul volto servivano ai padroni per annotare gli atti di disobbedienza sotto forma di scempi tatuati⁽¹⁸⁾.

Un editto di Costantino del 315 o 316, tramandato nel *Codex Theodosianus* del 438⁽¹⁹⁾, vietava di imprimere il marchio (che ne segnava la condizio-

⁽¹⁴⁾ Si consulti sull'argomento M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., pp. 58-59.

⁽¹⁵⁾ CICERO, *De officiis*, II, 25.

⁽¹⁶⁾ Più in generale, sulle marchiature degli schiavi, cfr. C.P. JONES, *Stigma: tattooing and branding in Graeco-Roman Antiquity*, in *The Journal of Roman Studies*, vol. 78, 1987, p. 139 ss.; S. PARDO TORRENTES, *I marchi degli uomini sugli uomini*, in *Made in Roma. Marchi di produzione e di possesso nella società antica*, a cura di M. Milella, S. Pastor, L. Ungaro, Roma, 2016, p. 87 ss.

⁽¹⁷⁾ DIOGENE LAERZIO, *Vitae philosophorum*, IV.

⁽¹⁸⁾ Cfr. M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 62.

⁽¹⁹⁾ Cth. 9,40,2 = C. 9,47,17.

ne) sul volto di gladiatori e di condannati ai lavori forzati nelle miniere⁽²⁰⁾.

In realtà, Costantino non aveva vietato il marchio in quanto tale, ma semplicemente che esso fosse apposto in modo da deturpare il volto⁽²¹⁾. La motivazione risiede nel fatto che il viso dell'uomo è a immagine e somiglianza di Dio e non deve essere perciò sfigurato⁽²²⁾.

Risulta interessante la riflessione di un autore⁽²³⁾ sul concetto di identità nel mondo romano: il termine usato per indicare l'identificazione di una persona era prima *notitia*, poi a partire dal IV secolo, *identitas*; l'identificazione era fondamentale: «*Plus que d'être soi, il est crucial d'être reconnu*».

Il marchio in fronte, alterando il viso, nuoce gravemente all'identificazione di una persona.

Inoltre, quando si parla di *frons* si designa tanto la fronte fisica, quanto la rispettabilità; un uomo dalla fronte iscritta non è più identificabile, è annullato socialmente, non esiste⁽²⁴⁾.

Vi è stato chi⁽²⁵⁾ ha osservato che il termine *stigma* non è mai usato per indicare la pratica del marchio impresso a fuoco sugli animali, ma piuttosto un tatuaggio realizzato pungendo la pelle con aghi intinti in inchiostro.

Il medico dell'imperatore Giustiniano, Ezio, nel VI sec. d.C. nell'enciclopedia medica da lui scritta *Tetrabiblos* definisce *stigmata* «qualunque cosa segnata sulla faccia o in altre parti del corpo», prendendo in considerazione maggiormente le mani dei soldati, e ne spiega una sommaria procedura per eseguirle: «pungere la zona con degli aghi, asciugare il sangue, strofinare per

⁽²⁰⁾ Per tali tipi di condanna cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 373 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 62; L. DE SALVO, *Marchio e marchiati nell'impero cristiano*, in *Atti dell'Acc. Roman. Costant. XVIII*, Roma, 2012, pp. 268-269.

⁽²²⁾ Si consulti C.P. JONES, *Stigma and Tattoo*, in J. CAPLAN (a cura di), *Written on the Body: The Tattoo in European and American History*, London, 2000, pp. 1-16.

⁽²³⁾ P. CORDIER, *Remarques sur les inscriptions corporelles dans le monde romain: du signe d'identification (notitia) à la marque d'identité (identitas)*, in *Pallas*, 65, 2004, pp. 189-198; v. sull'argomento L. DE SALVO, *Marchio e marchiati*, cit., p. 263.

⁽²⁴⁾ P. CORDIER, *Remarques*, cit., p. 191 ss.

⁽²⁵⁾ C.P. JONES, *Stigma: Tatting and branding in Graeco-Roman Antiquity*, cit., pp. 139-155 (citato in L. DE SALVO, *Marchio e marchiati*, cit., p. 263).

prima il succo di porro, ed infine la preparazione dell'inchiostro, la cui ricetta include, legno di pino, bronzo corrosivo, bile e vetriolo»⁽²⁶⁾.

A dimostrazione che il tatuaggio continuò ad essere praticato, si ricorda che il secondo Concilio di Nicea del 787 d. C. affrontò il tema, vietando i tatuaggi ai cristiani, in quanto pratica pagana.

I testi altomedievali documentano il persistere del ricorso a segni corporei, usati sia come strumento repressivo, sia come autostigmatizzazione trionfante, nonché visualizzazione di elezione religiosa.

La marchiatura usata come pena corporale non era scomparsa del tutto nemmeno nel Basso Medioevo, tanto è vero che le risoluzioni del sinodo di Reims del 1157 prevedevano di marchiare a fuoco gli eretici sul viso⁽²⁷⁾.

Già da tempo i pellegrini europei diretti a Gerusalemme o Loreto si facevano tatuare sulle mani e nella parte interna delle braccia combinazioni di lettere dell'alfabeto e simboli cristiani per dimostrare di essere veri pellegrini cristiani. E dal momento che l'incisione di questi segni sulla pelle era a un tempo prova e segno di autenticità, la pratica fu imitata, non solo da coloro che si spacciavano per pellegrini, ma anche dai cosiddetti Pauliani, guaritori ambulanti italiani, operanti nel tardo Trecento e soprattutto nel Quattrocento. Come prova della loro discendenza da Paolo, essi esibivano tatuaggi sulle mani e sul viso: segni artificiali falsi, secondo le invettive scagliate contro di loro da Teseo Pini nel suo grande trattato contro questi impostori, redatto nel 1480⁽²⁸⁾.

In realtà la scrittura sulla pelle e la sua lettura avrebbero dovuto funzionare alla lettera come segni di verità.

Ad esempio, fra i registri contenenti descrizioni di persone, conservati tra gli archivi fiorentini, ve ne è uno (iniziato nel 1366 e portato avanti fino al 1397) contenente 357 registrazioni, dove veniva descritto l'aspetto degli schiavi (o meglio delle schiave, visto che esse ammontavano al 90 per cento)

⁽²⁶⁾ AETIUS, *Tetrabiblos*, 8.12.

⁽²⁷⁾ Cfr. V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale*, cit., pp. 100-105.

⁽²⁸⁾ Si consulti P. CAMPORESI, *Il libro dei vagabondi. Lo «Speculum cerretanorum» di Teseo Pini, «Il Vagabondo» di Rafeale Frianoro et altri testi di «furfanteria»*, Torino, 1973, p. 52 ss. Vedi altresì M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., pp. 152-155.

venduti in città, con particolare attenzione al colore e ai segni sulla pelle e, per la precisione, sul viso e sulle mani. La nascita di tale registro va probabilmente messa in relazione con un'ordinanza del 1364 che permetteva ai fiorentini di commerciare in schiavi che non fossero di fede cristiana e che stabiliva per ogni acquirente l'obbligo di registrazione, entro due mesi dall'acquisto, della persona di cui si era entrati in possesso⁽²⁹⁾.

La pratica dell'incisione con successiva cicatrice o del tatuaggio sul volto o sulle mani di questi esseri sfortunati era ampiamente diffusa nel commercio di schiavi nel Mediterraneo, come si evince da fonti tardomedievali pisane, genovesi e senesi e anche da fonti cinquecentesche spagnole⁽³⁰⁾.

Certo, come è stato evidenziato⁽³¹⁾, in tale contesto non esisteva una netta linea di confine fra segno naturale e segno artificiale; negli stessi secoli in cui croci tatuate erano segni di riconoscimento di pii pellegrini fecero la loro comparsa persone contrassegnate con il *signo crucis* in registri che, per definizione, erano deputati al rilevamento di schiave e schiavi non cristiani.

In definitiva i tatuaggi non erano sconosciuti nel Medioevo cristiano, se ne potrebbe dedurre che nell'autunno del Medioevo fossero pochissime le persone che non presentassero segni sulla pelle.

Purtroppo è passata alla storia del tatuaggio in Europa anche la pratica di marchiare i bambini con fini esplicitamente identificativi.

È stato rilevato⁽³²⁾ che, nell'Italia di fine Cinquecento, i trovatelli abbandonati alle cure degli ospedali, a Roma, Venezia e Siena, venissero regolarmente contrassegnati con un emblema identificativo su uno dei piedi, inciso

⁽²⁹⁾ Tale registro è riprodotto in R. LIVI, *La schiavitù domestica nei tempi di mezzo e nei moderni*, Padova, 1928, pp. 141-217, in particolare p. 151, n. 20 (citato da V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale*, cit., pp. 106-107).

⁽³⁰⁾ Vedi sull'argomento A. D'AMIA, *Schiavitù romana e servitù medievale*, Milano, 1931; G. PRUNAI, *Notizie e documenti sulla servitù domestica nel territorio senese*, in *Bollettino Senese di Storia Patria*, 7 (1936), pp. 133-181, 245-298, 398-438 (citato da V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale*, cit., p. 108).

⁽³¹⁾ V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale*, cit., p. 108.

⁽³²⁾ M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 83.

con l'uso di una lancetta e del nerofumo⁽³³⁾. Tale pratica veniva praticata per evitare frodi da parte soprattutto delle balie le quali, in caso di morte dell'esposto, durante il periodo di baliatico, per continuare a percepire la relativa indennità, tentavano di sostituirlo con altro neonato della stessa età⁽³⁴⁾.

Anche se la pratica di marchiatura degli esposti era già in uso nell'Archiospedale di Santo Spirito in Saxia di Roma e nel Pio Ospedale della Pietà di Venezia, la stessa fu accantonata presso l'Annunziata di Napoli, in quanto ritenuta disumana.

A proposito di tatuaggi sui minorenni, nella Londra vittoriana (20 giugno 1837 - 22 gennaio 1901), così come narrato da Charles Dickens (1812-1870) in *Oliver Twist*, capitava spesso che ragazzini poveri ricorressero, per sopravvivere, a reati minori, come furti di formaggio, fazzoletti di seta o altro; quando venivano arrestati, spesso erano identificati attraverso la descrizione dei loro tatuaggi, prova della loro appartenenza a gruppi di criminalità organizzata. Non a caso il timore del capobanda Fagin era proprio quello che i tatuaggi della sua banda di piccoli ladri venissero schedati, considerata l'attenzione della polizia dell'epoca ai tatuaggi dei borseggiatori. «Supponiamo che quel ragazzo [...] volesse cantare - denunciare tutti - prima cercando le persone giuste per il suo scopo, e poi incontrandosi con loro in strada per fargli il nostro ritratto, descrivere ogni particolare che potrebbe aiutarli a riconoscerci, e i posti dove più facilmente potremmo essere pizzicati»⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Vedi sull'argomento C. SCHIAVONI, *Il problema del baliatico nel brefotrofo dell'Archiospedale di Santo Spirito in Saxia di Roma tra '500 e '800*, in G. DA MOLIN (a cura di), *Trovatelli e balie in Italia, secc. XVI-XIX: atti del Convegno Infanzia abbandonata e baliatico in Italia, secc. XVI-XIX (Bari, 20-21 maggio 1993)*, Bari, 1994, pp. 93-95, 107; D. BALESTRACCI, G. PICCINI, *L'ospedale e la città*, in D. GALLAVOTTI CAVALLERO (a cura di), *Lo spedale di Santa Maria della Scala in Siena: Vicenda di una committenza artistica*, Pisa, 1985, p. 35; C. GRANDI, *P come Pietà: I segni corporei dell'identità istituzionale sugli esposti di Santa Maria della Pietà di Venezia (secc. XVII-XIX)*, in C. GRANDI (a cura di), *Benedetto chi ti porta, maledetto chi ti manda: L'infanzia abbandonata nel Triveneto (secc. XV-XIX)*, Treviso, 1997, p. 245.

⁽³⁴⁾ Cfr. G. DA MOLIN, *I figli della Madonna. Gli esposti all'Annunziata di Napoli (secc. XVII-XIX)*, Bari, 2001, pp. 34-35.

⁽³⁵⁾ C. DICKENS, *Oliver Twist*, trad. it. di B. Amato, Milano, 2021, p. 453. V. sull'argomento M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., pp. 124-126.

Si potrebbe sostenere⁽³⁶⁾ che con Cesare Lombroso (1835-1909) si entri nella storia propriamente moderna del tatuaggio, considerato dal suddetto alla stregua di un sintomo psichiatrico, patrimonio di soggetti anomali.

In realtà Lombroso, medico militare italiano, nel 1864 aveva avviato un programma sistematico di analisi dei corpi di soldati, pazienti criminali e persone decedute, da cui era emerso che il tatuaggio fosse segno di qualcosa di più del semplice desiderio di marcarsi la pelle, in quanto denotava criminalità e degenerazione⁽³⁷⁾.

Era l'epoca (fine del secolo XIX) in cui la medicina (in particolare in campo psichiatrico), mediante lo sviluppo di quella disciplina denominata "anatomia patologica", era tesa a scoprire, per ogni malattia, il corrispondente quadro morfologico, cioè la relativa alterazione anatomica. Nello specifico, a una personalità ipoevoluta, come quella del delinquente, doveva far riscontro un soma, vale a dire un corpo con note di ipoevoluzione.

Il campo d'indagine di Lombroso, poiché ristretto a un gruppo composto solo da criminali, soldati e prostitute e non esteso alla popolazione generale, si rivelò avere dei limiti, per cui risultava facile sostenere che il tatuaggio fosse presente solo in quelle categorie di degenerati.

L'errore di valutazione risultò ancora più palese, considerata la crescente diffusione della pratica tatuatoria negli angoli più alla moda e tra le persone oneste, fenomeno che infastidiva fortemente Lombroso, pieno di pregiudizi per il tatuaggio fino alla fine della sua carriera: «Si tratta di un'usanza del tutto selvaggia, che solo di rado è rintracciabile tra chi non fa più parte delle nostre classi oneste, e che non prevale se non fra i criminali, presso cui ha avuto una diffusione davvero strana, quasi professionale; [...] pertanto quando tentano di introdurla nel mondo rispettabile proviamo un genuino senso di disgusto, se non per chi la pratica, quantomeno per chi la suggerisce

⁽³⁶⁾ F. VERCELLONE, *Filosofia del tatuaggio*, cit., p. 25.

⁽³⁷⁾ C. LOMBROSO, *Sul tatuaggio degli italiani*, in *Gazzetta Medica Italiana, Lombardia*, 1864; ID., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Milano, 1876 (5^a ed., Torino, 1896); ID., *L'uomo delinquente*, 5^a ed., Torino, 1897; cfr. M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., pp. 129-131.

e ha per forza qualcosa di atavico e selvaggio nel cuore»⁽³⁸⁾.

Come è stato sottolineato⁽³⁹⁾, all'inizio della seconda guerra mondiale, proprio come era avvenuto con la prima, i soldati si facevano tatuare simboli per segnalare l'appartenenza al reggimento o il numero di identificazione o il gruppo sanguigno. Anche chi rimaneva a casa utilizzava i tatuaggi per dichiarare legami con persone andate in guerra o per commemorarle nel caso in cui non fossero tornate indietro.

Dal maggio 1940, all'arrivo ad Auschwitz, tutti i prigionieri dei campi di concentramento tedeschi, idonei al lavoro, venivano tatuati con la forza, per tenere i registri. Il numero di matricola impresso sul loro braccio era simbolo di riconoscimento e di umiliazione, del tutto simile a quello impiegato per la catalogazione delle specie animali.

È evidente che l'impiego fatto in questa modalità segnasse per vari decenni la caratterizzazione infamante del tatuaggio, determinando, nelle generazioni degli anni Cinquanta e sessanta del secolo scorso, sospetto e avversione per lo stesso.

Soltanto dagli anni Settanta tale pratica ha conosciuto una progressiva diffusione, prima nelle sottoculture giovanili e fra i motociclisti, poi ha conquistato lentamente ogni strato sociale e ogni fascia d'età. Erano i cosiddetti "anni di piombo" per il nostro paese, caratterizzato da attentati e omicidi terroristici, ma era anche il periodo della spensieratezza dei consumi, nonché la stagione dei diritti civili, le rivoluzioni studentesche, l'introduzione della legge sul divorzio (1970), del nuovo diritto di famiglia (1975), della legge Bisaglia (1978),

Con i primi movimenti di protesta, nati negli ultimi decenni del secolo scorso, i tatuaggi si sono trasformati in un sintomo di liberazione, una sorta di sfida generazionale.

⁽³⁸⁾ C. LOMBROSO, *The Savage Origin of Tattooing*, in *Popular Science Monthly*, 1896, vol. 48, p. 803; cfr. M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 132.

⁽³⁹⁾ M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 265.

3. — *Tatuaggio e tutele, tra diritto all'identità personale e diritto all'immagine.*

Ad oggi l'attività di tatuaggio non è disciplinata da una specifica normativa italiana, nonostante la risoluzione del Consiglio d'Europa datata 19 giugno 2003 *Res.AP on tattoos and permanent make up* (a cui dovevano uniformarsi le legislazioni dei singoli Stati), sostituita successivamente dalla risoluzione del 20 febbraio 2008 *CoE Res.AP (2008)*⁽⁴⁰⁾, che raccomanda l'introduzione di una legislazione specifica sulla qualità dei prodotti destinati al tatuaggio permanente, oltre alla conformità degli stessi a misure igieniche.

Entrambe le risoluzioni indicano chiaramente che la gestione del rischio di pigmenti utilizzati nei tatuaggi permanenti è ascrivibile nel contesto del regolamento europeo n. 1907 del 18 dicembre 2006⁽⁴¹⁾, e non nel quadro legislativo dei prodotti cosmetici.

In ambito nazionale, il Ministero della Salute, dal canto suo, aveva già emanato in epoca precedente varie circolari contenenti “*Linee guida per l'esecuzione di procedure di tatuaggio e piercing in condizioni di sicurezza*”, come ad esempio la Circolare del 5 febbraio 1998, n. 2.9/156, che prevede adeguata formazione obbligatoria dei tatuatori, attraverso specifici corsi regionali.

Attualmente in Italia sono abilitati ad effettuare questa pratica solo coloro che, per l'appunto, siano in possesso dell'attestato di frequenza del suddetto corso di formazione regionale e che operino nel rispetto dei requisiti igienico-sanitari previsti dalle linee guida del Ministero della Salute.

A tutela del consumatore, sempre a livello nazionale, rileva altresì la disposizione dell'art. 105 “*Presunzione e valutazione di sicurezza*” del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del Consumo)⁽⁴²⁾ che prevede la sorveglianza sulla sicurezza del prodotto⁽⁴³⁾.

In realtà la crescente popolarità della pratica del tatuaggio registrata negli

⁽⁴⁰⁾ Entrambe le risoluzioni in *Reach.gov.it*.

⁽⁴¹⁾ In G.U.U.E. L, 30 dicembre 2006, n. 396.

⁽⁴²⁾ Pubblicato in G.U., 8 ottobre 2005, n. 235.

⁽⁴³⁾ In tema di prodotto insicuro, si consulti L. MEZZASOMA, *Codice del consumo e prodotti difettosi*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, 2007, pp. 259-261.

anni e l'elevata disponibilità di prodotti reperibili *on-line* sono motivo di preoccupazione per la salute pubblica circa la sicurezza di tali prodotti correlata alla presenza di sostanze potenzialmente pericolose.

Nel frattempo le attività di vigilanza e di controllo analitico si sono intensificate, tant'è che il Ministero della Salute ha avviato a tale scopo la predisposizione di vari progetti in collaborazione con le regioni,

primo tra tutti quello del 2010 con il Piemonte, che ha riguardato il «Monitoraggio e valutazione della tossicità dei prodotti cosmetici e di quelli utilizzati nei laboratori di tatuaggio»⁽⁴⁴⁾.

Non a caso le regioni, in attuazione dell'art. 32, 1° comma Cost. e nel rispetto delle competenze stabilite dall'art. 117 Cost., hanno introdotto, a tutela della salute, il divieto di «eseguire tatuaggi e piercing in sedi anatomiche nelle quali sono possibili conseguenze invalidanti permanenti ai sensi dell'articolo 5 del codice civile o in parti dove la cicatrizzazione è particolarmente difficoltosa»⁽⁴⁵⁾.

Dal 4 gennaio 2022 è entrato in vigore nei paesi dell'Unione europea il «Regolamento (UE) 2020/2081 della Commissione del 14 dicembre 2020, che modifica l'allegato XVII del Regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH) per quanto riguarda le sostanze contenute negli inchiostri per tatuaggi o trucco permanente».

Tale normativa ha comportato la limitazione all'utilizzo di oltre quattromila sostanze considerate nocive per l'organismo umano, prevedendo un'eccezione per il caso dei cosiddetti *Pigment Blue 15:3* e *Pigment Green 7*, poiché, sebbene tali colorazioni non risultino affatto essere esenti dalle sostanze ritenute pericolose per la salute umana, sono attualmente di difficile sostituzione con sostanze innocue per l'organismo⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ In *Reach.gov.it*.

⁽⁴⁵⁾ In tal senso, tra le altre leggi regionali di pari contenuto, quella della regione Lazio del 3 marzo 2021, n. 2, in BUR, 4 marzo 2021, n. 23, che disciplina tale divieto all'art. 3, punto 6.

⁽⁴⁶⁾ Tali dati sono stati rilevati dall'*ISPLAD - International - Italian Society of Plastic - Rege-*

In realtà il Regolamento europeo 2020/2081, a tutela del consumatore, è rivolto espressamente a produttori, distributori e tatuatori, atteso che la responsabilità della sicurezza delle sostanze chimiche contenute negli inchiostri per tatuaggi, così come la relativa responsabilità penale, siano a loro carico.

Nello specifico il produttore e il fornitore delle sostanze utilizzate per la pigmentazione cutanea sono tenuti a una dichiarazione di rispondenza ai limiti, di cui all'allegato XVII del Reg. CE n. 1907/2006, come modificato dal Reg. UE n. 2081/2020, sia a tutela dei consumatori, che possono essere così informati dell'avvenuto controllo della qualità dei prodotti inseriti nella loro superficie cutanea, sia a tutela degli stessi tatuatori che potranno, in caso di conseguenze dannose per i clienti, dimostrare l'assenza di responsabilità, avendo utilizzato sostanze qualificate come "sicure" dalla normativa europea.

Infatti, con l'entrata in vigore del Regolamento di cui sopra, i tatuatori hanno l'obbligo di fornire all'utente le informazioni indicate nell'imballaggio o incluse nelle istruzioni per l'impiego dei prodotti utilizzati. In proposito, si segnala che l'indicazione della formulazione dei pigmenti nelle etichette avviene nella lingua di ciascun paese europeo, al fine di rendere le informazioni perfettamente comprensibili⁽⁴⁷⁾.

In realtà il diritto all'informazione, sia come diritto ad informare da parte del tatuatore, sia come diritto ad essere informati da parte del tatuato, è un diritto umano, che ha il suo referente costituzionale nell'art. 21 Cost. che lo protegge indirettamente⁽⁴⁸⁾.

nerative and Oncologic Dermatology (in *eur-lex.europa.eu*), nel corso di uno studio di rilevazione degli eventi avversi portato avanti in ambito nazionale e internazionale.

⁽⁴⁷⁾ Si consulti sull'argomento L. BIARELLA, *Tatuaggi: da gennaio 2022 il nuovo Regolamento UE*, in *www.altalex.com*.

⁽⁴⁸⁾ In un contesto più ampio, come sottolinea R. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, cit., p. 168, l'informazione è vista come il principale bene del mercato interno, un bene che ha sostituito nelle priorità del legislatore i beni tangibili (distinti tra beni mobili e immobili) sui quali è quasi esclusivamente costruita la tradizionale disciplina privatistica. Si consulti altresì P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss., che oltre 30 anni fa sosteneva che nella società moderna «conoscere è potere, [...] l'informare e

Dal canto suo, in tema di tatuaggi, rileva l'art. 5 c.c., norma risalente al 1943 e mai emendata, la quale stabilisce che «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Tale disposizione implica il consenso dell'avente diritto, cioè del soggetto che è “titolare” del proprio corpo, a procurarsi o a subire nello specifico modificazioni della pelle, attraverso il tatuaggio.

Un caso a parte è costituito dalla posizione dei minori, che chiedano di essere tatuati, per i quali è richiesto il consenso dei genitori. A tale proposito, secondo la Suprema Corte⁽⁴⁹⁾ il tatuatore che, senza il consenso di chi esercita la potestà genitoriale, esegua un tatuaggio su richiesta di un minore, risponde del reato di lesioni personali volontarie.

Atteso che tale pratica, pur determinando un'alterazione fisica permanente, non dovrebbe costituire una diminuzione permanente dell'integrità fisica, un problema di valutazione di legittimità semmai si porrebbe solo nel caso di tatuaggi talmente estesi, fino al punto di compromettere il riconoscimento e l'identificazione del soggetto tatuato.

Ad ogni modo, come è stato sottolineato⁽⁵⁰⁾, il disposto dell'art. 5 c.c. rileva soprattutto perché, per la prima volta, tende a risolvere i problemi relativi al corpo umano, tema sul quale si concentrano gli interessi dei giuristi accanto a quelli di medici e antropologi⁽⁵¹⁾.

L'interrogativo più ricorrente al riguardo è certamente il seguente: il corpo è un oggetto di proprietà? L'individuo è padrone della propria identità⁽⁵²⁾?

l'essere informati rappresentano una necessità strutturale»; S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 46; G. ALPA, *Storia, fonti, interpretazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, I, Milano, 2000, p. 452: «oggi la persona, nella società dell'informazione, è data dalle informazioni che la dipingono, dai dati che le si riferiscono».

⁽⁴⁹⁾ Cass. pen., 14 dicembre 2005, n. 45345, in *Ced Cassazione*.

⁽⁵⁰⁾ G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi*, cit., p. 243.

⁽⁵¹⁾ V. sull'argomento A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, p. 111 ss.

⁽⁵²⁾ Si consulti G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi*, cit., p. 17; sulla definizione del concetto di identità v. S. TUCCANI, *La carta d'identità tra tradizione e innovazione*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 124-125.

Il corpo è senza dubbio la personificazione dell'individuo e la pelle può essere intesa come un documento, un atto, un archivio, o magari come memoria di tutti gli interventi e le riparazioni effettuati su di essa⁽⁵³⁾.

Il concetto di identità, dal canto suo, potrebbe indicare tante cose insieme, infatti innanzitutto il termine significa 'definizione di sé da parte dell'individuo', ma anche 'definizione che di lui viene data da terzi' e, a tale proposito, rileva il modo in cui viene catalogata una determinata persona.

In pratica, l'identità rappresenterebbe una formula sintetica per contraddistinguere il soggetto, da un punto di vista globale, nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni.

D'altra parte, il diritto all'identità personale è stato riconosciuto dall'ordinamento quale bene essenziale e fondamentale della persona di vedere rispettato dai terzi il suo modo di essere nella realtà sociale, ossia di vedersi garantita la libertà di svolgere integralmente la propria personalità individuale nell'ambito della comunità.

In altri termini, il diritto all'identità personale non è altro che il diritto ad essere rappresentati per quello che si è, con i propri valori, le proprie idee, la propria storia⁽⁵⁴⁾.

Per questo il tatuaggio potrebbe configurarsi come un segno di riconoscimento, considerato che, come si è visto nel paragrafo precedente, i segni del corpo possono essere uno strumento di comunicazione, di persecuzione, di appartenenza a un credo religioso (come è avvenuto nel Trecento e Quattrocento), oppure un segno di proprietà, laddove sia ammessa la schiavitù⁽⁵⁵⁾.

Premesso quanto sopra, è all'evidenza che il tatuaggio, in quanto facente parte del corpo, sia anche parte integrante dell'immagine della persona. A tale proposito rileva l'art. 10 c.c., ove il diritto all'immagine è compreso nel breve "catalogo" del codice civile posto nella disciplina *Delle persone fisiche* ad apertura del codice stesso (artt. 5-10).

Si osserva come il diritto all'identità personale e il diritto all'immagine

⁽⁵³⁾ V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale*, cit., pp. 93-94.

⁽⁵⁴⁾ G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi*, cit., p. 227.

⁽⁵⁵⁾ V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale*, cit., p. 108.

siano assolutamente distinti, atteso che il primo non possa essere considerato come un aspetto del secondo. Infatti, mentre il diritto all'immagine tutela la posizione del singolo in ordine alla diffusione verso l'esterno del proprio ritratto e delle proprie sembianze e fattezze, il diritto all'identità personale tutela la proiezione sociale dell'interessato, intesa quale complesso di valori morali, politici, culturali e soprattutto la veritiera e corretta rappresentazione degli stessi.

Come è stato tuttavia rilevato⁽⁵⁶⁾, ciò che appare sicura è l'esigenza, avvertita in pressoché tutti i sistemi, di assicurare un'ampia protezione ai valori della persona, intesa ovviamente come entità fisica, ma anche ideale e morale.

Il Tribunale di Milano⁽⁵⁷⁾ (con sentenza interamente confermata dalla Corte d'Appello di Milano del 17 dicembre 2020, n. R.G. 4682/2018), in tempi piuttosto recenti, ha affrontato il tema della violazione del diritto all'immagine, definendo un contenzioso tra una nota modella e una società produttrice di *lingerie*, che, senza consenso, alla scadenza di un contratto di *testimonial* che li legava, modificava digitalmente gli scatti della campagna pubblicitaria, cancellando i tatuaggi che il personaggio aveva sul corpo.

In quell'occasione il Tribunale di Milano, accogliendo le ragioni della modella, asseriva che con il tatuaggio «la persona trasforma in maniera permanente il proprio corpo e così la percezione dell'immagine di sé che vuole esprimere verso il mondo esterno e la rielaborazione non autorizzata delle immagini con eliminazione dei segni distintivi della sua personalità è tale da svilire la persona».

La Corte d'Appello di Milano ha altresì affermato che «Le manipolazioni effettuate sulle fotografie di una soubrette (nello specifico, l'eliminazione del volto e la cancellazione dei tatuaggi di quest'ultima) abbiano concretato un utilizzo abusivo dell'immagine e del ritratto, nonché la violazione dei diritti della persona», anche se, «dall'esame delle foto in questione può affermarsi che, pur a fronte dei ritocchi e delle manipolazioni, la modella ritratta fosse

⁽⁵⁶⁾ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, 6^a ed., Milano, 2003, p. 140 ss.

⁽⁵⁷⁾ Tribunale di Milano, 6 giugno 2018, n. 6355, in *Dir. ind.*, 2019, p. 505, con nota di G. GATTI, *Il tatuaggio come elemento costitutivo dell'immagine della persona*.

perfettamente riconoscibile: il volto della *showgirl* è solo parzialmente tagliato, ma la parte inferiore dello stesso (ed in particolare la bocca) rimane completamente visibile, così come le braccia e le mani e, di conseguenza, la gestualità».

Nel caso di specie la modella, che aveva contestato la violazione delle norme sul diritto all'immagine e al ritratto, ai sensi dell'art. 10 c.c. e degli artt. 96 e 97, l. n. 633/1941(l.d.a.)⁽⁵⁸⁾, ha ottenuto anche tutela risarcitoria.

L'ultimo comma dell'art. 97 l.d.a. richiama il contenuto del già menzionato art. 10 c.c., secondo cui gli usi dell'immagine (ritratto) altrui non devono in alcun modo recare un pregiudizio all'onore, alla reputazione o anche al decoro della persona ritratta.

In realtà, l'occasione di riflettere sul diritto all'identità personale, così come sul concetto di immagine personale e sulle sue interpretazioni, avviene grazie alle fonti legislative nazionali in materia di privacy, nello specifico si segnala la legge 31 dicembre 1996, n. 675, c.d. legge sulla privacy⁽⁵⁹⁾, ampiamente novellata dal d.lgs. n. 467 del 28 dicembre 2001 e poi inglobata nel c.d. Codice della privacy, emanato con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196⁽⁶⁰⁾, come modificato dal d.lgs. n. 101/2018, in applicazione del Regolamento U.E. del 27 aprile 2016, n. 679.

Pertanto, soltanto verso la metà degli anni Novanta del secolo scorso, il diritto all'identità personale è stato espressamente inserito tra quelli tutelati dalla legge sulla protezione dei dati personali: sia nell'art. 1 della l. 675/1996, sia nell'art. 2 del d.lgs. 196/2003, infatti, tra le finalità dei provvedimenti normativi, rientra la tutela dell'identità personale. Il riferimento normativo, tuttavia, non contiene una definizione del diritto all'identità personale, il quale rimane pertanto un diritto di estrazione prettamente dottrinale e reso tutelabile dalla giurisprudenza⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ L. 22 aprile 1941, n. 633 «*Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*», in G.U., 16 luglio 1941, n. 166.

⁽⁵⁹⁾ Pubblicata in G.U., 8 gennaio 1997, n. 5.

⁽⁶⁰⁾ Pubblicata in G.U., 29 luglio 2003, n. 174.

⁽⁶¹⁾ Vedi G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, p. 511 ss. La prima apparizione della locuzione "diritto all'identità personale" si fa risalire all'opera di A. DE CUPIS, *Il diritto all'identità personale*, Milano, 1949. Affermatosi nella metà degli anni Settanta-

Già il Codice della privacy riconduceva implicitamente l'immagine personale al concetto di dato personale, prevedendo all'art. 4, lett. b) che tale fosse «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione» e, sebbene la citata disposizione sia stata abrogata con l'introduzione del d.lgs. n. 101/2018, la definizione di dato personale è stata di fatto mantenuta (ed estesa) nell'art. 4, punto 1 del Regolamento U.E. 679/2016: «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

Di conseguenza l'immagine personale può coincidere a tutti gli effetti con la definizione di “dato personale” e, per questo motivo, deve soggiacere alle regole dettate in materia di trattamento di dati personali.

Pertanto si concretizzerebbe l'eventualità che il tatuaggio possa essere considerato come un dato personale. D'altronde, se è personale qualunque

ta nelle decisioni delle diverse Preture, tale diritto è stato definitivamente riconosciuto da Cass., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, 1, c. 2211, che, ripudiando l'estensione analogica della protezione del nome, si è ricollegata invece all'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e per questo è idonea ad assicurare adeguata tutela ai nuovi valori emergenti della personalità. Il supremo collegio ritiene che «l'identità personale mira a garantire la fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità generale e particolare in cui tale personalità individuale è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e solidificandosi». Testualmente, la Suprema Corte ha statuito che «Ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale e particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale».

dato relativo a un soggetto identificato o identificabile, sarà necessaria la correlazione tra il tatuaggio e la persona, perché possa essere considerato come “dato personale” il segno esteriore che l’individuo decide di esporre sulla propria pelle in modo libero e consapevole per riconoscersi e per essere riconosciuto.

Al riguardo si segnala che la giurisprudenza ha ritenuto che, nel caso di violenza sessuale, la descrizione del tatuaggio dell’autore del reato, da parte della vittima, possa essere utilizzata come argomento di prova della responsabilità dello stupratore⁽⁶²⁾.

Con la premessa che non è questa la sede per l’approfondimento (data la complessità dell’argomento che meriterebbe uno studio a parte), è stata altresì ipotizzata l’applicabilità al tatuaggio della normativa sul diritto d’autore, con tutte le dovute difficoltà nel configurare la pelle tatuata come opera d’arte⁽⁶³⁾.

Per essere definito il tatuaggio come tale, dovrebbe innanzitutto trattarsi di un disegno creativo e originale, come sancito dagli artt. 1 e 2 della legge sul diritto d’autore.

Poi, qualora ne ricorressero i presupposti di originalità e creatività⁽⁶⁴⁾ e quindi il tatuaggio fosse configurato come opera d’arte, potrebbero sorgere dubbi in merito alla sovrapposizione tra i diritti che l’artista eventualmente si riserva contrattualmente e i diritti della persona tatuata. In siffatta situazione, il diritto del tatuato sulla propria immagine prevarrebbe o coesisterebbe con il diritto (d’autore) dell’esecutore materiale dell’opera?

Si pensi poi al caso in cui i diritti del tatuato e del tatuatore si incontrino (o scontrino) con quelli di un terzo soggetto, cioè dell’artista del disegno su carta, limitandosi vicendevolmente.

⁽⁶²⁾ Cass. pen., 28 aprile 2009, n. 17831, in *Ced Cassazione*.

⁽⁶³⁾ La convenzione di Berna 1886, modificata nel 1971 e ratificata in Italia con l. 20 giugno 1978, n. 399, in G.U., 2 agosto 1978, n. 214 definisce *opera artistica* «tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico [...] qualunque ne sia il modo o la forma di espressione» (art. 2.1).

⁽⁶⁴⁾ Sul concetto di creatività, come espressione della personalità dell’autore, si veda Cass., 29 maggio 2020, n. 10300, in *Ced Cassazione*.

Per non parlare delle difficoltà di sottoporre l'industria del tatuaggio alla disciplina della proprietà intellettuale nel caso di un'opera collettiva, realizzata per l'appunto da più tatuatori con una molteplicità di disegni concatenati tra loro in modo creativo e quindi a stento individuabili e decifrabili⁽⁶⁵⁾.

4. — *Tatuaggio e decoro in ambito militare.*

Un risalente principio – che si aggancia all'obbligo ordinamentale di “maggior decoro”⁽⁶⁶⁾ che deve serbare il personale in divisa – vuole che i tatuaggi su parti visibili del corpo del militare siano tendenzialmente causa di esclusione nei relativi concorsi.

L'art. 2, punto 3 del d.P.R. del 23 dicembre 1983, n. 904⁽⁶⁷⁾ (*Approvazione del regolamento sui requisiti psico-fisici e attitudinali di cui devono essere in possesso gli appartenenti ai ruoli della Polizia di Stato che espletano funzioni di polizia ed i candidati ai concorsi per l'accesso ai ruoli del personale della Polizia di Stato che espleta funzioni di polizia*) recita: «I tatuaggi sono motivo di non idoneità *soltanto* quando, per la loro sede o natura, siano deturpanti o per il loro contenuto siano indice di personalità abnorme».

⁽⁶⁵⁾ Cfr. M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 318; G. GATTI, *Il tatuaggio come elemento costitutivo dell'immagine della persona*, cit., p. 505.

⁽⁶⁶⁾ Si consulti A. VISCONTI, *Onore, reputazione e diritto penale*, cit., p. 316. Per una dettagliata esemplificazione dei diversi aspetti del decoro, si veda V. MANZINI, *Trattato di diritto penale. I delitti contro la persona*, vol. 8, Torino, 1951, p. 506 ss.: «Il decoro [...] è il senso della propria dignità personale, precisato e limitato dall'idea di ciò che, per la comune opinione, è socialmente esigibile da tutti». Secondo Manzini esiste un decoro minimo, comune a tutti per il solo fatto di essere uomini e un decoro superiore, derivante dalla diversa collocazione sociale dell'individuo. Pertanto il prestigio del pubblico ufficiale non sarebbe altro se non una particolare forma di decoro di chi esercita una funzione pubblica. La stessa Consulta ha riconosciuto il rango costituzionale del decoro, v. Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, pubbl. in G.U. n. 102 del 18 aprile 1973, in www.cortecostituzionale.it: «L'art. 2 e gli artt. 3, secondo comma e 13, primo comma, riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo».

⁽⁶⁷⁾ Pubblicato in G.U. 18 febbraio 1984, n. 49.

L'art. 2 del d.P.R. del 24 agosto 1991, n. 273⁽⁶⁸⁾ modifica il predetto articolo, apportando l'eliminazione dell'avverbio "soltanto" (evidenziato sopra in corsivo), poi il decreto del Ministero dell'Interno 30 giugno 2003, n. 198⁽⁶⁹⁾ (che con l'art. 8 abroga il d.P.R. n. 904/1983), ricomprende i tatuaggi tra le imperfezioni e le infermità ritenute causa di non idoneità per l'ammissione ai concorsi pubblici per l'accesso ai ruoli del personale della Polizia di Stato⁽⁷⁰⁾.

L'art. 19 della direttiva tecnica del Ministero della Difesa del 5 dicembre 2005⁽⁷¹⁾, riguardante l'accertamento delle imperfezioni e delle infermità che sono causa di non idoneità al servizio militare, pur non citando espressamente i tatuaggi, stabilisce che le alterazioni della cute fisiognomiche possono costituire causa di esclusione solo nel caso in cui siano 'rilevanti'.

Dal canto suo, lo Stato Maggiore dell'Esercito, con prot. n. 3039/010/1.6/17 del 26 luglio 2012⁽⁷²⁾ ha emanato la *Direttiva sulla regolamentazione dell'applicazione di tatuaggi da parte del personale militare dell'Esercito* che, al punto 1, lett. a), recita «l'aspetto esteriore degli appartenenti all'Esercito italiano richiede particolare cura non può essere trascurato ovvero snaturato da forme di evidenza estetica quali possono essere i tatuaggi o i *piercing*». Inoltre, come alla lett. b), considerato che gli appartenenti alle Forze Armate si trovano sempre più spesso ad agire all'estero, in contesti differenti da

⁽⁶⁸⁾ Pubblicato in G.U., 26 agosto 1991, n. 199.

⁽⁶⁹⁾ Pubblicato in G.U., 1° agosto 2003, n. 177.

⁽⁷⁰⁾ Vedi la tabella 1, allegata all'art. 3, 2° comma del d.m. 198/2003, al punto 2, lett. b), riguardante le imperfezioni e le infermità ritenute causa di non idoneità per l'ammissione ai concorsi pubblici per l'accesso ai ruoli del personale della Polizia di Stato. Già il d.P.R. del 27 febbraio 1991, n. 132 (in G.U., 22 aprile 1991, n. 94) all'art. 2, 1° comma, lett. c), tra le cause di non ammissione ai concorsi per l'accesso ai ruoli del personale del Corpo Forestale dello Stato, citava i tatuaggi, ricompresi tra altre patologie cutanee, come cicatrici o tumori cutanei: «i tatuaggi sono motivo di non idoneità quando per la loro sede o natura, siano deturpanti o per il loro contenuto siano indice di personalità abnorme». Stesso contenuto con uguale dicitura "personalità abnorme" viene riportata all'art. 123 *Cause di non idoneità*, 1° comma, lett. c) del d.lgs. 30 ottobre 1992, n. 443 (in G.U., 20 novembre 1992, n. 274) con riferimento ai concorsi riferiti al personale del Corpo di polizia penitenziaria.

⁽⁷¹⁾ *Direttiva tecnica per delineare il profilo sanitario dei soggetti giudicati idonei al servizio militare*, pubblicata in G.U., 27 dicembre 2005, n. 300.

⁽⁷²⁾ Si consulti *Infodifesa.it*.

quelli che caratterizzano le culture occidentali, «l'eventuale presenza di segni esteriori dell'individuo appartenente alla Forza militare potrebbe ingenerare un senso di diffidenza/discredito da parte di appartenenti ad altri paesi che per motivazioni religiose o culturali disapprovino la pratica dei tatuaggi».

La presente direttiva, oltre a riportare quanto già descritto in precedenza, in pratica vieta i tatuaggi in qualunque parte del corpo, se osceni, razzisti o in grado di arrecare discredito alle Istituzioni e alle Forze dell'Ordine.

In sintesi, stante la dichiarata antiestetività del tatuaggio, le restrizioni apportate dalla direttiva in argomento avrebbero ragione di essere essenzialmente per tre motivi: 1) prevenire situazioni che possano incidere sul decoro dell'uniforme e sull'immagine dell'Esercito; 2) contenere i riflessi negativi che il ricorso al tatuaggio può avere sulla capacità di assolvere determinati incarichi operativi; 3) evitare riflessi negativi sulla salute.

A proposito dell'aspetto sanitario, come abbiamo già avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, il Ministero della Salute è intervenuto costantemente sui rischi eventuali a cui potrebbe esporsi colui che si sottopone alla pratica tatuatoria; già un ventennio fa, ad es., il d.m. 3 marzo 2005 (*Protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue e di emocomponenti*)⁽⁷³⁾, nell'Allegato 4 (*Criteri di esclusione permanente e temporanea del candidato donatore ai fini della salute del ricevente*) indicava i tatuaggi o *body piercing* tra le cause di esposizione a rischio di contrarre un'infezione trasmissibile con il sangue⁽⁷⁴⁾.

Tornando al tema centrale del presente paragrafo, a proposito dei tatuaggi in ambito militare, negli ultimi tempi si assiste a un conflitto tra diversi orientamenti giurisprudenziali, ai fini tanto dell'arruolamento quanto della permanenza in servizio.

In realtà, soprattutto in passato, la presenza di tatuaggi era stata qualificata, in sede di visita medica, come alterazione permanente dell'epider-

⁽⁷³⁾ Pubblicato in G.U., 13 aprile 2005, n. 85.

⁽⁷⁴⁾ Già nel 1961 il tatuaggio era stato dichiarato del tutto illegale a New York, a seguito di un'epidemia di epatite e tale rimase fino al 1997: v. in proposito D.N. SILVERS, H. GELB, *Dermatopathology in Historical Perspective: The Prohibition of Tattooing in New York City*, in *The American Journal of Dermatopathology*, giugno 1991, vol. XIII, n. 3, pp. 307-309 (citato in M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 318).

mide, di carattere anche patologico con potenziali conseguenze nocive.

Al riguardo si cita, ad esempio, giurisprudenza⁽⁷⁵⁾ che, ritenendo che la presenza di un tatuaggio comportasse una grave alterazione della funzione fisiognomica, accertava la legittimità di un provvedimento di esclusione di un candidato a concorso nell'Arma.

Tale preoccupazione relativa all'alterazione patologica della cute è stata poi superata, in particolare dalla giurisprudenza più recente, che ha considerato il tatuaggio come una condotta disciplinarmente rilevante per il carabinieri, ma esclusivamente ove, per dimensioni e contenuto, rappresentasse una deturpazione della persona, nonché l'abnormità della personalità che può sottendere⁽⁷⁶⁾.

In realtà, sempre in ambito militare, soltanto quest'ultima ipotesi (cioè il caso in cui il tatuaggio sia indice di personalità abnorme) rileva come causa di esclusione dai concorsi⁽⁷⁷⁾.

In effetti la normativa non attribuisce rilievo disciplinare alla pratica del tatuaggio in sé, condotta che dunque appare intrinsecamente neutra⁽⁷⁸⁾, ma per l'abnormità della personalità che può sottendere, implicare o testimoniare.

Pertanto, oggetto di valutazione, in sede disciplinare, dovrebbe essere la personalità del militare, per quanto desumibile in ragione (ma non solo) del tatuaggio⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cons. Stato, 24 gennaio 2011, n. 504, in *Rep. Foro it.*, 2011, n. 5, voce *Carabinieri*, confermativo di Tar Lazio, n. 32768/2010.

⁽⁷⁶⁾ Cons. Stato, 2 maggio 2011, n. 1352, in *Rep. Foro it.*, 2011, n. 10. Alcune determinazioni piuttosto recenti del Consiglio di Stato hanno specificato che «Il tatuaggio sulla cute di un aspirante a pubblico impiego acquista rilevanza ai fini dell'esclusione soltanto nell'ambito degli ordinamenti militari o assimilati», circoscrivendo così l'ambito di rilevanza del tatuaggio nel contesto del pubblico impiego, specificandosi altresì che «tuttavia, è causa di esclusione solo quando questo, per estensione, gravità o sede, determini un'alterazione fisiognomica, per cui è necessaria l'adozione di un giudizio di non idoneità al servizio»: v., per tutti, Cons. di Stato, 1° settembre 2021, n. 6155, in *www.lalleggepertutti.it*.

⁽⁷⁷⁾ Cons. Stato, 17 gennaio 2023, n. 546; Cons. Stato, 13 aprile 2023, n. 3741, in *www.giustamm.it*.

⁽⁷⁸⁾ Cons. Stato, 24 febbraio 2011, n. 1200, in *www.giustamm.it*.

⁽⁷⁹⁾ La l. 5 agosto 2022, n. 119, pubblicata in G.U., 13 agosto 2022, n. 189, contiene

Ovviamente il giudizio richiederebbe un attento esame, perché da un lato la cultura del tatuaggio è sempre più radicata nei giovani che magari desiderano l'ingresso nelle Forze Armate, dall'altro, la normativa primaria si limita a imporre al militare un aspetto esteriore decoroso, tale da consentire il corretto uso dei capi di equipaggiamento previsti.

Al riguardo, si rileva che il decoro⁽⁸⁰⁾, peraltro oggetto, in passato, di tutela penale nell'art. 594 c.p.⁽⁸¹⁾, consiste in una manifestazione esteriore del proprio senso dell'onore attraverso comportamenti caratterizzanti, la cui lesione incide negativamente sul sentimento della propria dignità⁽⁸²⁾.

In altri termini, con il termine "decoro" viene definita per l'appunto la dignità fisica sociale dell'individuo che concerne le qualità estrinseche inerenti al corpo, alla psiche, alla condizione sociale e via di seguito⁽⁸³⁾.

Peraltro l'uniforme, da un punto di vista penale, viene tutelata dall'art. 498 c.p., titolato "usurpazione di titoli e onori", quando tale usurpazione sia esclusivamente esteriore e non comporti quindi anche la "usurpazione di pubbliche funzioni" (art. 347 c.p.).

Inoltre, secondo il disposto di cui all'art. 751, 1° comma del d.P.R. n.

disposizioni di revisione dello strumento militare nazionale attraverso specifici decreti. In particolare l'art. 9, lett. b) della legge riguarda l'«istituzione di fascicoli sanitari relativi agli accertamenti sanitari effettuati nell'ambito di una procedura concorsuale di qualsiasi Forza Armata, prevedendo che ad essi sia riconosciuta validità in riferimento a ulteriori procedure concorsuali della stessa o di altra Forza Armata, per un arco temporale prestabilito, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali e senza alcuna esplicita richiesta da parte dell'interessato» (in www.normattiva.it).

⁽⁸⁰⁾ Vedi *Dēcōrum*, i, n., convenienza, decoro, decenza (ciò che è ben fatto, che sta bene) Cic., in F. CALONGHI, *Dizionario Latino-Italiano*, Torino, 1972, p. 757. Sul concetto di "decoro" v. M. LIOTTA, v. *Onore (diritto all')*, in *Enc. dir.*, Varese, 1980, p. 204.

⁽⁸¹⁾ Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, recante *Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67*, (in G.U., 22 gennaio 2016, n. 17), all'art. 1 ha abrogato la disposizione contenuta nell'art. 594 c.p., volta a punire il comportamento lesivo del decoro e dell'onore della persona. Con l'abrogazione dell'articolo, è rimasto solamente l'illecito civile ed è stata eliminata la sanzione penale.

⁽⁸²⁾ Vedi V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione*, in www.leggiditalia.it.

⁽⁸³⁾ Cfr. M. VIARIO, v. *Onore (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, p. 940.

90 del 2010 (*Testo Unico delle disposizioni in materia di ordinamento militare - TUOM*)⁽⁸⁴⁾, nell'elenco dei comportamenti che possono essere puniti con la consegna di rigore, al punto 33, ritroviamo proprio «l'inosservanza ripetuta delle norme attinenti all'aspetto esteriore o al corretto uso dell'uniforme (artt. 720 e 721)»⁽⁸⁵⁾.

Potrebbe risultare interessante il caso piuttosto recente di un'aspirante commissario della Polizia di Stato (*ex art. 3, 2° comma, d.m. 198/2003*), giudicata inidonea dalla commissione medica del Ministero dell'interno per carenza dei requisiti psico-fisici, a causa di un tatuaggio in una zona del corpo non coperta dall'uniforme.

Il Tar Lazio accoglieva il ricorso presentato dalla suddetta (che asseriva che quello che veniva considerato come tatuaggio era un mero 'residuo cicatrizzionale'), rilevando che l'amministrazione ha l'obbligo di motivare in quale misura, nello specifico, la visibilità di un tatuaggio sia tale da determinare l'inidoneità al servizio in polizia e di valutare il caso anche alla luce della sottoposizione dello stesso al trattamento di rimozione già in atto anteriormente alla data della visita medica concorsuale.

D'altro canto il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso proposto dal Ministero dell'interno, con la motivazione che «non ha rilievo il fatto che il tatuaggio sia stato completamente rimosso in un momento successivo all'accertamento concorsuale, perché i requisiti di idoneità devono essere posseduti entro la data di partecipazione alla selezione concorsuale e devono essere verificabili nei tempi previsti dal bando, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti».

Il giudice amministrativo d'appello ha sottolineato che, nella fattispecie in esame, il tatuaggio non risultava coperto dall'uniforme e che, ai fini dell'art. 3, 2° comma del d.m. n. 198/2003, non assumeva rilievo la circostanza che

⁽⁸⁴⁾ Pubblicato in G.U., 18 giugno 2010, n. 140.

⁽⁸⁵⁾ L'art. 720 TUOM, rubricato *Uniforme*, al comma 4 recita: «Il militare deve avere cura particolare dell'uniforme e indossarla con decoro»; l'art. 721 TUOM (*Dignità e decoro del militare*) inoltre recita, al 1° comma: «L'aspetto esteriore del militare deve essere decoroso, come richiede la dignità della sua condizione e deve comunque essere tale da consentire il corretto uso dei capi di equipaggiamento previsti».

durante la visita medica non fossero state fatte indossare le calze, non assimilabili ai capi di abbigliamento, quali pantaloni o giacche, ai quali la disposizione si riferisce.

La ricorrente si rivolgeva al Consiglio di Stato per chiedere la revocazione della sentenza pronunciata per errore di fatto, determinato, a suo avviso, dalla mancata valutazione della non visibilità del tatuaggio e dal fatto che la decisione è stata motivata in astratto, sulla base di precedenti giurisprudenziali applicati in casi simili.

Con sentenza n. 3258 del 27 aprile 2022, il Consiglio di Stato, seconda sezione⁽⁸⁶⁾ dichiarava inammissibile il ricorso per revocazione, sul presupposto che la visibilità dei residui di tatuaggio aveva costituito il punto controverso e centrale della sentenza d'appello e, di conseguenza, sia la documentazione fotografica che il verbale della commissione medica del Ministero erano stati oggetto di valutazione.

L'aspirante commissario si rivolgeva, per questioni inerenti alla giurisdizione, alla Corte di Cassazione, che, con ordinanza delle Sezioni Unite n. 8676 del 27 marzo 2023⁽⁸⁷⁾, dichiarava inammissibile il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 3258/2022, che si era pronunciato in sede di revocazione, operando di fatto uno sconfinamento nel potere della pubblica amministrazione; infatti il giudice amministrativo, nell'individuare quali capi di abbigliamento concorrono a formare la divisa, avrebbe invaso la sfera della discrezionalità amministrativa.

Pertanto, la Suprema Corte ha confermato l'esclusione della giovane aspirante poliziotta (per la presenza di un tatuaggio precedentemente sottoposto a un processo di rimozione) con una precisazione al punto 19. (a mio modo di vedere) degna di nota: «Il collegio delle sezioni unite è consapevole del fatto che le disposizioni limitative in materia di tatuaggi coinvolgono il tema delle libertà costituzionali, in particolare della libertà di espressione, e che, proprio per questo, il giudice deve evitare, nel momento interpretativo, letture restrittive della normativa regolamentare che si risolvano in un esito

⁽⁸⁶⁾ Consultabile in *www.giustamm.it*.

⁽⁸⁷⁾ Consultabile in *Ced Cassazione*.

discriminatorio per le donne che intendono accedere in Polizia di Stato, tenuto conto della diversa uniforme femminile che, in alcuni casi, non copre in modo identico ai pantaloni».

Così al punto 12 dell'ordinanza in esame: «La ricorrente si duole che la questione non si sarebbe neppure posta per un candidato di sesso maschile, stante la prescrizione per il solo personale femminile di indossare, per le occasioni di gala, l'uniforme "ordinaria" che pone problemi di visibilità del tatuaggio, costituita da gonna con calze e décolleté».

L'ordinanza n. 8676 del 27 marzo 2023 delle Sezioni Unite risulta particolarmente interessante, in quanto le stesse, pur non entrando nel merito della vicenda dell'aspirante commissario di polizia, si dichiarano consapevoli del fatto che le disposizioni limitative in materia di tatuaggi investono il tema delle libertà e dei diritti costituzionali, in particolare della libertà di espressione e del divieto di discriminazione. Nel caso di specie, infatti, la Suprema Corte prende atto che, in fatto di regolamentazione delle uniformi, le donne che intendono accedere alla polizia di Stato si trovino in una situazione sfavorevole, tenuto conto che la divisa femminile prevista per le occasioni di gala consente, diversamente dall'uniforme maschile, la visibilità del tatuaggio che per la ricorrente è stata causa di esclusione dal concorso.

In realtà l'esercizio della libera manifestazione di pensiero, garantito peraltro dall'art. 21 Cost., deve necessariamente temperarsi con gli altri aspetti nei quali si estrinseca la personalità.

Pertanto, rimanendo in ambito militare, si giustificerebbe il bilanciamento tra diversi interessi, quali il diritto all'identità personale, il decoro, il prestigio che, pur non essendo previsti espressamente dalla Costituzione, rientrerebbero a pieno titolo tra le espressioni della personalità riconosciute inviolabili dall'art. 2 Cost.⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ La stessa Consulta, già da oltre mezzo secolo, ha riconosciuto il rango costituzionale del decoro, v. Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, pubbl. in G.U., 18 aprile 1973, n. 102, in *www.cortecostituzionale.it*: «L'art. 2 e gli artt. 3, secondo comma e 13, primo comma, riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

È appena il caso di affermare che allo stato attuale l'ambiente militare non sia l'unico ad avere un atteggiamento negativo nei riguardi del tatuaggio, sempre perché ritenuto contrario al decoro della persona. A tale proposito, ad esempio, il Regolamento⁽⁸⁹⁾ del personale della Fabbrica di S. Pietro in Vaticano⁽⁹⁰⁾ all'art. 9, nella Sez. II (*Doveri generali e divieti*) contiene il divieto dei tatuaggi per i dipendenti e dirigenti laici, ma anche per i Sampietrini, operai specializzati e artigiani che si occupano, a vario titolo, della manutenzione della Basilica Vaticana. Per l'esattezza l'art. 9 (*Decoro*), al punto 1 recita: «Il Personale di ruolo è tenuto ad avere cura del proprio aspetto esteriore in conformità alle esigenze e alle consuetudini dell'ambiente di lavoro. Nel rispetto del decoro e degli ambienti di lavoro sono banditi tatuaggi a vista della pelle ed elementi di *body piercings*»⁽⁹¹⁾.

In definitiva anche tale Regolamento è un richiamo al decoro, alla diligenza e alla responsabilità.

5. — *Considerazioni conclusive.*

È risaputo che quando, nel 1974, il primo tatuatore in Italia chiese al Comune di Milano il permesso di aprire la propria attività, gli risposero che la professione non era negli elenchi⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁹⁾ Pubblicato il 29 giugno 2024.

⁽⁹⁰⁾ La Fabbrica di S. Pietro in Vaticano è un ente creato per la gestione dell'insieme delle opere necessarie per la realizzazione edile e artistica della Basilica di S. Pietro in Vaticano.

⁽⁹¹⁾ Vedi F. GIAN SOLDATI, *Ai dipendenti del Vaticano vietati tatuaggi e convivenze*, ne *Il Messaggero*, 30 giugno 2024, p. 13.

⁽⁹²⁾ Si consulti M. CARNIELETTO, *Nel tempio del tatuaggio milanese di Gianmaurizio Fercioni*, in *www.ilgiornale.it*, 22 gennaio 2023; Cass. pen., 21 maggio 1996, in *Riv. pen.* 1996, p. 972, ha precisato che «l'attività di tatuaggio consistente nell'introdurre pigmenti all'interno del derma mediante aghi elettrici, non persegue finalità terapeutiche, ossia di diagnosi, profilassi e cura di eventi morbosi, bensì solo estetiche e decorative. Conseguentemente, essa non rientra nell'ambito della professione sanitaria e delle relative arti ausiliarie, per le quali si richiede la speciale abilitazione dello Stato».

Dieci anni dopo, nel 1984, a proposito del tatuaggio, la rivista londinese *City Life* ricorda ai suoi lettori che «lo fanno tutti i tipi di persone: professori, casalinghe, *skinhead*, architetti, pop star e marinai; vecchi e giovani, tutte le classi e tutti i sessi» e li redarguisce perché «se la parola “tatuaggio” vi fa pensare a 1) militari 2) fenomeni da baraccone vittoriani 3) sordida pornografia 4) Oriente esotico o 5) epatite, allora siete antiquati»⁽⁹³⁾.

Alla fine del Novecento, nonché agli inizi del nuovo millennio, il tatuaggio ha continuato a espandersi, come se stesse procedendo verso l'accettazione culturale di massa.

In realtà la percezione di tale pratica si è trasformata a tal punto, che si è costituita una vera e propria industria del tatuaggio, dove lo stesso è divenuto un elemento di punta della moderna cultura consumistica. Si potrebbe affermare che il medesimo sia da un lato parte della moda, dall'altro espressione di spinte individualistiche maturate a seguito degli intervenuti cambiamenti sociali e culturali.

Ad ogni modo tale è la diffusione del tatuaggio, che l'ISTAT (Istituto Nazionale di Statistica) nel 2016 lo fa entrare nel paniere, tra le novità per misurare l'inflazione, unitamente ad altri beni di consumo: «le bevande vegetali, il pantalone corto uomo, i *leggings* bambina, la lampadina LED, i panni cattura polvere, i servizi integrati di telecomunicazione (televisione, Internet e voce), l'alloggio universitario, il tatuaggio»⁽⁹⁴⁾.

Quanto sopra esposto rispecchia pienamente i cambiamenti registrati nelle abitudini dei comportamenti di spesa dei consumatori.

Tuttavia, è appena il caso di affermare che, anche se in Europa la gente ordinaria si tatuava fin dal Seicento o anche prima, spesso non si trattasse di una pratica visibile al pubblico, anche perché si era diffusa l'idea che i tatuaggi erano, nella grande maggioranza dei casi, segni identificativi di criminali, disertori o comunque di gente di malaffare⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ V. *True Story of Lucian Freud Tattoo*, in *The Mail on Sunday*, 24 luglio 2022, pp. 14-15 (citato in M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 325).

⁽⁹⁴⁾ ISTAT, *Le novità del 2016 per misurare l'inflazione*, in www.istat.it.

⁽⁹⁵⁾ Si consulti sull'argomento M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 127.

Tra l'altro, sarebbe praticamente impossibile ricostruirne una storia univoca, considerato che i canoni estetici non appartengono a categorie naturali, ma sono prodotti della società soggetta a cambiamenti a seconda dei luoghi, dei tempi e della moda.

Nella cultura odierna, proprio perché dominata dall'immagine⁽⁹⁶⁾, la funzione della pelle è sempre meno quella (pur indispensabile) di coprire e avvolgere il corpo e viene invece sempre più esaltato il significato comunicativo della superficie cutanea, che diviene un linguaggio immediato ed empatico votato a creare approvazione o avversione a seconda dei casi.

A proposito del tatuaggio giudicato in modo negativo nella disciplina riguardante i requisiti di accesso ai concorsi in ambito militare, sono dell'avviso che anche questo aspetto rientri oggi più che mai nella cultura dominata dall'immagine, nel caso specifico, l'immagine del militare che indossando una divisa, è tenuto a una reputazione irrepreensibile, *ex art.* 54 Cost.

Con tale affermazione non ci si riferisce a una disciplina contenuta nei codici, ma nei comportamenti, come se non esistesse la via del buonsenso o, nel caso specifico, del senso del dovere, che richiede credibilità a chi è chiamato a svolgere funzioni pubbliche. Un aspetto curato, peraltro privo di segni di alcun tipo sulla pelle, potrebbe solo consolidare un'immagine corretta del militare, nel proprio ruolo e quando riveste una carica, aumentandone la capacità e la forza di penetrazione della visibilità.

Dal contenuto delle pagine precedenti emerge doverosa una riflessione sul fenomeno "tatuaggio", che per qualcuno⁽⁹⁷⁾ non sarebbe neanche un fenomeno, ma piuttosto un mezzo che, nelle epoche e tra i popoli, ha assunto connotazioni e valori molto diversi. In particolare, considerati anche i rischi per la salute potenzialmente collegati all'applicazione del tatuaggio, non si comprende perché quest'ultimo abbia da sempre suscitato tanto fascino negli esseri umani.

Forse, la spiegazione risiede nel fatto che il desiderio di alterare e modifi-

⁽⁹⁶⁾ Cfr. F. VERCELLONE, *Filosofia del tatuaggio*, cit., p. 89.

⁽⁹⁷⁾ Si veda M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 18.

care il corpo è innato in ogni cultura umana di cui si abbia testimonianza⁽⁹⁸⁾, soprattutto in quella odierna, che ha al centro l'identità, il modo di essere delle persone.

Nello specifico vi è chi⁽⁹⁹⁾ sostiene che con il tatuaggio l'identità vive sulla pelle che, come tale, rappresenterebbe la memoria di tutti gli interventi e le riparazioni effettuati su di essa⁽¹⁰⁰⁾.

In altri termini, la pelle non sarebbe altro che la superficie di una persona descritta una volta per tutte, sulla quale tutto è in mostra, distinguibile a prima vista.

Risulta comunque difficile affermare se il tatuaggio con il suo simbolo esalti o meno l'identità di chi volontariamente lo ha impresso sulla propria pelle, tuttavia, per certo, chi si tatua intende proporre il suo modo di essere, magari per valorizzare il suo spazio privato, anche a costo di dispiacere al mondo che lo circonda.

Al riguardo, a noi non resta che richiamare il pensiero di un noto giurista⁽¹⁰¹⁾: «In fin dei conti l'identità non è né una fotografia, né un punto di arrivo: l'identità è uno strumento che di volta in volta può assolvere ad una funzione liberatoria o persecutoria. E il livello di civiltà di una società è dato dalla misura con cui è in grado di assicurare a ciascuno il *diritto di essere sé stessi*».

⁽⁹⁸⁾ Si veda M. LODDER, *Corpi dipinti*, cit., p. 39; si consulti sull'argomento F. MANGIAPANNE, G. MARRONE, *Culture del tatuaggio*, in *Archivio antropologico mediterraneo*, 2019, n. 21.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. F. VERCELLONE, *Filosofia del tatuaggio*, cit., p. 28.

⁽¹⁰⁰⁾ V. GROEBNER, *Storia dell'identità personale*, cit., p. 93.

⁽¹⁰¹⁾ G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi*, cit., p. 298.

ANDREA SASSI^(*)

IL TESTAMENTO TRA PRESCRIZIONI FORMALI E FUNZIONE PROBATORIA

ABSTRACT: The essay analyzes the function of the form of the will in relation to the testator's thinking and reasons for the disposition. The same applies to questions of procedure concerning proof that a document is true or false: in particular, the recent ruling of the Italian Court of Cassation disapplying the procedural rules on the acquisition of documentary evidence is analysed.

SOMMARIO: 1. Inquadramento sistematico. – 2. Autenticità del documento e regole processuali. – 3. Falsità del testamento e posizione delle parti. – 4. Strumenti di contestazione e procedimento arbitrale. – 5. Oralità e conferma.

1. — *Inquadramento sistematico.*

La redazione del testamento è in tutti i sistemi giuridici da sempre regolata da particolari prescrizioni formali, che sono via via mutate nel corso del tempo ma che hanno continuativamente caratterizzato un'esigenza avvertita nelle diverse culture. Questo formalismo è stato giustificato con il riferimento all'importanza attribuita nei vari ordinamenti alla dichiarazione di volontà diretta a regolare gli interessi dopo la morte del *de cuius*. A ciò si aggiunga che nei sistemi di *civil law*, in cui l'elemento causale è fondamentale per la validità (e quindi l'efficacia) dell'atto di autonomia, il requisito formale è stato visto come supporto a una causa "debole", rappresentata essenzialmente dal motivo che induce il disponente a compiere l'attribuzione verso il beneficiario, motivo rivelatore della c.d. "intenzione del testatore", che rappresenta l'essenza stessa del negozio testamentario⁽¹⁾.

^(*) Università degli Studi di Perugia, *Scientific Coordinator*.

⁽¹⁾ V. almeno E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, 2^a ed., Torino, 1950, p. 335 ss.; e, con una visione più moderna e attuale, A. PALAZZO, *Le successioni*,

Tuttavia, la redazione del testamento, sin dall'epoca romana, non è sempre caratterizzata da un procedimento solenne: infatti, delle tipiche forme espressamente e tassativamente indicate negli artt. 601 ss. c.c., solo il testamento per atto di notaio è soggetto a detto procedimento⁽²⁾; viceversa, il testamento olografo può essere definito come una *scrittura privata a forma rafforzata*: non basta l'autografia della sottoscrizione, ma occorre anche quella del contenuto e della datazione⁽³⁾. Pertanto, la forma testamentaria è utile non solo a richiamare l'autore sull'importanza dell'atto, ma anche e soprattutto ad assicurare la sicura provenienza dello stesso, vale a dire la redazione da parte del *de cuius*⁽⁴⁾.

Il richiamo all'importanza dell'atto, unito a quello della debolezza dell'elemento causale, è argomento ricorrente nella dottrina classica che studia le forme dell'atto di liberalità, sia esso *inter vivos* o *mortis causa*.

In particolare, si è affermato che la forma costituisce un mezzo per tutelare gli eredi legittimi contro la dispersione dei beni familiari agli estranei⁽⁵⁾. La tesi si fonda sull'esegesi dell'art. 590 c.c., giacché la facoltà di conferma degli eredi legittimi dimostra che i presidi posti dall'ordinamento a tutela dei

in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 631 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 128 ss.

⁽²⁾ Cfr. E. BETTI, *Diritto Romano. Parte generale*, I, Padova, 1935, p. 215; S. RICCOBONO, *L'importanza ed il decadimento delle forme solenni nel mondo romano*, in *Miscellanea Vermeersh*, Roma, 1935, p. 15 ss.

⁽³⁾ A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 137 ss.

⁽⁴⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1986, p. 3. In applicazione del principio, la giurisprudenza ha correttamente ritenuto la nullità di un testamento inciso mediante una punta acuminata sulla piastrina metallica di un collare per cani con lettere segnate in stampatello inidonee ad essere riferite a persona determinata: Trib. Mistretta, 27 ottobre 2009, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1513, con nota di M.P. CALOGERO, *Bizzarre modalità di confezione del testamento olografo*, che, in accoglimento della domanda, osserva che autografia e sottoscrizione sono elementi necessari richiesti a pena di nullità dell'atto (art. 606 c.c.), intendendosi garantire l'integrale autenticità delle disposizioni testamentarie, evitando al contempo ogni possibile alterazione che comprometta anche solo in parte la sicura riferibilità del testo al defunto: il formalismo testamentario è ispirato ad una finalità (non meramente estrinseca, ma) sostanziale di tutela della volontà del *de cuius*, che si riflette nella sanzione di nullità del negozio.

⁽⁵⁾ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 68; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 68.

loro interessi non c'è ragione che resistano laddove i soggetti tutelati consentano scientemente che la disposizione viziata sia eseguita.

Altro orientamento coniuga lo scopo di una più meditata formulazione della volontà con quella della precostituzione della prova di questa volontà⁽⁶⁾. Tuttavia, il difetto di forma non incide soltanto sulla funzione probatoria del documento, ma è richiesta ai fini della validità dello stesso. Inoltre, la forma scritta non è in sé decisiva per l'operare delle devoluzioni, vista anche la possibilità di confermare un testamento nuncupativo⁽⁷⁾.

Entrambe le impostazioni, a prescindere dalla loro condivisione, presentano fievolezze di argomentazione, fondandosi su aspetti marginali del diritto successorio e, come tali, risultano inidonee a fornire una spiegazione conclusiva.

La resistenza nel tempo della forma testamentaria dev'essere quindi ricercata in altri principi e, più precisamente, nella funzione del testamento e in quella, conseguente, della sua forma.

L'argomento della debolezza del requisito causale è stato di recente superato dalla dottrina più autorevole con la considerazione che la causa liberale può essere realizzata anche indirettamente, cioè attraverso strumenti negoziali che prevedono forme non solenni⁽⁸⁾. Sviluppando detti concetti, va ulteriormente sottolineato che la forma, lungi da poter essere considerata come elemento adiuvante di una causa "debole", trova viceversa fondamento e spiegazione proprio nel profilo funzionale dell'atto.

⁽⁶⁾ M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, p. 132; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 6^a ed., Napoli, 1959, p. 242 ss.

⁽⁷⁾ Su cui *infra*, § 5.

⁽⁸⁾ V. almeno A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 111 ss. D'altra parte, esistono atti che possono produrre conseguenze assai gravi sul piano delle relazioni giuridiche intersoggettive e che si perfezionano anche al di fuori della forma scritta. Sono atti che espongono il patrimonio del contraente a conseguenze non paragonabili alla redazione dell'olografo, e per di più possono essere prestati senza corrispettivo. Si pensi, infatti, alle stipulazioni di fideiussione, per la cui validità occorre soltanto che la volontà del fideiussore sia espressa (art. 1937 c.c.): sui problemi connessi v. A. SASSI, *Contratti di garanzia*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Tratt. dir. contratti Rescigno-Gabrielli*, 10, Torino, 2008, p. 478 ss., spec. p. 491 ss.

In sostanza, nel testamento la forma è strumentale alla causa: in esso è sì rilevante la riferibilità della dichiarazione, ma lo è ancor di più quella del suo contenuto, che rappresenta il pensiero del testatore e, quindi, il motivo che sorregge l'attribuzione. È quindi il requisito formale che consente una piena emersione del motivo attraverso la sicura riferibilità dello stesso al pensiero e alla volontà del testatore.

Così, nel testamento pubblico è il notaio che attesta la provenienza e la genuinità della dichiarazione; nell'olografo sono la sottoscrizione e l'olografia a svolgere detta funzione; e anche nel segreto, a prescindere dalla sua marginalità, il legislatore avverte chiaramente la richiamata esigenza, come dimostra l'impianto degli artt. 604 e 605 c.c.: se il testamento è autografo basta la sottoscrizione alla fine, diversamente le formalità aumentano essendo necessaria la sottoscrizione «anche in ciascun mezzo foglio, unito o separato»; il documento dev'essere consegnato «personalmente» dal testatore a conferma della riferibilità del suo contenuto; in ogni caso è necessario che il disponente sappia e possa leggere per poterne controllare il contenuto stesso.

In definitiva, ciò che giustifica l'attribuzione è il motivo determinante della disposizione (cfr. art. 626 c.c.), espressione del pensiero del testatore, e la forma è soltanto lo strumento idoneo a rivelarlo e a riferirlo con sicurezza al testatore stesso. Conseguenza che all'alternatività delle forme testamentarie, non solo si accompagna l'alternatività di strumenti negoziali idonei con forme diverse e anche non solenni alla determinazione di effetti *post mortem*, ma la prevalenza del negozio testamentario sul documento che lo contiene è ormai un dato acquisito dalla scienza civilistica e dall'interpretazione giurisprudenziale⁽⁹⁾.

Ciò posto, passiamo all'analisi delle ipotesi invalidanti.

Occorre preliminarmente sottolineare che l'impianto previsto dall'art. 606 c.c. costituisce, nel sistema del diritto privato, un'eccezione al canone della nullità virtuale, giacché sono espressamente previste le ipotesi di nullità e genericamente indicate le violazioni che comportano la annullabilità. La

⁽⁹⁾ Così A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 863 s.

regola è inversa a quella prevista in materia di contratto, laddove la annullabilità è tipica e deve quindi essere prevista espressamente dalla legge, mentre la nullità è virtuale, vale a dire deriva da una norma di carattere generale (cfr. art. 1418, 1° comma, c.c.).

Le nullità formali dei testamenti ordinari sono previste dal 1° comma dell'art. 606 c.c. e, pertanto, la scheda è nulla quando manca: *a)* nel testamento olografo l'autografia o la sottoscrizione; *b)* nel testamento per atto di notaio la redazione per iscritto, da parte del notaio, delle dichiarazioni del testatore o la sottoscrizione dell'uno o dell'altro. Le nullità formali dei testamenti speciali sono indicate dal 1° comma del successivo art. 619, vale a dire quando manca la redazione in iscritto della dichiarazione del testatore ovvero la sottoscrizione della persona autorizzata a riceverla o del testatore.

La legge notarile prevede, inoltre, sanzioni connesse a vizi formali, che non sempre collimano con quelle previste dal codice civile. In caso di contrasto, si applicheranno le disposizioni codicistiche, come emerge, tra l'altro, dal tenore dell'art. 60, l. notarile. Così, l'indicazione dei casi tassativi di nullità di cui all'art. 606, 1° comma, c.c. esclude l'applicabilità delle ulteriori ipotesi che derivano dall'art. 58, l. notarile. Inoltre, relativamente al testamento pubblico e segreto la sanzione della nullità di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'art. 58, l. notarile è degradata ad annullabilità per la prevalenza del secondo comma dell'art. 606 c.c.

La nullità, da qualunque ipotesi dipenda, conserva i caratteri dell'imprescrittibilità, assolutezza e rilevanza d'ufficio.

A tutti gli altri difetti formali è associata la sanzione dell'annullabilità. In particolare, con riferimento al testamento olografo, la sanzione dell'annullabilità riguarda, in concreto, la data. Infatti, la mancanza o la insufficienza di essa comportano la semplice annullabilità della scheda; lo stesso deve dirsi nell'ipotesi di mancanza di autografia della data, laddove la sanzione non può essere più rigorosa di quella prevista per la mancanza di data⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ A. CICU, *Il testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, p. 81; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3ª ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, p. 861; *contra*, G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, in *Comm. teorico-pratico cod. civ. de Martino*, Roma, 1973, p. 161.

L'annullabilità del testamento pubblico riguarda: *a)* la mancanza dell'oralità della dichiarazione o la dichiarazione resa senza l'assistenza dei testimoni; *b)* la mancanza delle menzioni relative alla dichiarazione, alla sua riduzione per iscritto e alla lettura; *c)* la mancanza o la inidoneità dei testimoni o dei fidefacienti; *d)* la mancanza della data o dell'ora della sottoscrizione, del Comune o del luogo dove l'atto è ricevuto; *e)* la mancanza della sottoscrizione degli altri partecipanti; *f)* l'omessa lettura alla presenza dei testi; *g)* la mancanza della menzione delle formalità; *h)* la violazione degli artt. 54, 55, 56 e 57, l. notarile⁽¹¹⁾.

L'annullabilità del testamento segreto riguarda non solo le cause previste per il testamento pubblico e con il primo compatibili, ma anche: *a)* la mancanza della dichiarazione del testatore; *b)* la mancanza dei sigilli sulla carta in cui sono stese le disposizioni o su quella che serve da involto e la mancanza della menzione sulla carta, in cui dal testatore è involto il testamento o su un ulteriore involto predisposto dal notaio e da lui debitamente sigillato, dell'espletamento delle predette formalità⁽¹²⁾.

L'azione di annullamento può essere proposta da chiunque vi abbia interesse (art. 606, 2° comma, c.c.). Si tratta pertanto di una ipotesi di annullabilità assoluta che vale a distinguere ulteriormente la materia testamentaria da quella contrattuale (cfr. art. 1441, 1° comma e 1421 c.c.), unitamente al rilievo dell'annullabilità della donazione per errore sul motivo *ex* art. 787 ss. c.c.⁽¹³⁾. Parte della dottrina ritiene che la legittimazione a promuovere l'azione deve essere connessa all'esercizio di un diritto che sorgerebbe per effetto dell'esperimento positivo dell'azione⁽¹⁴⁾.

L'azione di annullamento, nonché, per alcuni, la relativa eccezione, si prescrivono nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie (art. 606, 2° comma, ultima parte, c.c.).

⁽¹¹⁾ Così G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 862.

⁽¹²⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, loc. cit.

⁽¹³⁾ Su cui A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, p. 72 ss.

⁽¹⁴⁾ A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 100; *contra*, C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, 2ª ed., Milano, rist. 1964, p. 213.

Posto che il termine prescrizione decorre anche in caso di esecuzione parziale delle disposizioni testamentarie, il comportamento esecutivo «deve consistere in un'attività che denunci inequivocabilmente la volontà di adempiere alle disposizioni del testamento. Non sarà pertanto atto di esecuzione provvedere alla pubblicazione del testamento o pagare l'imposta di successione; sarà, invece, atto di esecuzione immettersi nel possesso dei beni ereditari, corrispondere il legato, riscuotere un credito ereditario o pagare un debito del *de cuius*»⁽¹⁵⁾.

Il giudizio di nullità e quello di annullamento per vizi formali coinvolgono l'intero testamento e pertanto devono svolgersi in confronto di tutti gli interessati (c.d. litisconsorzio necessario: art. 102 c.p.c.)⁽¹⁶⁾.

2. — *Autenticità del documento e regole processuali.*

La centralità delle forme testamentarie è ben presente nella giurisprudenza della nostra Cassazione anche in tema di verità del documento testamentario e di formazione della prova, e fondamentale si esplica in due direzioni: *a)* l'applicabilità alla fattispecie delle regole sui vizi formali dell'atto di cui all'art. 606 c.c.; *b)* la necessità della querela di falso per contestare l'autenticità del testamento pubblico, mentre per l'olografo, secondo la più recente giurisprudenza di Cassazione, è sufficiente la proposizione di una domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 162; Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, in *leggiditalia*.

⁽¹⁶⁾ Oltre alla risalente App. Bari, 20 giugno 1941, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Testamento*, n. 39, v., più di recente, ancora Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, cit.; Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, cit., sul presupposto che l'impugnazione del testamento determina, in ogni caso, litisconsorzio necessario anche nei confronti di tutti gli eredi legittimi, in considerazione dell'unità del rapporto dedotto in giudizio e delle conseguenze della pronuncia che, in caso di accoglimento della domanda, comporterebbe l'applicazione della successione legittima; conf. Cass., 27 marzo 2019, n. 8575, in *leggiditalia*.

⁽¹⁷⁾ V. almeno Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 968, con nota di G. FINOCCHIARO, *Sul regime giuridico delle scritture provenienti da terzi*; Cass., 24 maggio

A questa soluzione concernente la contestazione dell'olografo, la Cassazione è giunta di recente richiamando un orientamento risalente, poi superato, per nulla condivisibile, in quanto applica a un procedimento concernente la mera acquisizione della prova le regole che riguardano l'accertamento delle situazioni giuridiche soggettive⁽¹⁸⁾.

Preliminarmente, va osservato che, secondo l'orientamento della giurisprudenza il testamento olografo costituisce sempre un documento proveniente da un terzo estraneo alla lite. E si ritiene che le scritture private provenienti da terzi costituiscano prove atipiche il cui valore è meramente indiziario, con la conseguenza che esse possono, da un lato essere liberamente contestate dalle parti, non applicandosi alle stesse né la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 c.c., né quella processuale di cui all'art. 214 c.p.c., e, dall'altro, contribuire a formare il convincimento del giudice unitamente agli altri dati probatori acquisiti al processo⁽¹⁹⁾.

Tuttavia, ci sembra che la fattispecie in esame presenta caratteri peculiari. È vero, infatti, che il testamento olografo proviene materialmente da un soggetto che non può mai assumere la qualità di "parte" in senso processuale o sostanziale, acquistando efficacia soltanto con la morte del suo autore, ma è pur vero che la posizione di "parte" del destinatario dell'attribuzione deriva unicamente dalla devoluzione ereditaria.

Di conseguenza, non è corretto considerare l'olografo alla stregua di una

2012, n. 8272, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 1100, con nota di M. SESTA, *Per impugnare il testamento olografo occorre la querela di falso*; per l'orientamento recente in tema di testamento olografo, Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, in *Giur. it.*, 2015, p. 2364, con nota di M. RUSSO, *Sull'azione di accertamento negativo dell'autenticità del testamento olografo*; in *Notariato*, 2015, p. 603, con nota di F. TRONCONE, *Testamento olografo: azione di accertamento negativo della provenienza della scrittura*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 198, con nota di M. SESTA, *Onere della prova e procedimento di impugnazione di testamento olografo: la terza via delle Sezioni Unite*; seguita poi da Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, e, da ultimo, da Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, tutte in *leggiditalia*; per la giurisprudenza di merito, App. Napoli, 7 luglio 2022, e Trib. Torino, 11 maggio 2022, entrambe *ivi*.

⁽¹⁸⁾ Cass., 15 giugno 1951, n. 1545, in *Foro it.*, 1951, I, c. 855.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., 24 maggio 2012, n. 8272, cit., sviluppando il *dictum* di Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.

qualsiasi scrittura proveniente da un terzo (come giustamente ricordato dalle Sezioni unite⁽²⁰⁾), ma, sul piano probatorio, esso non può nemmeno equipararsi ad un testamento pubblico, poiché mancante dei requisiti idonei ad attribuirgli pubblica fede⁽²¹⁾. Siamo di fronte pur sempre ad una scrittura privata, sebbene dotata di particolare rilevanza, da essa derivando il diritto controverso e, quindi, la relativa posizione processuale dei successori.

Questo aspetto qualifica a nostro avviso la fattispecie e consente un suo più corretto inquadramento.

La materia in esame non costituisce l'unica deroga nel sistema. Infatti, vi sono casi in cui il documento, pur non provenendo (in tutto o in parte) da

⁽²⁰⁾ Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.

⁽²¹⁾ Tanto più che la giurisprudenza esclude il ricorso alla querela di falso anche relativamente al testamento segreto: v. A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 356 ss. Del resto, questi concetti sono ben presenti nella dottrina processualciviltistica sin dall'inizio del Novecento: v. almeno L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1910, p. 415 s., secondo cui tra i casi di giudizio per verifica di scrittura rientra «quello di accertamento od impugnazione dell'autografia d'un testamento olografo, del quale non si può, secondo il parere prevalente e corretto, disconoscere il carattere di scrittura privata, anche dopo il deposito presso il notaio e la regolare pubblicazione». Per la giurisprudenza della S.C. (anche da ultimo e successivamente al *dictum* di Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.), cfr. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, in *leggiditalia*, che, in maniera più avveduta, afferma: «la querela di falso ed il disconoscimento della scrittura privata sono istituti preordinati a finalità diverse e del tutto indipendenti tra loro, in quanto il primo postula l'esistenza di una scrittura riconosciuta, della quale si intende eliminare l'efficacia probatoria attribuitale dall'art. 2702 c.c., mentre l'altro, investendo la stessa provenienza del documento, è volto ad impedire che la scrittura acquisti detta efficacia e si risolve in un'impugnazione vincolata da forme particolari, rivolta a negare l'autenticità del documento che si assume contraffatto; pertanto, poiché il testamento olografo è un documento che non perde la sua natura di scrittura privata per il fatto che deve rispondere ai requisiti di forma imposti dalla legge (art. 602 c.c.) e che deriva la sua efficacia dal riconoscimento, espresso o tacito, che ne faccia il soggetto contro il quale la scrittura è prodotta, quest'ultimo, ove voglia impedire tale riconoscimento e contesti globalmente l'intera scheda testamentaria, deve proporre l'azione di disconoscimento, che pone a carico della controparte l'onere di dimostrare, in contrario, che la scrittura non è stata contraffatta e proviene, invece, effettivamente dal suo autore apparente. Da ciò si evince, quindi, che chi è stato istituito erede con un precedente testamento è legittimato, ai sensi dell'art. 214, 2° comma, c.c. (che pone espresso riferimento agli eredi), a disconoscere un successivo testamento contro di lui prodotto e con il quale viene istituito altro erede».

alcuna delle parti in causa, non può essere considerato alla stregua di una scrittura di terzo estraneo alla lite: ad esso, tuttavia, non si applica la disciplina prevista per l'atto pubblico, di cui non possiede i requisiti, ma quella contemplata con riguardo alle scritture private riferibili alle parti (artt. 2702 ss. c.c. e 214 ss. c.p.c.).

Così, ad esempio, se un soggetto subentra, per atto tra vivi, in una posizione contrattuale e, successivamente, si instaura un procedimento in cui viene in contestazione l'autenticità della sottoscrizione nel contratto originario di chi lo ha designato⁽²²⁾, la fonte regolatrice del rapporto è sempre il richiamato contratto, che assume nel processo una valenza che trascende la provenienza dal terzo che non ha la qualità di parte.

Analoga situazione si verifica allorché il trasferimento consegue ad un atto *mortis causa* e, dall'attuazione delle disposizioni contenute nel documento, deriva la qualità di successore, e ciò riguardo sia ai designati, sia a coloro che hanno interesse alla contestazione⁽²³⁾. Anche in questo caso, e a maggior ragione visto che il *de cuius* non può mai partecipare al giudizio, la posizione è conseguenza dell'operatività delle attribuzioni previste in quella scrittura, che, pertanto, sul piano processuale va riferita alla parte che se ne giova⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Si pensi al caso del contratto per persona da nominare, in cui, per effetto della designazione, si verifica una modifica del contenuto mediante sostituzione soggettiva: sul punto, v. almeno M. PENNASILICO, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995, p. 53 ss., spec. p. 67 ss. Del resto, la dottrina più autorevole del diritto processuale civile suole da tempo distinguere tra terzi in senso proprio da una parte, e rapporti tra autore e successori e aventi causa dall'altra: cfr. almeno F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1956, p. 71; in proposito, v. anche le puntuali osservazioni di A. SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 814.

⁽²³⁾ Infatti, l'impugnazione del testamento determina, in ogni caso, litisconsorzio necessario anche nei confronti di tutti gli eredi legittimi, in considerazione dell'unità del rapporto dedotto in giudizio e delle conseguenze della pronuncia che, in caso di accoglimento della domanda, comporterebbe l'applicazione della successione legittima: Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, in *leggiditalia*; conf. Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, cit.; Cass., 12 luglio 1986, n. 4533, in *Arch. civ.*, 1986, p. 1080; Cass., 21 maggio 1980, n. 3339, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2798; in dottrina, G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 162.

⁽²⁴⁾ Per la dottrina processualcivile, quando ha avuto luogo un passaggio di diritti (per eredità, cessione, ecc.), chi agisce deve provare tanto la esistenza originaria del diritto

Il disposto del 2° comma dell'art. 214 c.p.c., secondo cui «gli eredi o aventi causa possono limitarsi a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione del loro autore», nel caso in esame concerne sempre il soggetto contro il quale la scrittura è prodotta (che ha l'onere del disconoscimento) e, quindi, al successore contemplato in altro testamento incompatibile o, in mancanza, all'erede legittimo⁽²⁵⁾.

La querela di falso è dunque la strada percorribile soltanto se la contestazione dell'autenticità venga effettuata da un terzo e presuppone il riconoscimento espresso o tacito della scrittura, ovvero se si assuma l'alterazione da parte del terzo della scheda proveniente dal testatore.

Le precisazioni ora compiute introducono l'esame e portano alla soluzione della questione più rilevante in tema di falsità del documento testamentario, cioè a dire l'individuazione del soggetto su cui incombe il relativo onere della prova, ai fini della sua utilizzabilità o non utilizzabilità in giudizio.

In proposito, secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione⁽²⁶⁾, la parte che contesti l'autenticità del testamento olografo deve proporre domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura, e grava su di essa l'onere della relativa prova, secondo i principi generali dettati in tema di accertamento negativo.

3. — *Falsità del testamento e posizione delle parti.*

Ci sembra che l'analisi meriti di essere impostata sotto diverso profilo. In particolare, vanno effettuati due fondamentali rilievi: *a)* l'olografo falso non

del proprio autore, quanto l'avvenuto passaggio: in questi termini già G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Napoli, rist. 1960, p. 156.

⁽²⁵⁾ *Contra*, M. SESTA, *Per impugnare il testamento olografo occorre la querela di falso*, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 1103, che lo ritiene applicabile soltanto con riferimento ad una scrittura del *de cuius* prodotta contro gli eredi a fondamento di una pretesa eccepita nei loro riguardi e non nei rapporti tra coeredi.

⁽²⁶⁾ Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, cit.; Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, cit.; Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, cit.; Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, cit.

è nullo per difetto di forma, ma inesistente; *b*) l'onere e le conseguenze della contestazione dell'autenticità sono regolati unicamente dalle norme sulla querela di falso o sulla verifica, a seconda dell'istituto processuale in concreto applicabile per la contestazione della verità del documento.

Sub a), nell'ipotesi in esame, il testamento non può qualificarsi nullo per difetto di uno o più requisiti di forma essenziali, quali sono l'autografia o la sottoscrizione, ma esso è inesistente perché materialmente falso e mancante della volontà stessa del testatore, essendo state le attribuzioni artatamente previste⁽²⁷⁾. Ciò, diversamente da quanto si verifica in presenza di testamento

⁽²⁷⁾ V. già le risalenti Cass., 26 giugno 1964, n. 1689, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1365, secondo cui la dichiarazione di falsità elimina totalmente dal mondo del diritto l'atto di ultima volontà e, quindi, lo priva di ogni sia pur minimo effetto, rendendolo inidoneo anche a dimostrare l'esistenza di una embrionale volontà testamentaria; e Cass., 24 aprile 1965, n. 719, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1719; in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 2293; in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 520, ove si afferma: l'art. 590 c.c. consente la convalida delle disposizioni testamentarie nulle, da qualunque causa la nullità dipenda, cioè sia da ragioni di forma (es. mancanza della sottoscrizione, sia pure dovuta a mera distrazione o a circostanze fortuite o a ignoranza circa la sua essenzialità; testamento nuncupativo), che di sostanza (es.: incapacità naturale o legale del testatore, vizi della volontà), tranne i casi in cui manchi in *rerum natura* una volontà dispositiva del *de cuius* (come avviene in caso di testamento falso) o una clausola testamentaria contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, mentre è ammessa la convalida di disposizioni nulle perché illegali, in quanto contrarie a norme imperative proibitive; più di recente, Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, in *Vita notarile*, 2005, p. 982, per la quale, in tema di nullità di scheda testamentaria olografa, il requisito della sottoscrizione (disposto *ex art.* 602 c.c.) – distintamente dal quello dell'autografia delle disposizioni in essa contenute – ha lo scopo di soddisfare l'esigenza di un'assoluta certezza non solo della riferibilità al testatore (peraltro già assicurata dall'olografia), bensì anche dell'inequivocabile responsabilità del medesimo il quale, a seguito di redazione testamentaria (anche in tempi diversi), abbia disposto del suo patrimonio senza alcun ripensamento; di conseguenza, ove sia accertata la mancata autenticità della sottoscrizione apposta al testamento non può trovare applicazione la norma di cui all'art. 590 c.c. la quale – consentendo conferma od esecuzione da parte degli eredi – presuppone l'oggettiva esistenza di una disposizione testamentaria che, pur affetta da nullità, risulti in ogni caso promanante dalla volontà del *de cuius*. Più di recente, cfr. Cass., 28 maggio 2012, n. 8490, *invi.*, 2012, p. 1393, che ha ribadito la necessità della volontà di disposizione del *de cuius*, che costituisce un *prins* logico rispetto al riscontro dei requisiti formali e all'interpretazione della scheda. Per una puntuale e sistematica analisi giurisprudenziale v. S.P. CERRI, *L'apocrifia del testamento tra nullità e inesistenza*, in *Rass. giur. umbra*, 2014, p. 134 ss.

nuncupativo⁽²⁸⁾, nullo per difetto di forma, ma in cui la volontà stessa è ben presente, o nel caso in cui il testatore abbia consentito la partecipazione del terzo alla redazione della scheda, che ne comporta la nullità (indipendentemente dal grado di significatività dell'intervento), difettando il requisito dell'olografia pur in presenza di una volontà del *de cuius* in tal senso⁽²⁹⁾.

Nella fattispecie che ci occupa, quindi, non può mai trovare applicazione l'art. 606 c.c. riguardante i vizi formali del testamento, poiché, più propriamente, manca la sostanza dell'atto: pertanto, gli interessi tutelati dalla norma ora richiamata sono radicalmente diversi.

Sub b), ritenere applicabile la disciplina sulle azioni di accertamento negativo, quale è – secondo il recente orientamento delle Sezioni unite⁽³⁰⁾ – quella promossa da chi neghi la qualità di erede testamentario del convenuto, significa che incombe sempre sull'attore l'onere di provare l'inesistenza della fattispecie dedotta e quindi la provenienza del testamento olografo, con la conseguenza che assume rilevanza la posizione processuale assunta dalle parti (art. 2697 c.c.).

⁽²⁸⁾ Su cui *infra*, § 5.

⁽²⁹⁾ Cass., 7 luglio 2004, n. 12458, in *Guida dir.*, 2004, 35, p. 55. Naturalmente l'intervento del terzo deve concernere il testamento propriamente inteso: la S.C. – confermando la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di nullità del testamento in un caso nel quale, dopo le disposizioni di ultima volontà redatte di pugno dal testatore e da lui sottoscritte, compariva anche, redatta da una mano diversa, l'indicazione secondo cui la persona nominata erede universale avrebbe dovuto avere cura del testatore e preoccuparsi del suo funerale – ha affermato che il principio dell'autografia non impedisce che nell'ambito di uno stesso documento siano enucleabili, da un lato, un testamento olografo pienamente rispondente ai requisiti di legge e, dall'altro, scritti di mano da un terzo apposti dopo la sottoscrizione del testatore e, quindi, collocati in una parte di documento diversa da quella occupata dal testamento, che, come tali, non possono invalidare la scheda testamentaria autonomamente redatta dal testatore, avendosi nullità soltanto quando l'intervento del terzo avvenga anche con l'inserzione di una sola parola di sua mano nel corpo delle disposizioni di ultima volontà: Cass., 30 ottobre 2008, n. 26258, in *Foro it.*, 2009, I, c. 792; in *Giur. it.*, 2009, pp. 1652 e 1929, con nota di C. RUFO SPINA, *Il testamento olografo tra autografia ed effettiva volontà del testatore: due speculari pronunce della Cassazione*.

⁽³⁰⁾ Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; seguita da Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, cit.; Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, cit.; Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, cit.; Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, cit.

Viceversa, in ordine alla prova, le regole sulla effettuazione della contestazione e sull'onere probatorio sono legate al procedimento che viene impiegato per la contestazione e prescindono dalla posizione processuale delle parti. Infatti, esse divergono a seconda del procedimento che risulta in concreto applicabile, rappresentato o dalla querela di falso o dalla verifica. In entrambi i casi i presupposti sono specificamente individuati dalla legge.

In particolare, la querela di falso, diversamente dalla verifica, dev'essere proposta da parte di chi assume la falsità⁽³¹⁾ e, a norma dell'art. 221, 2° comma, c.p.c., «deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione degli elementi e delle prove» di essa; mentre, soltanto dopo la sua proposizione entra in giuoco la parte che intende avvalersi del documento contestato, attraverso l'interpello di cui al successivo art. 222. Pertanto, indipendentemente dalla soluzione accolta in merito alla possibilità di accertare in via autonoma e principale la falsità o la verità del documento⁽³²⁾, l'ottica del compilatore è chiara: è colui che ne contesta la verità che ha l'onere di promuovere il relativo giudizio, e l'altra parte deve decidere se avvalersene come mezzo di prova oppure no, nel qual caso la querela diviene superflua ai fini della decisione della controversia principale.

Al contrario, se trovano applicazione le regole in tema di disconoscimento di scrittura privata, una volta effettuato il disconoscimento stesso dalla parte contro la quale questa è prodotta⁽³³⁾, è il soggetto che intende comunque avvalersi della scrittura che deve chiederne necessariamente la verifica *ex art.* 216 c.p.c., poiché, in caso contrario, essa non è utiliz-

⁽³¹⁾ Cfr. M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005, p. 176.

⁽³²⁾ Realizzando così l'interesse ad una sua eliminazione giuridica e conseguente inutilizzabilità a fini probatori o, viceversa, all'attribuzione allo stesso di una definitiva attitudine a costituire mezzo di prova: sul problema v. almeno V. DENTI, *Prova documentale in diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 39.

⁽³³⁾ Parte che *ex art.* 214, 1° comma, c.p.c. ne ha il relativo onere, per evitare gli effetti di cui al successivo art. 215 (riconoscimento tacito); questo onere, come detto, sussiste anche in capo agli eredi o aventi causa, con la sola differenza che questi possono limitarsi, in luogo del disconoscimento, a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione del loro autore (art. 214, 2° comma, c.p.c.).

zabile⁽³⁴⁾. L'operatività di tale meccanismo, distante dai principi che governano l'onere della prova nell'accertamento delle situazioni giuridiche soggettive, è stata oggetto dell'attenzione della dottrina già con riferimento alla analoga previsione contenuta nel precedente codice di rito del 1865, ed è stata spiegata essenzialmente sulla base di «considerazioni di assoluta convenienza pratica»⁽³⁵⁾.

La ripartizione tra le parti dell'onere di accertamento della verità del documento, quindi, è inversa a quella prevista per la querela di falso.

Ciò posto, non potendo il successore essere considerato, per le ragioni in precedenza esposte, terzo in senso proprio rispetto alla contestazione del testamento riferito al proprio *de cuius*, debbono ritenersi applicabili alla fattispecie che ci occupa, non già le norme sulla querela di falso, ma quelle sul riconoscimento e sulla verifica della scrittura privata, come correttamente sosteneva la giurisprudenza prevalente prima dell'ultimo intervento delle

⁽³⁴⁾ In punto, non possono condividersi le affermazioni contenute in alcune pronunce giurisprudenziali (v. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit., che nella parte motiva si contraddice con quanto espresso in precedenza, richiamando Cass., 29 gennaio 2007, n. 1789, in *Mass. Giur. it.*, 2007), che propendono per attribuire alternativamente alla parte contro cui è prodotta la scrittura la possibilità di disconoscerla o di procedere tramite querela di falso: quest'ultima, infatti, come sottolineato dalla stessa Cassazione, è possibile soltanto nel caso di scrittura privata riconosciuta espressamente o tacitamente, con la conseguenza che non ha senso legittimare la stessa parte, che ha riconosciuto la genuinità del documento *ex artt.* 214-215 c.p.c., a procedere poi con la querela di falso per contestarne l'autenticità.

⁽³⁵⁾ V. almeno L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, cit., spec. p. 413 s., che afferma: «L'eccezione è ben giustificata da considerazioni di assoluta convenienza pratica; e fu accolta generalmente, però che riescirebbe troppo facile svigorire l'utilità sociale della prova scritta, se colui il quale si deve valere di un documento privato fosse prima e sempre obbligato a dimostrarne l'autenticità. Pertanto la legge stabilisce che la persona contro la quale viene il medesimo prodotto sia obbligata a riconoscere, anche col silenzio, ovvero a *negare formalmente* il proprio carattere o la propria sottoscrizione; se si tratti del carattere o della sottoscrizione di un terzo, datore od autore a qualunque titolo, l'obbligo sussiste del pari, ma alla *negativa formale* può essere sostituita la semplice dichiarazione *di non conoscerli*; sarebbe incivile per verità che in forza di una sottoscrizione o di una scrittura altrui, che possiamo non conoscere, e per virtù della sola affermazione dell'avversario, uno scritto avesse forza di obbligarci» (corsivi dell'A.).

Sezioni unite, che parlava di «onere di proporre istanza di verifica»⁽³⁶⁾.

Pertanto, secondo questo ragionamento, in caso di contestazione sarà proprio l'erede testamentario a dover provare la verità del documento tramite la verifica, poiché, in difetto, il testamento non è utilizzabile per dimostrare la propria qualità, con conseguente applicazione delle regole contenute in un testamento precedente o, in mancanza, di quelle sulla successione legittima⁽³⁷⁾.

In particolare, la Cassazione, con riguardo alla mancanza dei requisiti estrinseci del testamento e alla ripartizione dell'onere probatorio nel conflitto tra erede legittimo e chi vanti diritti in forza del testamento, aveva specificato che vigono gli stessi criteri determinati dalla legge in tema di nullità *ex art. 606 c.c.*, e che l'onere di proporre istanza di verifica del contestato documento incombe sul secondo, al quale spetta la dimostrazione della propria qualità di erede testamentario, mentre nessun onere, oltre quello del disconoscimento, grava sull'erede legittimo⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; per la giurisprudenza precedente, Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1504; in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 927; conf. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, cit.; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, cit.; Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, cit.; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, cit.; Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, cit.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.

⁽³⁸⁾ Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1504; in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 927. La S.C. cassa la sentenza impugnata sul presupposto che, nell'ipotesi in cui venga fatta valere la falsità di un testamento olografo, la relativa azione (volta all'accertamento dell'inesistenza dell'atto) deve considerarsi subordinata al medesimo regime probatorio stabilito nell'ipotesi di nullità, prevista *ex art. 606 c.c.*, in caso di mancanza dei requisiti estrinseci del testamento. Pertanto, avuto riguardo agli interessi dedotti dalle parti in giudizio nell'ipotesi di conflitto tra erede legittimo – che disconosca l'autenticità dell'atto – e chi, in forza di quest'ultimo, vanti diritti, l'onere di proporre istanza di verifica del contestato documento incombe sul secondo soggetto, al quale spetta, inoltre, la dimostrazione della propria qualità di erede. Nessun onere – oltre quello del disconoscimento – spetta invece all'erede legittimo. Sulla ripartizione dell'onere probatorio non ha pertanto alcuna influenza la posizione processuale assunta dalle parti, non rilevando se l'azione sia stata esperita dall'erede legittimo (per fare valere, in via principale, la falsità documentale) ovvero da quello testamentario, il quale, agendo al fine di vedersi riconosciuti i propri diritti ereditari, abbia visto contestata l'autenticità del testamento da parte dell'erede legittimo. Sulla ripartizione dell'onere della

Di conseguenza, come detto, non possono condividersi le osservazioni della recente giurisprudenza concernenti la ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di accertamento negativo, ove la prova dell'inesistenza degli elementi costitutivi della fattispecie dedotta incombe sull'attore⁽³⁹⁾.

Difatti, sia la querela di falso che la verifica sono procedimenti che attengono esclusivamente alla formazione della prova nel processo. In essi, quindi, non si controverte sull'esistenza di diritti soggettivi, a cui, viceversa, si riferisce la regola di cui all'art. 2697 c.c. E in relazione alle questioni che non hanno ad oggetto situazioni successorie (sebbene spiegano comunque effetti sul loro accertamento e riconoscimento), quali quelle concernenti la verità dei testamenti, non esistono in capo ai successibili diritti in senso proprio.

Pertanto, bene aveva fatto la Cassazione ad abbandonare l'indirizzo risalente, che confondeva tra regole sull'acquisizione della prova e giudizi di accertamento (negativo) di situazioni giuridiche soggettive⁽⁴⁰⁾: le regole sulla

prova, in senso conforme, Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, in *Arch. civ.*, 2004, p. 964; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, in *Arch. civ.*, 2003, p. 94; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1195; Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2533.

⁽³⁹⁾ V. ancora Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, cit.; Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, cit.; Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, cit.; Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, cit.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 15 giugno 1951, n. 1545, cit., secondo cui nelle azioni di accertamento negativo, quale è quella promossa da chi neghi la qualità di erede testamentario del convenuto, incombe sull'attore l'onere di provare l'inesistenza della fattispecie dedotta e tale principio si applica anche in tema di accertamento negativo della provenienza di scrittura privata e di testamento olografo. È evidente l'errore in cui è caduta la S.C., applicando ad un procedimento concernente la mera acquisizione della prova le regole che riguardano l'accertamento dei diritti soggettivi, errore superato dal successivo orientamento che, in proposito, correttamente riteneva l'ininfluenza della posizione processuale assunta dalle parti, non rilevando se l'azione sia stata esperita dall'erede legittimo (per fare valere, in via principale, la falsità documentale), ovvero da quello testamentario, il quale, agendo al fine di vedersi riconosciuti i propri diritti ereditari, abbia visto contestata l'autenticità del testamento da parte dell'erede legittimo: Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, cit.; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, cit.; Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, cit.; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, cit.; Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, cit.; Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.

prova documentale sono prestabilite e quelle sulla contestazione della verità del documento non possono evidentemente mutare in relazione all'oggetto della controversia principale, né tanto meno vengono influenzate dalle qualità o dalla posizione processuale di attore o convenuto in concreto assunta dalle parti nel singolo specifico giudizio.

4. — *Strumenti di contestazione e procedimento arbitrale.*

Ai fini di completezza, occorre ora soffermare l'attenzione su un'ultima questione relativa alla contestazione della verità del testamento, cioè a dire se questa possa essere sollevata in un eventuale procedimento arbitrale – intentato a seguito di convenzione o direttamente imposto dal testatore – e portata alla cognizione degli arbitri.

È pacifico che la querela di falso non può essere oggetto di decisione arbitrale, avendo il relativo procedimento una connotazione anche pubblicistica testimoniata dall'intervento del pubblico ministero e dalla competenza per materia del Tribunale ordinario, che vieppiù giudica in composizione collegiale⁽⁴¹⁾.

Di conseguenza, se la contestazione dell'autenticità del documento di cui si tratta richiede l'attivazione della querela di falso, la parte dovrà sollevarla in maniera formale, di modo che il giudice privato possa procedere all'interpello dell'altra parte *ex art. 222 c.p.c.*⁽⁴²⁾. Qualora quest'ultima non intenda avvalersi del documento contestato, esso non è utilizzabile a fini probatori e il giudizio prosegue; in caso contrario, il giudizio stesso dev'essere sospeso in attesa della decisione del Tribunale sulla querela di falso. In sostanza, l'arbitro, una volta accertata l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di cui

⁽⁴¹⁾ Cfr. almeno A. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 892; più di recente, F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, 4ª ed., Torino, 2007, p. 303; S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008, p. 141.

⁽⁴²⁾ A. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, loc. cit.; S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 142.

all'art. 221 c.p.c. e ritenuto rilevante il documento contestato ai fini del decidere, secondo il disposto del successivo art. 222, con il provvedimento di sospensione autorizza (esplicitamente o implicitamente) la presentazione della querela dinanzi all'a.g.o.⁽⁴³⁾.

Diversamente, riguardo alla verifica, l'ermeneutica è divisa tra chi attribuisce il potere di conoscere della questione anche al giudice privato in qualità di giudice della controversia in cui il documento forma un elemento probatorio, e chi lo nega sul presupposto che l'autenticità del documento abbia sempre riflessi sulla pubblica fede e, dunque, sia suscettibile del solo accertamento con efficacia *erga omnes*⁽⁴⁴⁾.

La soluzione del problema è legata alla possibilità di configurare un potere del giudicante di risolvere la questione in via incidentale, senza che si formi sul punto alcuna statuizione specifica che abbia autorità di giudicato nemmeno implicito. Con ciò si qualifica la verifica come mera attività diretta alla acquisizione della prova, come tale rientrante nei poteri istruttori di chi ha la cognizione della causa principale⁽⁴⁵⁾.

Riteniamo che la verità di una scrittura privata possa essere accertata in via incidentale dal giudice della controversia principale soltanto se la parte legittimata non richiede formalmente l'apertura di un procedimento che si chiuda con una sentenza idonea, sul punto, ad assumere autorità di giudicato. E, certamente, se si afferma come fa ultimamente la giurisprudenza,

⁽⁴³⁾ V., di recente, S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 143.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., nel primo senso L. MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione di processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 5; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 651; S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 149 s.; nel secondo E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 57 s.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano, 1988, p. 499; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 312; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Padova, 2002, spec. pp. 656 e 694 s.; e, più in generale, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 2^a ed., Torino, 2004, p. 165; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., p. 205 s.; e, in giurisprudenza, Cass., 28 marzo 1995, n. 3674, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3051, con nota di richiami di A. BARONE, sull'assunto che le parti non possono autonomamente disporre del requisito di autenticità della scrittura, che ha rilevanza *erga omnes*.

⁽⁴⁵⁾ In questo senso, S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 149.

che la contestazione possa essere effettuata soltanto attraverso un'azione di accertamento negativo⁽⁴⁶⁾, tale possibilità è esclusa in radice dall'instaurazione di diverso procedimento, che tendenzialmente si deve chiudere con un provvedimento del giudice avente i caratteri propri della sentenza e, quindi, anche l'idoneità a formare il giudicato.

Viceversa, ove si rimanga nell'ambito dei procedimenti di acquisizione della prova, un accertamento incidentale è certamente possibile. È la parte legittimata a chiedere la verifica (al fine di avvalersi del documento contestato) che deve formulare al giudice le proprie richieste a seconda dell'interesse specifico che può avere: ad esempio, utilizzabilità o meno del documento in altre situazioni, siano esse giudiziali o stragiudiziali.

Nel caso in cui le istanze di questa risultino specificamente dirette all'accertamento con efficacia *erga omnes* della verità del documento, non v'è dubbio che il relativo procedimento è regolato dagli artt. 216-220 c.p.c. e la conseguente cognizione è sottratta al giudice privato, che non possiede identità di posizione rispetto a quello pubblico⁽⁴⁷⁾.

Diversamente, se le predette istanze (anche implicite) siano indirizzate unicamente verso l'utilizzabilità della scrittura nello specifico procedimento, allora si apre la possibilità di ritenere la verità o la falsità del documento da parte del giudice della causa, che risolverà la controversia sulla base della (decisa incidentalmente) utilizzabilità o non utilizzabilità del documento contestato.

Infatti, per la giurisprudenza il procedimento di verifica proposto in via incidentale si risolve in un mero incidente istruttorio volto a rendere il documento utilizzabile come prova, per cui non costituisce esercizio di un autonomo potere di azione, al contrario inquadrandosi nell'attività istruttoria delle parti e, più precisamente, del potere processuale di produrre documenti, rispetto al quale ha carattere e finalità strumentali⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, cit.; Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, cit.; Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, cit.; Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, cit.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. M. BOVE, *La giustizia privata*, 2^a ed., Padova, 2013, p. 142.

⁽⁴⁸⁾ Cass., 19 dicembre 2012, n. 23450, in *leggiditalia*; v. anche Cass., 24 maggio 2012, n.

E non v'è ragione per escludere l'applicabilità di detto principio al giudice privato, tanto più che l'art. 816-*bis* c.p.c. attribuisce alle parti il potere di stabilire le norme del procedimento e il successivo art. 816-*ter* si limita soltanto a precisare alcuni poteri istruttori, con la conseguenza che taluni⁽⁴⁹⁾, sul modello del sistema tedesco, ritengono che, in tema di acquisizione e valutazione della prova, al procedimento arbitrale non si possa applicare *tout court* il complesso normativo dettato, sia nel codice civile che in quello di rito, per lo svolgimento dell'attività istruttoria nel procedimento ordinario.

In conclusione, la cognizione degli arbitri sulla verifica dipende dall'attività e dalle richieste della parte legittimata: se questa ha interesse a far valere la genuinità del documento soltanto nello specifico procedimento, la questione può essere risolta incidentalmente in sede di valutazione della prova anche dal giudice privato; viceversa, se si domanda una specifica ed autonoma statuizione avente ad oggetto la verità o la falsità dell'atto con-

8272, cit., ove nella parte motiva (ribadendo concetti già espressi in Cass., 6 giugno 2006, n. 13258, in *Mass. Giur. it.*, 2006) si afferma che l'istanza di verifica della scrittura privata disconosciuta può essere anche implicita, come quando si insista nell'accoglimento della pretesa presupponente l'autenticità del documento, e non esige formale apertura di un procedimento incidentale, né l'assunzione di specifiche prove, quando gli elementi già acquisiti o la situazione processuale siano ritenuti sufficienti per una pronuncia al riguardo (nello stesso senso, tra i giudici di merito, Trib. Milano, 21 ottobre 2009, in *leggiditalia*); nonché, sotto il profilo della competenza, Cass., 13 aprile 2012, n. 5929, *invi*, che ha precisato che, quando l'incidente di verifica insorga davanti al Tribunale in composizione monocratica o al Giudice di Pace, la regola della competenza è quella desumibile dall'art. 216 c.p.c. – laddove sottende che la decisione deve farsi dallo stesso Tribunale investito della causa in cui la verifica viene chiesta –, in forza dei rinvii operati dagli artt. 281-*bis* e 311 c.p.c., e, pertanto, il Tribunale in composizione monocratica o il Giudice di Pace non possono rimettere la decisione sull'incidente al Tribunale in composizione collegiale invocando l'art. 220 c.p.c., che non esprime una regola di competenza.

⁽⁴⁹⁾ M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 126 ss., spec. p. 128 ss.; in giurisprudenza, Cass., 26 settembre 2007, n. 19949, in *Mass. Giur. it.*, 2007, secondo cui nel giudizio arbitrale, qualora le parti non abbiano determinato nel compromesso o nella clausola compromissoria le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengano più opportuno e, quindi, anche di discostarsi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, purché rispettino, sia pure con gli opportuni adattamenti, il principio inderogabile del contraddittorio posto dall'art. 101 c.p.c., con la conseguenza che essi possono regolare l'assunzione delle prove nel modo ritenuto più opportuno.

testato, la relativa cognizione è sottratta all'arbitro, che deve sospendere il giudizio al pari dell'ipotesi in cui occorre procedere a querela di falso.

La soluzione prospettata, del resto, si pone in linea con l'oggetto della giurisdizione privata, individuato dall'art. 806 c.p.c. nella risoluzione delle controversie sull'esistenza e/o il modo di essere di una situazione giuridica disponibile⁽⁵⁰⁾, che, lo ripetiamo, non è possibile rinvenire nella fattispecie in esame, ove si verte in tema di esistenza e acquisizione della prova.

5. — *Oralità e conferma.*

Analoghe considerazioni a quelle compiute in tema di falsità del testamento, sebbene con risultati opposti, meritano di essere svolte in tema di testamento orale (c.d. nuncupativo). Infatti, il problema della sua rilevanza giuridica è strettamente connesso a quello della sua possibile conferma: si tratta, quindi, di vedere se esso sia soltanto nullo per evidente vizio di forma, o se sia addirittura inesistente, perché mancante di quel *minimum* sufficiente a potere ravvisare un negozio di ultima volontà.

La legge prevede che la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa di nullità, ha, dopo morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione. È quindi consentito ai congiunti del *de cuius* di assecondare la volontà dell'ereditando, ancorché sia stata espressa in modo sostanzialmente o formalmente inadeguato rispetto alle indicazioni normative⁽⁵¹⁾.

Tuttavia, evidentemente, non può essere data conferma nei casi in cui manchi una volontà dispositiva del *de cuius*, come avviene, ad esempio, nel caso di non autenticità della sottoscrizione, o di incertezza sulla provenienza della dichiarazione⁽⁵²⁾, ovvero di testamento revocato, atteso che proprio in

⁽⁵⁰⁾ M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 2.

⁽⁵¹⁾ A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 27.

⁽⁵²⁾ V. *retro*, spec. §§ 1 e 3.

questa ipotesi il testatore ha manifestato la volontà di abbandonare il progetto attributivo contenuto in quelle disposizioni.

Ciò posto, la giurisprudenza, ha ammesso la possibilità che il testamento orale sia confermato, sia riguardo a casi formati sotto il vigore del codice abrogato, sia con decisioni riguardanti il codice attuale⁽⁵³⁾: valgono su tutte le recenti affermazioni del giudice di legittimità in un caso di responsabilità disciplinare del notaio, che aveva ricevuto le dichiarazioni dei legittimari dirette a confermare espressamente le disposizioni testamentarie rese in forma orale dal *de cuius*, sulle premesse, dai medesimi dichiarate, dell'inesistenza di un testamento formale e della ripetuta, dettagliata e mai revocata volontà del defunto, espressa oralmente, circa la destinazione dei propri beni, responsabilità esclusa dalla S.C. (contrariamente ai giudici di merito), che ha ribadito la confermabilità del testamento nuncupativo⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Cass., 16- maggio 1941, n. 1476, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1036; Cass., 19 aprile 1956, n. 1192, *ivi*, 1956, I, c. 672; Cass., 5 maggio 1962, n. 888, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1690; Cass., 26 giugno 1964, n. 1689, *cit.*; Cass., 24 aprile 1965, n. 719, *cit.*; Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, *cit.*; Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, *cit.*; App. Cagliari, 28 marzo 1955, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, voce *Successione testamentaria*, n. 102; App. Roma, 4 maggio 1961, in *Temi romana*, 1962, p. 240; Trib. S. Maria Capua Vetere, 28 giugno 1955, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 319. In dottrina, v. almeno S. DELLE MONACHE, *Testamento (disposizioni generali)*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, spec. p. 270 s.; A. PALAZZO, *Le successioni*, *cit.*, p. 935 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, *cit.*, p. 933 s.; v. inoltre G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 91 ss.; DE SIMONE, *Se il testamento nuncupativo sia confermabile ex art. 590 cod. civ.*, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 319 ss.; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1385 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Della successione testamentaria. Artt. 587-600*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 157; S. BRANDANI, *Conferma ed esecuzione volontaria di disposizione testamentaria nulla*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, p. 878.

⁽⁵⁴⁾ Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, *cit.*, che ha cassato la sentenza impugnata, in quanto non commette illecito disciplinare ai sensi dell'art. 28, n. 1, l. notarile il notaio che riceve conferma *ex art. 590 c.c.* dai legittimari del *de cuius* di testamento verbale reso da quest'ultimo, dopo aver raccolto apposite dichiarazioni in ordine a: *a)* inesistenza di una scheda testamentaria; *b)* ripetuta e dettagliata volontà espressa dal defunto sulla destinazione dei propri beni, nonché *c)* devoluzione dell'eredità a ciascuno degli intervenuti. Ai fini della conferma di un atto nullo, infatti: *a)* non necessita attività di accertamento giudiziale in ordine all'inesistenza di un formale testamento, nonché alla nullità inficiante l'atto confermando; *b)* non risulta invasiva della sfera di attribuzioni proprie dell'autorità giudiziaria l'attività notarile

La tesi giurisprudenziale si basa soprattutto sull'ampio tenore dell'art. 590 c.c.

Viceversa, larga parte della dottrina è contraria e ritiene necessaria la sussistenza di una scheda da cui risulti la volontà testamentaria, atteso che, viceversa, «si finisce per attribuire alla conferma non più la natura di atto accessorio, quale in effetti è, ma la natura di atto sostitutivo del testamento, quale invece certamente non è»⁽⁵⁵⁾. E si aggiunge che «l'eventuale conferma del testamento orale non avrebbe, in ogni caso, l'efficacia di consentire il trasferimento di immobili, per i quali l'atto scritto è necessario *ad substantiam*» e che lo scopo empirico della conferma possa essere raggiunto a mezzo di atti tra vivi, senza compromettere in tal modo una superiore esigenza di certezza dei rapporti giuridici⁽⁵⁶⁾.

Queste osservazioni della dottrina più o meno recente, viste alla luce della realtà normativa del citato art. 590, non colgono nel segno e rendono ancor più condivisibile l'opinione della dottrina che ha costruito l'autonomia della conferma formale o solenne⁽⁵⁷⁾. Essa trova sicura applicazione anche in tema di testamento orale, conferendo così dignità ai risultati pratici conseguiti non sempre linearmente dalla giurisprudenza. In particolare, si è esattamente rilevato che «una volontà attributiva del *de cuius* è certamente desumibile anche da una dichiarazione orale», distinguendosi il profilo della

volta alla mera raccolta delle richiamate dichiarazioni. Tutto ciò, anche tenuto conto di come: *a)* la convalida non presuppone alcuna preventiva attività di accertamento circa la nullità delle disposizioni convalidate; *b)* la fede privilegiata propria dell'atto notarile non si estende al contenuto della dichiarazione di convalida, rispetto a cui non risulta configurabile, pertanto, alcuna attività notarile volta all'accertamento.

⁽⁵⁵⁾ G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 56; v. anche A. CICU, *Il testamento*, cit., pp. 29 e 95, che ritiene che nell'art. 590 non si contenga una deroga al requisito della solennità del testamento; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 239; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., pp. 839 s. e 933. In giurisprudenza, Trib. Trani, 28 luglio 1950, in *Dir. e giur.*, 1950, p. 419; Trib. Bergamo, 7 novembre 1994, in *Notariato*, 1995, p. 277.

⁽⁵⁶⁾ G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, loc. cit.

⁽⁵⁷⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 141 ss.

istituzione di erede, che non è sanata dalla conferma, dalla attribuzione patrimoniale che si realizza con quest'ultima⁽⁵⁸⁾.

In questa prospettiva, il negozio di conferma è «un negozio unilaterale cui conseguono effetti (immediatamente) attributivi, alla cui produzione è strutturalmente idoneo; esso è pertanto negozio autonomo, sotto il profilo dell'efficacia del negozio nullo confermato»⁽⁵⁹⁾.

Quanto alla forma della conferma ed alla sua eventuale trascrizione, si è osservato che, nel caso di conferma per esecuzione di una disposizione testamentaria orale avente ad oggetto un immobile, la conferma costituisce un titolo idoneo al trasferimento della proprietà, assistito da una valida giustificazione causale (*causa firmandi*) e rivestito di opportuna forma (esecuzione). Se vi è l'accordo delle parti, il comportamento esecutivo può essere ricondotto in forma scritta e, quindi, se questa possiede le caratteristiche di cui all'art. 2657 c.c., seguirà la trascrizione *ex art.* 2643 c.c.⁽⁶⁰⁾. Altrimenti, «il titolo trascrivibile non potrà che essere una sentenza di accertamento, ai sensi dell'art. 2657 c.c. – e non dell'art. 2651 – e con gli effetti degli artt. 2644 e 2650 c.c., perché si accerterebbe un acquisto già avvenuto sulla base della fattispecie esecutiva»⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., pp. 233-237.

⁽⁵⁹⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., pp. 141-142.

⁽⁶⁰⁾ Come dimostra la fattispecie decisa da Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.

⁽⁶¹⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 291 ss., spec. p. 294; in giurisprudenza, l'idoneità della conferma ricevuta per atto pubblico a produrre effetti traslativi e a costituire titolo per la trascrizione, è stata di recente ribadita da Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.

SILVIO PIETRO CERRI^(*)

PATTO DI FAMIGLIA E PARTECIPAZIONI TRASFERIBILI

Abstract: The essay analyzes two fundamental aspects for the stipulation of the contract called “patto di famiglia”, introduced into the Italian legal system to facilitate the generational transmission of business ownership. The first aspect concerns the need for the person who transfers the business to be, effectively, an entrepreneur, according to the characteristics provided for by art. 2082 of the Italian Civil Code. Since, however, with this contract it is also possible to transmit shareholdings and company shares, it is necessary to identify which types of them can be the subject of the stipulation.

SOMMARIO: 1. Imprenditorialità del disponente. – 2. Partecipazioni trasferibili e dato normativo. – 3. Partecipazione qualificata e potere gestorio. – 4. Disciplina statutaria e patti parasociali.

1.— *Imprenditorialità del disponente.*

La funzione precipua del patto di famiglia presuppone la qualificazione imprenditoriale del disponente. Si rende quindi necessaria una disamina interrelata tra il profilo soggettivo, costituito dall'imprenditorialità del disponente e quello relativo all'oggetto, al fine di poterne individuare correttamente i profili di reciproca, sostanziale interdipendenza.

Deve anzitutto rilevarsi come vi sia stato da parte del legislatore un uso non troppo coerente, sotto il profilo tecnico-giuridico, della terminologia: si pensi, infatti, a come già all'interno dell'art. 768-*bis* c.c. (rubricato «Nozione») sia riportata la qualifica di “imprenditore” con esclusivo riferimento a «colui che trasferisce l'azienda», mentre è richiesto, riguardo a colui che intenda trasferire le proprie quote societarie, che abbia la mera titolarità delle medesime. A rendere maggiormente incerti i confini semantici contribu-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

iscono, inoltre, i successivi artt. 768-*quater* e 768-*sexies*, i quali impongono la qualifica di “imprenditore” in capo al disponente, rispettivamente: *a)* in veste di partecipante alla stipula del patto di famiglia, e *b)* in quanto *de cuius* in relazione al quale si apre la successione prodromica al diritto alla quota di legittima – maggiorata degli interessi – dei legittimari sopravvenuti.

Quanto ora osservato pone in evidenza come l’art. 768-*bis* c.c. – nonostante le imprecisioni terminologiche di cui si è fatto cenno – abbia un contenuto definitorio dell’istituto e una funzione indicativa del relativo ambito disciplinare: è fondamentale, tuttavia, chiarire l’effettiva portata della qualifica imprenditoriale che dovrebbe rivestire il disponente in modo da far luce, conseguentemente, in ordine ai requisiti soggettivi nell’ipotesi di trasferimento di partecipazioni societarie.

Sul piano tecnico-giuridico, in base all’art. 2082 c.c.⁽¹⁾, si definisce im-

⁽¹⁾ Come ricordato a proposito della ambivalente qualificabilità della figura imprenditoriale in senso giuridico e in senso strettamente economico da B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006, p. 97 s., «L’imprenditore in senso economico è quel soggetto del sistema economico che combina i fattori della produzione forniti dagli altri protagonisti del sistema, il capitalista e il lavoratore che offrono, rispettivamente, capitale e lavoro, producendo beni utili per i soggetti finali che sono i consumatori. Si presenta, quindi come capo dell’impresa, detentore del potere economico e controllore della ricchezza. / L’imprenditore in senso giuridico, invece, viene avvicinato più alla figura del commerciante del diritto medioevale, la cui attività consisteva nello scambio dei beni, ed in particolare viene individuato come soggetto che si introduce a scopo di speculazione tra i soggetti lavoratori e i soggetti consumatori. [...] Il soggetto imprenditore si presenta, però, a differenza del commerciante il quale era uno speculatore, come soggetto produttore, da intendersi come soggetto creatore di nuova ricchezza negli specifici modi dettati dall’art. 2082 c.c. e, quindi, attraverso la produzione di beni o di servizi oppure attraverso lo scambio di beni. / L’attività dell’imprenditore, inoltre, si caratterizza per la sua stabilità e non occasionalità, pur non dovendo costituire l’unica o la principale attività da questi svolta. Tradizionalmente, inoltre, si ritiene che l’attività svolta dall’imprenditore debba consistere in un’attività avente scopo di lucro. Tuttavia, tale scopo appare superfluo, posto che alcune imprese presentano scopi diversi, come le società cooperative che hanno scopo mutualistico e le imprese pubbliche, il cui scopo è invece il raggiungimento di un fine altruistico. / Ciò che sicuramente caratterizza, invece, l’attività imprenditoriale è, il requisito dell’economicità da intendersi come astratta idoneità dell’impresa a coprire i costi di produzione. In altre parole, l’attività produttiva di beni o servizi deve essere idonea

prenditore il soggetto che professionalmente esercita un'attività economica organizzata con lo scopo di produrre o scambiare beni e servizi.

Vi sono in dottrina diversi orientamenti, talvolta segnati da profonda, reciproca divergenza e tuttavia riconducibili, nella sostanza, a due filoni principali. A fronte dei sostenitori della tesi restrittiva, che rifacendosi alla lettera dell'art. 2082 c.c. tende a prudenzialmente evitare applicazioni eccedenti la *ratio legis*, vi è l'impostazione maggioritaria, la quale intende la qualifica imprenditoriale in senso ampio, ispirandosi ad una concezione maggiormente in linea con le fonti comunitarie concernenti gli ambiti civilistico e giuscomercialistico⁽²⁾.

a rimborsare di per sé, mediante il corrispettivo ottenuto dalla produzione dei beni o dei servizi, i fattori della produzione impiegati. Tale requisito può del resto consentire di far assumere ad un privato, sia questo un singolo, una associazione o una fondazione, la qualità di imprenditore. Altro requisito che tradizionalmente si afferma debba caratterizzare l'attività esercitata dall'imprenditore è quello della organizzazione. Va detto, peraltro, che tale requisito è stato qualificato da autorevole dottrina come pseudo-requisito in quanto privo di qualsiasi effettivo contenuto normativo».

In termini generali v. almeno F. GALGANO, *Imprenditore*, in *Digesto comm.*, VII, Torino, 1992, p. 1 ss. Quanto alla ricostruzione storica della figura imprenditoriale si veda, in particolare, Id., *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, p. 29 ss., e, più in generale, A. PAGANI, *La formazione dell'imprenditorialità*, Milano, 1964, nonché A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 2 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 377 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, 7^a ed. a cura di M. Campobasso, Torino, 2013, p. 1 ss.; V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Buonocore, I, 2.I, Torino, 2003.

⁽²⁾ In tal senso, F. GALGANO, *Imprenditore*, cit., p. 1, secondo cui «il concetto di imprenditore è, prima che un concetto del diritto, un concetto dell'economia». Si veda inoltre, quanto ad una moderna qualifica di «imprenditore», maggiormente in linea con la visuale di tipo comunitario, L. DI VIA, *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, II, Padova, 2003, p. 54 ss., nonché R. CIPPITANI, *I soggetti del mercato interno*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia-Roma, 2006, p. 60 s., secondo il quale la nozione di impresa elaborata dalla giurisprudenza comunitaria si configura quale «nozione ben più ampia di quella prevista, per esempio, nel codice civile italiano (art. 2082 c.c.); quest'ultima definizione ruota intorno ai concetti di "professionalità" e di "soggettività". L'impresa è l'attività economica svolta in modo abituale da alcuni soggetti formalmente identificati dalla legge, come le società commerciali. Altri soggetti, come le associazioni, le fondazioni o gli enti pubblici, non possono svolgere attività di impresa, se non occasionalmente, perché ciò contrasterebbe con le proprie finalità. Per quanto riguarda le persone

Dalla nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c. rimangono ad ogni modo escluse alcune categorie di soggetti, quali ad esempio gli esercenti le c.dd. professioni intellettuali: i quali, pur nell'esercizio di attività volte alla produzione ovvero allo scambio di beni e servizi, non risulterebbero inquadrabili perciò solo (e con l'eccezione di cui 1° comma dell'art. 2238 c.c.) in ambito imprenditoriale; l'elemento organizzativo del complesso di beni produttivi, pertanto, sembra costituire buona parte della qualifica imprenditoriale in senso tecnico-giuridico, lasciando quasi a margine l'importanza dei requisiti dell'attività effettivamente esercitata⁽³⁾.

Nell'accogliere una nozione meramente civilistica della qualifica imprenditoriale si arriverebbe, quindi, ad escludere alcune ipotesi dalla sfera di applicabilità della disciplina riguardante il patto di famiglia, come ad esempio il caso della cessione di nuda proprietà dell'azienda al discendente cui, sino al momento della stipula era stato concesso, sull'azienda mede-

fisiche si distinguono nettamente quelle che, svolgendo abitualmente un'attività economica, sono qualificate imprenditori, da quelle che esercitano una professione intellettuale. / La giurisprudenza comunitaria, diversamente, ritiene che è impresa "qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità"; lo stesso A. riporta, alle note 21-29, talune delle pronunce giurisprudenziali maggiormente recenti sul tema, tra cui: Corte Giust., 16 marzo 2004, *AOK-Bundesverband e altri*, nelle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, in *Racc.*, 2004, p. I-2493; Corte Giust., 22 maggio 2003, *Freskot*, C-355/00, *ivi*, 2003, p. I-5263; Corte Giust., 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris / Commissione*, C-82/01, *ivi*, 2002, p. I-9297; Corte Giust., 23 aprile 1991, *Höfner et Elser / Macrotron*, C-41/90, *ivi*, 1991, p. I-1979; cfr. anche ID., *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, cit., p. 167 ss. Infine, sulla particolare questione concernente la qualificabilità delle professioni intellettuali nell'ordinamento comunitario, v. P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto comm.*, VII, Torino, 1992, spec. p. 47.

⁽³⁾ Anche se, come giustamente rilevato in B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, n. 55, cit., p. 99, «Nondimeno l'inizio dello svolgimento di fatto di tale attività consente l'acquisto della qualità di imprenditore, indipendentemente dall'adempimento di qualsivoglia obbligo di tipo formale. Trattasi di un acquisto a titolo originario, senza possibilità di trasferimento di tale qualità né *inter vivos* tanto meno *mortis causa*, che si realizza nel momento del concreto esercizio dell'attività escludendo in tal modo l'attività di approvvigionamento e di organizzazione dei mezzi sia reali che personali e, quindi, i cosiddetti atti di organizzazione».

sima, il diritto di usufrutto: ciò, in quanto il disponente sarebbe privo, al momento del trasferimento, della necessaria qualifica imprenditoriale ai sensi dell'art. 2082 c.c.⁽⁴⁾.

In realtà, come più volte sottolineato, finalità principale del patto di famiglia è di rendere certa la continuità dell'attività imprenditoriale svolta mediante un complesso aziendale: si mira pertanto ad evitare che vicende di natura successoria concernenti beni produttivi siano idonee a determinarne la disgregazione nonché, più in generale, ad influire in modo deteriore su efficienza e continuità dell'attività ai beni produttivi connessa.

Quanto sinora rilevato induce, quindi, a ritenere che la qualifica imprenditoriale di cui all'art. 768-*bis* c.c. debba preferibilmente intendersi in maniera estensiva, con maggiore attenzione al profilo economico dell'attività esercitata⁽⁵⁾: risulta, infatti, maggiormente in linea con la *ratio* dell'introduzione

⁽⁴⁾ Cfr. B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, cit., p. 99 s.; ma v., in argomento, anche le approfondite disamine di G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, in *Riv. not.*, 2006, p. 418 s. e di C. DI BITONTO, *Patto di famiglia: un nuovo strumento per la trasmissione dei beni d'impresa*, in *Società*, 2006, p. 804 s.

⁽⁵⁾ Ciò, anche in linea con il sempre maggiore avanzamento del percorso di “significativa rideterminazione” della nozione d'impresa e, necessariamente, della dimensione organizzativa dell'imprenditore in generale, come anche sottolineato da A.M. BENEDETTI, *Principi (definitivi) e clausole generali (ambulatorie): “assetti organizzativi adeguati” e (nozione di) “impresa” nell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 907 ss., il quale, partendo dalla disamina dell'art. 2086 c.c. come modificato e integrato *ex d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14*, sottolinea come si assista «a un passaggio da una nozione “statica” a una certamente “dinamica”, in cui l'imprenditore svolge una “funzione” (di prevenzione della crisi, ma non solo) di interesse generale»; gli amministratori di tutte le possibili strutture societarie sono così tenuti a proteggere non solo i classici interessi della società, dei soci, dei creditori (soggetti, questi, tra i diretti danneggiati da una crisi dell'impresa) ma anche quelli della collettività, su cui si riverberano, in termini di costi sociali, gli effetti del fallimento imprenditoriale. Non si tratta di una novità meramente nominalistica o di facciata, forse “viziata da un eccesso di ambizione”; si tratta della “codificazione” [...] di un “principio” su cui si impernia non solo una diversa nozione di imprenditore e di impresa, ma da cui scaturiscono nuove responsabilità, esiti giudiziali di applicazione, verifica e sanzione del principio esplicitato». Si v. inoltre, in proposito, F. MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del Codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in L. BALESTRA, M. MARTINO, *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, Milano, 2022, p. 33 s.

del Capo *V-bis* l'idea secondo cui debba intendersi imprenditore non solo il soggetto che incarna le caratteristiche enunciate dall'art. 2082 c.c., bensì chiunque sia anche solamente titolare di un complesso di beni produttivi qualificabile in termini di azienda⁽⁶⁾.

2.— *Partecipazioni trasferibili e dato normativo.*

Nell'assetto d'interessi sotteso alla stipula del patto di famiglia, l'ipotesi di esercizio di un'attività imprenditoriale a livello societario rileva in massima parte sotto il profilo dell'oggetto contrattuale (trasferimento di partecipazioni), in quanto una lettura sistematicamente orientata della disciplina – e considerato che il Capo *V-bis* trova applicazione esclusivamente nell'ambito dei rapporti di tipo familiare – porta ad affermare come la figura del disponente debba necessariamente essere una persona fisica.

⁽⁶⁾ Sul punto v. anche A. BUSANI, *Il patto di famiglia*, in www.notaio-busani.it, il quale sottolinea in proposito che «Sebbene la legge definisca colui che trasferisce l'impresa di famiglia esclusivamente come "imprenditore", questo termine va inteso in senso ampio, soprattutto se interpretato con riferimento alla complessiva disciplina del patto di famiglia. Da un lato, infatti, solo nel nuovo articolo 768-*bis* del Codice civile, introdotto dalla legge di riforma, si distingue "l'imprenditore" dalla figura del "titolare di partecipazioni societarie", mentre nelle seguenti norme la legge fa riferimento alla figura dell'imprenditore tout court. Dall'altro lato, considerando lo spirito della nuova legge – e cioè di permettere un trapasso generazionale non traumatico della ricchezza familiare costituita da un'attività di impresa – sarebbe riduttivo intendere il termine "imprenditore" in senso stretto, posto che così si limiterebbe oltremodo l'ambito di applicazione del patto di famiglia. Infatti, il socio di maggioranza (o totalitario) di una società per azioni o a responsabilità limitata non è un tecnicamente un imprenditore (pur se "socialmente" è considerato tale). Non solo; potrebbero realizzarsi addirittura ipotesi in cui anche il titolare di un'azienda, genericamente qualificabile come imprenditore, non possa essere definito tale sotto il profilo giuridico: si pensi al caso di chi, avendo deciso di mettersi a riposo e in attesa che i figli portino a termine gli studi e seguano le orme paterne, abbia affittato per qualche tempo la propria azienda ad un terzo. Nella nozione di "imprenditore" utilizzata nelle norme sul patto di famiglia va dunque compreso anche chi – pur non potendosi definire "imprenditore" da un punto di vista tecnico-giuridico – sia semplicemente titolare dell'azienda (senza essere imprenditore) o titolare delle partecipazioni sociali che la rappresentano».

Volgendo particolare attenzione al dato letterale dell'art. 768-*bis* c.c. è facilmente rilevabile come la disciplina risulti particolarmente aperta, essendo previsto come «il titolare di partecipazioni societarie» possa trasferire con il contratto *de quo* «in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti», e proprio la locuzione “partecipazioni societarie” – prodromica alla rappresentazione di una pluralità di fattispecie – ha portato la dottrina a dibattere in ordine alla individuazione del tipo di partecipazioni societarie suscettibili di trasferimento⁽⁷⁾.

Dottrina isolata parte dal dato letterale dell'art. 768-*bis* c.c., in base a cui «il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le pro-

⁽⁷⁾ Giova ricordare, in proposito, come la medesima Relazione alla proposta di legge “Pastore” (n. 2799 del 20 ottobre 1997) specificasse, una volta equiparata l'assegnazione di azienda a quella di partecipazioni sociali, che nel secondo caso doveva comunque trattarsi di titolarità in capo a soggetto imprenditore: da qui la critica avanzata da taluni (cfr. B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, cit., p. 101 s.), consistente nell'osservare che, forse in maniera più opportuna, il legislatore avrebbe potuto utilizzare per entrambi i casi – concernenti, cioè, azienda e partecipazioni – un lessico «meno ambiguo», e magari incentrato maggiormente sul carattere della «titolarità». Al di là di ciò – proseguono i medesimi Aa. – «[...] ciò che deve guidare il giurista nell'interpretazione di questo nuovo strumento contrattuale è il fatto che ciò che ha inteso realizzare il legislatore mediante questa riforma, è la possibilità di creare, in regime pattizio, una successione nei beni produttivi di modo che sia consentita la continuazione dell'attività a soggetti realmente in grado di proseguirne un efficiente e produttivo esercizio. Non ci sembra così rilevante che il disponente sia un imprenditore, quanto piuttosto che l'assegnatario sia, successivamente alla conclusione del patto, effettivamente in grado di gestire al meglio quanto ricevuto dal disponente. [...]. La qualifica di imprenditore non si può trasmettere ma si acquista a titolo originario attraverso l'esercizio dell'impresa». Concludono infine sulla questione osservando come, ad ogni modo, «l'adesione alla tesi secondo la quale potrebbero disporre del patto di famiglia solo gli imprenditori pone [...] un problema di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost. della esaminanda disciplina giacché introdurrebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti imprenditori, che avrebbero a disposizione uno strumento in grado di derogare legittimamente al divieto di patti successori, e soggetti che invece, loro malgrado, imprenditore in senso tecnico-giuridico non lo sono, quando comunque sarebbero in grado di trasferire beni produttivi la cui salvaguardia e continuità, mediante la tutela del passaggio generazionale, con tale normativa il legislatore si è impegnato a garantire introducendo una deroga al divieto di patti successori costituzionalmente ammissibile, trovando la funzione economica dell'azienda apposita tutela nei principi espressi dall'art. 41 Cost.».

prie quote», da ciò ritenendo di ricavare, in maniera certamente restrittiva e soprattutto parziale, l'esclusione dei trasferimenti di pacchetti azionari di società per azioni (quotate o meno) e di società in accomandita per azioni⁽⁸⁾. In realtà, alla lettura del combinato disposto della norma citata con quella dell'art. 768-*quater* c.c. – ove presente il riferimento alla sola locuzione “partecipazioni societarie” – può tuttavia ritenersi trasparente l'intenzione del legislatore, a fini applicativi del patto di famiglia, di concepire “quote” e “partecipazioni” societarie in modo complanare⁽⁹⁾. Osservazione, quest'ultima, che trova conferma anche nel dettato del legislatore tributario: con l. n. 296 del 27 dicembre 2006 (c.d. Legge Finanziaria 2007), al 78° comma dell'articolo unico è stata prevista e disciplinata una nuova ipotesi di esenzione da imposta su successioni e donazioni, introducendosi in tal modo, all'art. 3 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 («Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni»), un nuovo comma (il 4-*ter*)⁽¹⁰⁾, in base al cui primo periodo «I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-*bis* e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta»⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ Così A. BUSANI, *Dubbi se l'azionariato è solo investimento*, in *Guida al dir.*, 2006, 13, p. 46. Al medesimo risultato giunge – seppur partendo da diverso presupposto – P. MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 556 s., il quale pone, a fondamento di una presunta impossibilità di dedurre ad oggetto della stipula del patto familiare partecipazioni societarie diverse dalle “quote”, il preconcetto che il termine “imprenditore” non risulterebbe mai riferibile ai soci nel caso di impresa esercitata in forma collettiva.

⁽⁹⁾ Sul punto la dottrina è, sostanzialmente, unanime: v. almeno B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, n. 55, cit., p. 147.

⁽¹⁰⁾ Sull'applicazione del quale non può non farsi riferimento ai chiarimenti riportati nelle Circolari dell'Agenzia delle Entrate nn. 3/E del 22 gennaio 2008 (cfr. par. 8.3.2) e 18/E del 29 maggio 2013 (cfr. par. n. 5.3).

⁽¹¹⁾ Sul punto V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, Napoli, 2008, p. 63 s.

In ordine alla disamina dei profili di natura fiscale concernenti il patto di famiglia la letteratura è copiosa: A. BUSANI, *Tassazione agevolata del patto di famiglia solo se vi è esercizio di attività*

E sempre partendo dal dato letterale, altra parte minoritaria della dottrina propende per ritenere effettuabile il trasferimento di qualsiasi tipologia di partecipazione societaria anche ove inidonea, di per sé, all'attribuzione di potere gestionale: non esprimendo quindi, né l'art. 768-*bis* né l'art. 768-*quater* c.c. alcun limite in proposito, qualsiasi partecipazione societaria risulterebbe idonea a rappresentare una forma di patrimonio familiare – destinata all'esercizio di attività imprenditoriale svolta in forma collettiva – di cui si intenda semplificare il passaggio in senso generazionale⁽¹²⁾.

d'impresa: una opinabile decisione "additiva" della Cassazione (in nota a Cass. (ord.), 28 febbraio 2023, n. 6082), in *Società*, 2023, p. 802 ss.; S. LOCONTE, B. MOLteni, *Passaggio generazionale del patrimonio societario familiare: requisito dell'esercizio dell'attività di impresa*, in *Fisco*, 2023, p. 1463 ss.; R. LANCIA, *La Cassazione conferma il (corretto) regime impositivo da riservare al patto di famiglia* (in nota a Cass., 17 giugno 2022, n. 19561), in *Dir. e prat. trib.*, 2023, p. 1436 ss.; R. SANSONI, *L'agevolazione patto di famiglia "in cammino": questioni interpretative vecchie e nuove*, in *Contratti*, 2022, p. 575 ss.; O.F. MANSI, *Aspetti fiscali del patto di famiglia nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Notariato*, 2022, p. 505 ss.; A. PISILLO MAZZESCHI, *Inidoneità di un patto parasociale a esentare dall'imposta sulla donazione in caso di trasferimento di partecipazioni sociali con patto di famiglia* (in nota a Cass., 10 marzo 2021, n. 6591), in *Dir. e prat. trib.*, 2022, p. 221 ss.; S. LOCONTE, *Il patto di famiglia: negozio funzionalmente unitario ma non (ancora) ai fini impositivi*, in *Fisco*, 2021, p. 4229 ss.; V. DE CAROLIS, U. SANTACROCE, *Patto di famiglia, patti parasociali e agevolazione fiscale: un difficile coordinamento di discipline* (in nota a Cass., 10 marzo 2021, n. 6591), in *Corr. giur.*, 2021, p. 1401 ss.; A. BUSANI, *L'agevolazione per il passaggio generazionale delle azioni e delle quote di partecipazione al capitale di società*, in *Società*, 2018, p. 1353 ss.; A. ZAPPI, *Patto di famiglia: esente da imposta anche il socio accomandante minoritario*, in *Fisco*, 2017, p. 4527 ss.; D. DAMIANO, *Novità fiscali in tema di patto di famiglia* (in nota a Cass. (ord.), 19 dicembre 2018, n. 32823), in *Notariato*, 2019, p. 458 ss. Ma v. inoltre P. BASSILANA, F. NOBILI, *Imprese di famiglia e passaggio generazionale. Aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 2008, p. 54 ss.; C. BAUCO, V. CAPOZZI, *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*, Milano, 2007, p. 87 ss.; U. FRIEDMANN, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Prime riflessioni sul trattamento del Patto di famiglia ai fini delle imposte indirette*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 185 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Le implicazioni del Patto di famiglia. Aspetti Sistemati*, *ivi*, p. 194 ss.; P. PURI, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Profili dell'imposizione diretta del Patto di famiglia*, *ivi*, p. 202 ss.; M. GREGGI, *Le conseguenze fiscali del c.d. «passaggio generazionale» dei beni*, in *Studium iuris*, 2006, p. 547 ss.; M. BEGHIN, *La disciplina fiscale del patto di famiglia*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia (l. 14 febbraio 2006, n. 55). Comm.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 107 ss.; G. CIPOLLINI, *Profili fiscali del patto di famiglia*, in U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, Torino, 2007, p. 255 ss.; M.V. CERNIGLIARO DINI, *Il patto di famiglia nel diritto tributario*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, p. 967 ss.

⁽¹²⁾ Sull'argomento cfr. A. PISCHETOLA, *Prime considerazioni sul «patto di famiglia»*, in *Vita*

In realtà, la stipula di un patto di famiglia su base oggettiva concernente qualsiasi tipologia partecipazionale societaria rischierebbe di profilarsi quale soluzione al di fuori delle finalità dell'istituto in esame: in caso di trasferimento di quota societaria non qualificabile neppure in termini di minimo potere amministrativo e di controllo, infatti, non si consentirebbe il soddisfacimento della *ratio* dell'istituto in esame, vale a dire la deroga alle norme generali in tema di successione *mortis causa* in vista della tutela dell'interesse alla conservazione del patrimonio imprenditoriale familiare⁽¹³⁾. Inoltre, con-

not., 2006, p. 470, secondo il quale «l'apparente irrilevanza, ai fini della gestione dell'impresa sociale, di partecipazioni irrisorie rispetto al capitale sociale o istituzionalmente prive del potere di amministrazione “potrebbe essere smentita [...] da eventuali patti intercorrenti tra i soci ed afferenti sia pure indirettamente sulle sorti dell'azienda gestita in forma collettiva”»; si v. inoltre C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 35, il quale osserva come la legge di riforma risulti «volta ad assicurare l'efficienza dell'impresa anche sul piano della sua capitalizzazione», ed abbia pertanto voluto garantire le «più ampie facoltà di disporre delle partecipazioni al capitale di rischio, al fine di accrescerne il grado di appetibilità (anche) per proprio accentuare la forza dell'impresa di attrarre investimenti».

⁽¹³⁾ Tra le ragioni avanzate al fine di contrastare l'impostazione dottrinarina favorevole all'estensibilità della disciplina del patto di famiglia ai fini del trasferimento, oltre che di partecipazioni societarie la cui titolarità consenta un potere gestorio sull'impresa collettiva, di ogni altro tipo di partecipazione, è rinvenibile anche quella basata sul fine di impedire che, con la “mera forma” dell'istituto di cui agli artt. 768-*bis* e ss. c.c., si venga a costituire qualsiasi tipo di trasmissione del patrimonio familiare. In base a tale impostazione si correrebbe il rischio che mediante la stipula di un patto di famiglia (sostanzialmente simulato) si dia luogo, ad esempio, alla costituzione di società di comodo: cfr. A. BUSANI, *Dubbi se l'azionariato è solo investimento*, cit., p. 46; nonché A. MASCHERONI, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 21, secondo il quale le partecipazioni societarie subirebbero da parte dell'art. 768-*bis* c.c. una contemplazione di tipo «generalizzato», non attribuendo «rilevanza ai problemi di controllo dell'impresa che sembrerebbero, se non determinanti, i più idonei a giustificare le innovazioni introdotte. Cosicché la nuova normativa sembra andare al di là delle intenzioni, ammettendo le “società di godimento” (società senza impresa) allo stesso trattamento che sembrava avere come *ratio* quella di assicurare la continuità dell'attività d'impresa». Si tratta tuttavia di un falso problema, in quanto è lo stesso legislatore ad escludere, ove non sia effettivo l'esercizio di attività d'impresa, la ricorrenza di un'impresa in forma societaria: l'art. 2248 c.c., infatti, dispone in proposito che «la comunione costituita o mantenuta al solo

sentire la deroga alla disciplina successoria per la semplificazione, anche in termini fiscali, del passaggio generazionale di partecipazioni societarie qualificabili in termini di mero investimento finanziario, potrebbe presentare profili di incostituzionalità⁽¹⁴⁾.

scopo del godimento di una o più cose» sia disciplinata esclusivamente dagli artt. 1100 ss. c.c. In sostanza, non essendo concepibile la stipula di un patto di famiglia in assenza di un soggetto qualificabile in termini di titolare di partecipazioni societarie o, più in generale, di «imprenditore» in senso economico, tantomeno risulta possibile concludere tale contratto in assenza di impresa, sia esercitata singolarmente che – ed è questo il caso della c.d. società di comodo – in maniera collettiva. Pertanto, in caso di patto di famiglia concluso nell'ipotesi prevista e disciplinata dall'art. 2248 c.c., si procederà anzitutto a rilevare la nullità del contratto societario *ex art.* 1344 c.c., con la conseguente dichiarazione successiva di invalidità – a meno di una sua eventuale conversione *ex art.* 1424 c.c. – del contratto stipulato ai sensi degli artt. 768-*bis* ss. c.c.: così L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, p. 185, la quale osserva come il contratto, in tali ipotesi, «pur essendo nullo come patto di famiglia, tipo legale al quale si era indirizzata l'autonomia privata e quindi da questa prescelto, potrebbe infatti avere i “requisiti di sostanza e di forma” per adempiere ad una funzione diversa, che la legge gli consente di esplicitare se, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, si può ritenere che esse avrebbero voluto anche il diverso tipo contrattuale. In particolare, in questo caso, il mutamento della causa contenuto entro i limiti segnati dallo scopo perseguito dalle parti, potrebbe consentire la produzione degli effetti di una donazione, allorché risultino integrati i richiesti requisiti di forma». *Contra*, G. OBERTO, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 420 s., il quale, in una approfondita disamina della Relazione al d.d.l. C/3870 («Introduzione dell'articolo 734-*bis* del codice civile, in materia di patti successori d'impresa»), presentato l'8 aprile 2003 alla Camera dei Deputati, sottolinea come, avendo riguardo alla tematica delle tipologie partecipazionali societarie, «occorre prendere atto della circostanza che il legislatore non ha ritenuto di introdurre alcuna distinzione, per cui la norma sarà applicabile anche alle c.d. “società di godimento”, nelle quali non si ha esercizio organizzato di attività economica, pur con tutti i problemi di validità che le medesime possono suscitare alla luce del disposto dell'art. 2248 c.c.: norma, del resto, facilmente eludibile e quotidianamente elusa mediante “società di comodo”, costituite mediante la fittizia enunciazione, nel contratto costitutivo, dell'intento di esercitare una data attività di impresa. Un indizio in questo senso pare del resto desumibile dalla Relazione al [...] progetto C/3870, in cui, a commento del proposto settimo comma dell'art. 734 *bis* c.c. – a mente del quale le disposizioni del patto di famiglia si sarebbero dovute applicare “anche alle partecipazioni sociali” – si affermava che “Il settimo comma parifica alla fattispecie dell'assegnazione di azienda quella di assegnazione di partecipazioni, in società di qualsiasi specie”».

⁽¹⁴⁾ Di sicuro interesse, in proposito, risulta essere anche l'interpretazione «meramente letterale» dell'approccio lessicale, effettuato da parte del legislatore, ai lemmi «imprenditore»

La dottrina maggioritaria pertanto correttamente ritiene necessaria la sussistenza, in capo al disponente, di una partecipazione qualificata⁽¹⁵⁾: di

e «titolare di partecipazioni societarie»: osserva infatti L. CAROTA, *Il contratto con causa successiva. Contributo allo studio del patto di famiglia*, cit., p. 178, come, «a ben vedere, il fatto che nel testo della norma (art. 768 *bis* c.c.) sia stata utilizzata la congiunzione “e” piuttosto che la disgiuntiva “o” sembrerebbe deporre proprio nel senso di richiedere in ogni caso in capo al soggetto disponente titolare di partecipazioni societarie anche la qualità di imprenditore nell’accezione appena descritta. E un altro indizio in questo senso, come assai puntualmente si è osservato, può essere tratto dalla circostanza che nella legge la qualifica di imprenditore è stata talvolta la sola attribuita al disponente (art. 768 *quater*, comma 1°; art. 768 *sexies*, comma 1°), circostanza – dunque – da non liquidare come un mero difetto di formulazione del testo normativo». Cfr., altresì, G. OPPO, *Patto di famiglia e «diritti della famiglia»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 445, il quale osserva come, con riferimento all’ipotesi di partecipazioni societarie, alle medesime sia necessario corrisponda comunque un qualche potere di gestione: «Disponente è “l’imprenditore” (artt. 768 *bis* e *quater*) ma la qualifica non è esaustiva perché all’imprenditore è equiparato “il titolare di partecipazioni sociali”. All’imprenditore potrebbe ancora equipararsi, ai fini della legge, il socio di controllo ma il riferimento alle “partecipazioni” non sembra limitabile a questa ipotesi anche se può ipotizzarsi che ad esse debba corrispondere un qualche potere gestorio (si pensi ai patti parasociali). La qualifica di imprenditore, talvolta la sola attribuita al disponente (art. 768 *quater*, comma 1°), può agevolare una simile lettura»; ancora, sul punto, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., pp. 418 s. e 421 s.

⁽¹⁵⁾ Sul punto v. almeno G. DE NOVA, *Introduzione*, in G. DE NOVA, F. DELFINI, S. RAMPOLLA, A. VENDITTI, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, p. 3; M.C. LUPETTI, *Il finanziamento dell’operazione: family buy out*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l’impresa. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 361 ss.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 220 s.; F. DELFINI, *Il patto di famiglia introdotto dalla legge n. 55/2006*, in *Contratti*, 2006, p. 512 ss.; A. ZOPPINI, *L’emersione della categoria della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l’impresa. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 278 s.; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., p. 415 ss., spec. p. 421 s.; A. BOLANO, *I patti successivi e l’impresa alla luce di una recente proposta di legge*, in *Contratti*, 2006, p. 94; S. DELLE MONACHE, *Art. 1*, in ID. (a cura di), *Il patto di famiglia (l. 14 febbraio 2006, n. 55). Comm.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 23, nt. 9; L. BALESTRA, *Patto di famiglia. Art. 768 bis*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia (l. 14 febbraio 2006, n. 55). Comm.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 29 s.; ID., *Il patto di famiglia: l’erosione del divieto dei patti successivi istitutivi*, in *www.personaedanno.it*, secondo il quale una generalizzata applicabilità della disciplina del patto di famiglia, in presenza di qualsiasi tipologia di pacchetto societario di cui si trovi ad essere titolare il disponente, varcherebbe i limiti imposti dalla *ratio* su cui la disciplina del novello Capo V-bis trova a fondarsi, ricadendo conseguentemente nell’ormai anacronistico divieto dei patti

talché l'ambito delle partecipazioni trasferibili andrebbe ristretto a quelle che, «per loro natura, assicurano un “potere di gestione” (in senso lato) in capo al relativo titolare» tale da risultare strumentali al governo dell'impresa societaria, la cui continuazione costituisce motivo oggettivato in stipula⁽¹⁶⁾.

3. — *Partecipazione qualificata e potere gestorio.*

È utile ricordare, ai fini della presente indagine, come il significato della locuzione “partecipazione societaria qualificata” debba intendersi quale espressione del potere, del titolare, di gestire (a vario livello quantitativo e di autonomia, a seconda della fattispecie concreta) le attività oggetto del contratto societario⁽¹⁷⁾.

Sarà pertanto necessario stabilire se, e quando, la quantificazione delle partecipazioni debba considerarsi idonea ad attribuire al titolare un effettivo

successori. Ma v. sul punto anche le osservazioni di F. DELFINI, *Il patto di famiglia introdotto dalla legge n. 55/2006*, in *Contratti*, 2006, p. 512 ss.; L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, cit., p. 175 ss. *Contra*, D. STEVANATO, *I trasferimenti di aziende e partecipazioni nell'imposta di successione e donazione: aspetti critici delle nuove fattispecie di esenzione*, in *Dial. dir. trib.*, 2007, p. 596.

⁽¹⁶⁾ Così G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., p. 416. Ma v. in proposito B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, cit., p. 148, ove si sono prospettate quattro fondamentali ipotesi risolutive. Nell'ottica di un *climax* che, partendo da una impostazione di tipo estensivo, volge ad altre sempre più restrittive, si è anzitutto ammesso il ricorso alla disciplina del patto di famiglia da parte di qualsiasi soggetto in capo a cui sia rinvenibile la titolarità, indipendentemente dal profilo quali-quantitativo, di partecipazioni societarie. Si è ipotizzata, inoltre, la stipula di un patto di famiglia da parte di un qualsiasi titolare di partecipazioni, la cui quantità sia tuttavia tale da consentire, al soggetto medesimo, l'attivo controllo sulle attività imprenditoriali sociali (quantità qualificata). In terzo luogo si è dato conto di un soggetto che, a prescindere dal numero di quote di cui risulti titolare, sia impegnato attivamente nelle attività di gestione. Si è, infine, avanzata l'ipotesi in cui il disponente sia necessariamente l'unico socio titolare di partecipazioni di controllo, nonché attivamente impegnato nelle attività imprenditoriali.

⁽¹⁷⁾ In questo senso, B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, cit., p. 147.

potere di gestione in quanto, ove detta idoneità non sia ravvisabile, la partecipazione societaria oggetto del patto si risolverebbe nel passaggio di un mero investimento, non ascrivibile a bene produttivo di tipo imprenditoriale di cui il legislatore mira a garantire il passaggio generazionale⁽¹⁸⁾: nel caso in cui il passaggio generazionale riguardasse una partecipazione societaria non idonea ad influenzare la sopravvivenza dell'impresa, infatti, proprio la inalterabilità dell'organizzazione imprenditoriale imporrebbe di escludere l'applicabilità della disciplina di cui al Capo V-*bis*⁽¹⁹⁾.

Con particolare riferimento alle società di persone, potranno quindi formare oggetto di stipula del patto di famiglia le quote di società semplici nonché, nel caso di società in nome collettivo, le esclusive quote attributive

⁽¹⁸⁾ V. in proposito, di recente, Cass. (ord.), 28 febbraio 2023, n. 6082, in *Società*, 2023, p. 774, con nota di M. GABELLI, *Il regime di esenzione dall'imposta sulle donazioni non si applica al trasferimento di partecipazioni in società immobiliari e ivi*, p. 802, con nota di A. BUSANI, *Tassazione agevolata del patto di famiglia solo se vi è esercizio di attività d'impresa: una opinabile decisione "additiva" della Cassazione*, cit., in *Notariato*, 2023, p. 470, in *Giur. trib.*, 2023, p. 598, con nota di T. TASSANI, *Trasferimento di partecipazioni ed esercizio effettivo dell'impresa: storia di un disorientamento interpretativo*, e in *Fisco*, 2023, p. 1473, con nota di F. GALLIO, *Per l'esenzione dall'imposta di donazione delle partecipazioni estere vanno rispettate le condizioni richieste per quelle italiane*, ove si evidenzia che «In tema di imposta di registro, l'agevolazione prevista dall'art. 3, comma 4-ter, d.lgs. n. 346/1990 (relativa, tra l'altro, alla non soggezione all'imposta di donazione dei trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia, a favore dei discendenti e del coniuge, di quote di partecipazione al capitale di società), presupponendo non solo l'acquisizione del controllo della società e il suo mantenimento per almeno un quinquennio, ma anche l'esercizio dell'impresa da parte della società partecipata, non spetta in caso di donazione ai figli di quote di partecipazione al capitale di società di "mero godimento immobiliare", poiché il trasferimento del controllo di società, che non hanno un'effettiva ed operativa attività economica, non è equivalente al trasferimento di un'azienda».

⁽¹⁹⁾ Sottolinea la sostanziale utilità pratica di questa impostazione anche G. FIETTA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 89, secondo il quale, nonostante non necessitano «particolari requisiti in capo al trasferente delle partecipazioni societarie onde poterlo definire imprenditore quale presupposto per l'applicazione della disciplina, nulla richiedendo al riguardo la legge e non trovandosi nel sistema indici sicuri e condivisibili che consentano di limitare la disciplina a partecipazioni qualificate in senso quantitativo o qualitativo», è ragionevole ritenere «che tali elementi avranno comunque influenza pratica, per cui non sarà frequente il ricorso all'istituto in esame per partecipazioni economicamente non significative».

di potere amministrativo-gestorio⁽²⁰⁾: i soci la cui responsabilità sia illimitata sono da considerare, infatti, sia in termini economici che tecnico-giuridici, “capi dell’impresa” (pertanto, “coimprenditori”) secondo quanto prescritto *ex art.* 2086 c.c., i medesimi risultando assoggettabili ad apertura della procedura di liquidazione giudiziale nonché a responsabilità penale *ex artt.* 256 e 328 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 («Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155»)⁽²¹⁾, per i reati di bancarotta commessi su patrimonio della società o sul proprio⁽²²⁾.

Riguardo alla società in accomandita semplice, il discorso è lievemente più complesso: sono certamente da considerarsi trasferibili, *ex artt.* 768-*bis* ss. c.c., le partecipazioni la cui titolarità sia ravvisabile in capo all’accomandatario⁽²³⁾. Per ciò che invece concerne gli accomandanti, deve considerarsi

⁽²⁰⁾ Sul punto, V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, cit., p. 66, spec. nt. 148, nella quale l’A. precisa come «secondo il modello legale delineato dall’art. 2257 c.c. (che deve intendersi richiamato, per la s.n.c., dall’art. 2293 c.c.), tutti i soci di società semplice e di s.n.c. hanno automaticamente il potere di amministrazione, salvo diversa pattuizione contenuta nell’atto costitutivo».

⁽²¹⁾ Anteriormente al 15 luglio 2022 – data di entrata in vigore del citato d.lgs. 14/2019 – il riferimento normativo era negli artt. 147 e 222 l.fall.

⁽²²⁾ Cfr., sul punto, l’importante decisione della Consulta del 21 luglio 2000, n. 319, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2723, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 1276, con nota di V. DE SENSI, *Illegittimità costituzionale del fallimento in estensione e del fallimento delle società commerciali cessate*, in *Giur. it.*, 2000, p. 10, con nota di S. AMBROSINI, *Nota sui limiti temporali del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili*, in *Dir. fall.*, 2000, p. 665, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Una sentenza attesa da tempo e che riconduce nei giusti termini la disciplina del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1174, con nota di F. FRUMIGLI, *Repetita iuvant: la consulta ancora sui limiti temporali al fallimento in estensione*, in *Società*, 2001, p. 37, con nota di A. FABRIZIO, *Fallimento dei soci illimitatamente responsabili*, in *Fallimento*, 2001, p. 13, con nota di F.A. GENOVESE, *Illegittimità costituzionale degli artt. 10 e 147 legge fallimentare*, la quale, estendendo l’operabilità dell’art. 10, l. fall. all’ex socio illimitatamente responsabile uscito dalla società, ne ha ammesso la dichiarazione del fallimento entro l’anno dalla cessazione – pertanto – della sua «impresa».

⁽²³⁾ In questo senso, V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, cit., p. 66; in senso complanare anche B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, cit., p. 100; L. CAROTA, *Il contratto con causa successiva. Contributo allo studio del patto di famiglia*, cit., p. 174, spec. nt. 40; L. BALESTRA, *Il patto di famiglia: l’erosione del divieto dei patti successori istitutivi*, loc. cit.

come ai soci limitatamente responsabili il legislatore precluda (*ex art.* 2318, 2° comma c.c.) qualsiasi potere di tipo amministrativo sull'impresa collettiva, escludendone in tal modo qualsiasi ipotesi di qualificabilità imprenditoriale (sia *ex art.* 2082 c.c. che in termini prettamente economici)⁽²⁴⁾. Ciò nonostante, è quantomeno utile fare menzione dell'ipotesi, particolare, di contratto societario il quale affidi agli accomandanti un potere autorizzatorio e consultivo per operazioni specifiche⁽²⁵⁾: ad una lettura di tali ingerenze alla stregua di – seppur circoscritto – potere gestorio, conseguirebbe *ex art.* 2320, 2° comma c.c. la trasferibilità, mediante patto di famiglia, anche delle partecipazioni societarie dei soci accomandanti⁽²⁶⁾.

Quanto alle società di capitali, in quelle a responsabilità limitata le relative quote potranno formare oggetto di patto di famiglia solo in due casi: *a)* quando si tratti di partecipazioni di tipo maggioritario; *b)* in caso di partecipazioni minoritarie, ove siano idonee, tuttavia, ad attribuire al titolare uno specifico potere amministrativo (oggetto anch'esso, ovviamente, di

⁽²⁴⁾ Come sottolinea correttamente F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, *L'impresa e le società*, 1, *L'impresa. Le società in genere. Le società di persone*, 4ª ed., Padova, 2004, p. 317: «il rischio di impresa, ossia il rischio di perdere la propria ricchezza, è destinato ad operare quale contrappeso del potere economico e, di conseguenza, quale garanzia del suo buon esercizio».

⁽²⁵⁾ Quanto alla disamina di tale diritto di controllo del socio accomandante si veda l'esauritiva disamina di D. PISELLI, *Poteri di controllo dell'accomandante, esclusione dell'accomandatario e revoca dell'amministratore di s.a.s.*, in *Società*, 2003, p. 1518 ss.

⁽²⁶⁾ In dottrina, cfr. ancora V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, cit., pp. 66 s., 71. Si tratta, comunque, di riflessione ampiamente condivisa: cfr. G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., p. 416 s.; L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, cit., p. 174. Più in generale, con riferimento alla disciplina societaria, v. F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 5ª ed., Torino, 1995, p. 204, il quale ritiene – rispecchiando dottrina giuscommercialistica pressoché unanime – come, in base al combinato disposto degli artt. 2257, 2293 e 2315 c.c., il contratto sociale sia suscettibile di attribuire potere amministrativo anche solo a una parte dei soci accomandatari: in consimile ipotesi sarebbero deducibili ad oggetto della stipula del patto di famiglia esclusivamente le partecipazioni degli accomandatari dotati di specifico potere amministrativo (salva la possibilità, ovviamente, di effettuare modifiche *ad hoc* del contratto sociale, contestuali alla stipula del patto).

trasferimento) in linea con quanto previsto *ex art.* 2468, 3° comma c.c.⁽²⁷⁾.

Analoghe considerazioni valgono per la società per azioni⁽²⁸⁾ e per la so-

⁽²⁷⁾ Sul punto, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., p. 417; nonché V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, cit., pp. 68, 71 s. e 80. Anche se, come sottolineato in B. INZITARI, P. DAGNA, M. FERRARI, V. PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, cit., p. 163, in tale ipotesi (s.r.l.) la stipula del patto familiare «potrebbe trovare ostacoli in presenza di una clausola avente ad oggetto il divieto di trasferibilità delle quote della società, eventualmente anche per causa di morte, sulla cui attuale validità non residua alcun dubbio alla luce del novellato art. 2649 c.c. introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6»; P. BOERO, *Società di capitali e successione mortis causa*, in AA.VV., *Azienda ed impresa, individuale e collettiva, nella successione mortis causa: problemi di diritto civile e tributario*, Palermo, 1982, p. 147 ss.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1139; C. LICINI, *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, *ivi*, 1991, p. 423 ss.; L. CALVOSA, *Clausole di riscatto di azioni e divieto dei patti successori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, p. 635; G.C.M. RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 1197.

È noto, peraltro, come a seguito della riforma societaria del 2003 il modello della s.r.l. si sia ben adattato ad attività imprenditoriali caratterizzate da tratti personalistici: sul punto, G. DE ROSA, *Il patto di famiglia ed il suo ambito di applicazione*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006, p. 180; ma v. anche, più in generale, F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 223 ss.

⁽²⁸⁾ È utile notare, in proposito, come anche consentendo la trasferibilità, *ex artt.* 768-*bis* ss. c.c., delle partecipazioni che assicurino un mero controllo di fatto sull'assetto gestionale di una società per azioni, potrebbe incorrersi in più di un problema sotto il profilo rogitalo, in quanto verrebbe a mancare l'attribuzione formale di un potere costituito in via istituzionale (salva modifica *ad hoc* – contestuale alla stipula – del contratto sociale). Precisa tuttavia in proposito G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., p. 417, come nell'ipotesi di trasmissione, a mezzo del patto di famiglia, di partecipazioni di controllo “di fatto” di s.p.a., si richiederebbe non tanto apposito accertamento da parte del notaio rogante quanto, piuttosto, un'esplicita dichiarazione delle parti contrattuali; nello stesso senso, A. DE MARTINO, *Brevi note in tema di patti di famiglia*, in *www.personaedanno.it*, p. 8; nonché, infine, G. VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1912 s., secondo il quale sarebbe sufficiente dichiarare «da situazione di controllo di mero fatto [...] al notaio rogante al fine di attestare [...] l'esigenza di favorire la continuità gestionale della impresa in ragione di un suo trapasso generazionale». Tale affidamento del pubblico ufficiale alle dichiarazioni delle parti tuttavia comporta, secondo M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa* (relazione tenuta al seminario di studi *Impresa e diritto di famiglia. Profili di comparazione e novità di diritto interno*, svoltosi a Cassino il 6 aprile 2006), in *Riv. not.*, 2007, p. 16, «il rischio che tale enunciazione si risolva in niente più che una clausola di stile», nonché, in base alle osservazioni di V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance –*

cietà in accomandita per azioni, in ordine alla quale ultima non pare ragionevole esprimere dubbi sulla trasferibilità, mediante patto di famiglia, della quota del socio accomandatario: la quale, anche se minoritaria, necessariamente conferisce (*ex art. 2455, 2° comma c.c.*) poteri gestionali al titolare⁽²⁹⁾.

Viene da precisare, a tale ultimo proposito, come debbano poter costituire oggetto di patto di famiglia anche le quote e le partecipazioni minoritarie, rispettivamente, di società a responsabilità limitata e di società per azioni, purché, ove sommate a quote e partecipazioni di cui l'assegnatario risulti già titolare, divengano in questo modo maggioritarie.

Scioglimento, cit., p. 70, la conseguente, facile impugnabilità giudiziale del patto di famiglia, diretta all'accertamento dell'eventuale relativa invalidità dovuta alla carenza del fondamentale elemento oggettivo del contratto, cioè a dire la partecipazione societaria qualificata. Si v. in giurisprudenza, in senso complanare, Cass., 17 marzo 2021, n. 7429, in *Ced Cassazione*, ove si sottolinea che «In tema di imposta sulle donazioni, l'esenzione prevista dall'art. 3, comma 4-ter, del d.lgs. n. 346 del 1990 per i patti di famiglia aventi ad oggetto il trasferimento di partecipazioni sociali a favore dei discendenti, va riconosciuta ai soli casi in cui esso consente agli aventi causa l'acquisizione o l'integrazione del controllo della società e a condizione che quest'ultimi si impegnino, per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, a proseguire l'esercizio dell'attività; di talché, nel caso di trasferimento a più discendenti in comproprietà, il beneficio deve essere riconosciuto a condizione che i diritti dei comproprietari vengano esercitati da un rappresentante comune che disponga della maggioranza dei voti esercitabile nell'assemblea ordinaria, essendo così realizzato l'effettivo passaggio generazionale dell'impresa mediante il totale trasferimento del controllo di diritto dai disponenti ai discendenti».

⁽²⁹⁾ Come correttamente precisato da F. SCAGLIONE, *Successioni anomale e contratto di società*, Napoli, 1998, pp. 124-127, tuttavia, non deve dimenticarsi come l'acquirente della partecipazione del socio accomandatario a titolo di successione possa subentrare, nei poteri amministrativi di quest'ultimo, esclusivamente nel rispetto dei requisiti di cui all'attuale art. 2457 c.c. (l'A., scrivendo in un momento anteriore alla c.d. Riforma societaria di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, si riferiva, ovviamente, al previgente art. 2467 c.c., il quale veniva rubricato, come l'attuale art. 2457 c.c., secondo la locuzione «Sostituzione degli amministratori»); cfr. inoltre, sul punto, ID., *Clausole societarie di successione familiare*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 943 ss.; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., p. 415 ss., spec. p. 418, il quale sottolinea come risultino trasferibili *ex art. 768-bis* ss. c.c. le quote dell'accomandatario, anche ove non maggioritarie, in quanto il medesimo rivestirebbe indubbiamente titolarità di poteri gestionali *ex art. 2455* c.c.; recentemente, infine, V. VERDICCHIO, *Sub art. 768-bis c.c.*, in N. DI MAURO, E. MINERVINI, V. VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Commentario alla Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, p. 76 ss.

Giova rilevare come la tesi in commento trovi ulteriore e sostanziale conferma nel secondo periodo del già citato art. 3, comma 4-ter del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, ove si dispone che «In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'art. 73, 1° comma, lett. a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'art. 2359, 1° comma, n. 1, del codice civile»: di talché, in caso di patto di famiglia avente ad oggetto partecipazioni relative a società per azioni e in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative, società di mutua assicurazione, società europee di cui al reg. CE 8 ottobre 2001, n. 2157/2001 e società cooperative europee di cui al reg. CE 22 luglio 2003, n. 1435/2003/CE residenti nel territorio dello Stato, il beneficio esentivo da imposta dovrà ritenersi limitato alle partecipazioni con cui si acquisisca o integri il potere di controllo di cui al n. 1 del 1° comma dell'art. 2359 c.c.⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ Cfr. sul punto V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, cit., p. 72, secondo il quale tuttavia rimarrebbe aperta, a questo punto, la questione concernente l'ammissibilità, anche a fronte della più volte citata Legge Finanziaria 2007, della stipula di un patto di famiglia il cui oggetto sia costituito da quote o partecipazioni che non siano idonee a far acquistare, o anche solo integrare, il «controllo» di cui al n. 1 del 1° comma dell'art. 2359 c.c.; l'A. precisa (p. 72), tuttavia, come tale ulteriore questione sia suscettibile di assumere caratteri di relativa importanza, dal momento che la citata novella al d.lgs. n. 346/1990 rende *de facto* economicamente poco conveniente il trasferimento di partecipazioni di società di capitali che non siano idonee al conseguimento o all'integrazione, in capo al ricevente, del più volte citato potere di controllo: di talché, prescindendo dalla specifica questione afferente la validità di un patto di famiglia avente ad oggetto le descritte tipologie partecipazionarie, il legislatore ne ha costituito un vero e proprio disincentivo generalizzato al trasferimento. Quanto ai rapporti, in generale, tra la disciplina in tema di patto di famiglia avente ad oggetto il trasferimento di partecipazioni societarie e le novità introdotte dal 78° comma dell'art. 1 della l. 296/2006, v. l'ampia e dettagliata analisi di G. DE MARZO, *Patti di famiglia, trasferimento di partecipazioni societarie e Legge Finanziaria*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 425 ss., nonché la già citata Circolare n. 18/E del 29 maggio 2013 con cui l'Agenzia delle Entrate evidenzia, al par. n. 5.3, che il 1° comma, n. 1 dell'art. 2359 c.c. «definisce la nozione di “controllo di diritto”, che si realizza quando un soggetto “dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria” di una società, ossia detiene più del 50% delle quote o azioni della società, con diritto di voto nella assemblea ordinaria», e richiamando quanto statuito dalla Risoluzione 26 luglio 2010, n. 75, della propria Direzione

Non può non farsi menzione, infine, di quanto statuito dagli ultimi due periodi del citato art. 3, comma 4-ter del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, in base a cui «Il beneficio [esentivo] si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471⁽³¹⁾, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata».

4. — *Disciplina statutaria e patti parasociali.*

L'inciso di cui all'art. 768-bis c.c., concernente la necessità che il trasferimento delle partecipazioni avvenga nel rispetto della disciplina delle varie tipologie societarie, è chiaramente volto alla salvaguardia del complesso normativo concernente le società di provenienza sia legale che statutaria, il quale prevede, nell'ipotesi di trasferimento *de qua*, il rispetto di alcuni presupposti, nonché di una particolare disciplina in tema di pubblicità dichiarativa⁽³²⁾.

Quanto alla disciplina legale propria delle società di persone, anzitutto, il trasferimento delle quote impone necessariamente una modifica del contratto societario di talché, ai fini dichiarativi, sarà necessario in via di principio

Centrale Normativa, sottolinea che «la verifica del requisito dell'acquisizione o integrazione del controllo previsto per la fruizione dell'agevolazione in discorso deve essere effettuata anche in considerazione di quanto disposto dal 2° comma dell'art. 2359, secondo cui “*ai fini dell'applicazione dei nn. 1 e 2 del 1° comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi*”».

⁽³¹⁾ In base al 1° comma dell'art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, la sanzione amministrativa è «pari al trenta per cento di ogni importo non versato».

⁽³²⁾ V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, cit., p. 73 ss.

(*ex art.* 2252 c.c.) il consenso di tutti i soci. L'eccezione è invece costituita da due ipotesi: *a)* il medesimo contratto societario prevede e disciplina la libera trasferibilità delle quote⁽³³⁾: in questo caso, *nulla quaestio*; *b)* nell'ambito di società in accomandita semplice, si vuole trasferire (*ex art.* 2320, 2° comma c.c.) la quota del socio accomandante: in questo caso (e dato per acquisito come la medesima possa formare oggetto del patto di famiglia) sarà sufficiente il mero *placet* dei soci di maggioranza, secondo quanto disposto *ex art.* 2322 c.c.⁽³⁴⁾.

Con riferimento alle società di capitali, nei casi esposti al precedente paragrafo le partecipazioni debbono considerarsi liberamente trasferibili: la formula di salvezza di cui all'art. 768-*bis* c.c. è volta, pertanto, alla tutela di situazioni specificamente afferenti alla disciplina statutaria, in quanto potrebbero verificarsi: *a)* ipotesi il cui oggetto sia costituito da partecipazioni le quali, pur nel rispetto della disciplina legale prevista in tema di circolazione azionaria, risultino comunque – ove in tal senso previsto dallo statuto – ini-

⁽³³⁾ In ordine allo specifico tema concernente la libera trasferibilità di quote societarie, cfr. M. BENETTI, *Cessione di quote: efficacia, opponibilità ed esercizio dei diritti sociali*, in *Società*, 2008, p. 227 ss.; A. FUSI, *In tema di cessione di quote di società personale*, *ibidem*, p. 992 ss.; C. CARBONE, *Circolazione di quote sociali, clausola compromissoria e violazione della clausola di prelazione*, *ivi*, 2009, p. 1403 ss.; S. LUONI, *Note in tema di partecipazioni in società di persone e di capitali e regime patrimoniale della famiglia e divisibilità della quota di s.r.l.*, in *Giur. it.*, 2008, p. 4 ss.; C. MAZZÙ, *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari*, in *Notariato*, 2008, p. 419 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 10ª ed. a cura di M. Campobasso, Torino, 2020, p. 103; G.C.M. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 327 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 305.

⁽³⁴⁾ Sul punto, cfr. G. OBERTO, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, cit., p. 421, secondo il quale la circostanza in base a cui, nelle società di persone, «la cessione di una quota sociale rappresenta una fattispecie modificativa del contratto sociale che, in assenza di una diversa pattuizione, deve essere approvata da tutti i soci all'unanimità (art. 2252 c.c.)». Solo per la quota del socio accomandante l'art. 2322 c.c. prevede che il trasferimento sia approvato dalla maggioranza dei soci che rappresentano la maggioranza del capitale sociale», porta ad una concreta attuabilità del patto di famiglia solo nell'ipotesi in cui «sia stato preventivamente acquisito il consenso unanime dei soci o della maggioranza degli stessi nel caso previsto dall'art. 2322 c.c.», ovvero sussista, all'interno di patti c.dd. parasociali, apposita «clausola di libera trasferibilità tra vivi della quota»; ancora, A. MERLO, *Il patto di famiglia*, in *CNN Notizie* del 14 febbraio 2006, p. 9; nonché G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., p. 415 s.

donec al trasferimento; *b*) ipotesi di deroga non consentita alla eventuale presenza di clausole societarie c.dd. di gradimento o di prelazione. Nessuna questione interpretativa, al contrario, porrebbe l'eventuale esistenza di patti parasociali c.dd. "di blocco", in quanto, esprimendo efficacia obbligatoria tra i contraenti⁽³⁵⁾ con esclusione di quella reale, risultano comunque ini-

⁽³⁵⁾ In ordine alla mera obbligatorietà *inter partes* dei patti parasociali, quali accordi stipulati *a latere* del contratto societario, e inerenti alle persone dei soci in quanto tali (senza riferimenti alla partecipazione societaria in sé), vi è all'attivo un ampio dibattito dottrinale, sui si v., *ex multis*, G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942; ID., *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in ID., *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, p. 180; M.C. MALAGUTI, *I limiti soggettivi di efficacia dei patti parasociali*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 540; G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Società*, 1991, p. 596; R. TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000, p. 79 ss.; M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341-bis e 2341-ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società* diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale, Torino, 2007; R. RORDORF, *I patti parasociali*, in G. GIACOBBE (a cura di), *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2008, p. 514 ss. Per la giurisprudenza, v. Cass., 1° giugno 2017, n. 13877, in *Giur. it.*, 2018, p. 398, con nota di S. LUONI, *Patto parasociale tra problemi di forma e conseguenze in caso di inadempimento*, in *Notariato*, 2017, p. 444, e in *Società*, 2017, p. 911, ove si sottolinea che «In tema di società, i patti parasociali debbono essere tenuti distinti dagli atti di estrinsecazione e realizzazione dell'organizzazione societaria, quali quelli di modificazione del contratto sociale, giacché i patti parasociali propriamente attengono non al piano organizzativo dell'ordinamento sociale, bensì a quello dei rapporti interindividuali tra titolari di partecipazioni societarie»; Cass., 18 luglio 2007, n. 15963, in *Giur. it.*, 2007, p. 2754, con nota di G. COTTINO, *Patti parasociali, la Cassazione puntualizza*; Cass., 5 marzo 2008, n. 5963, in *Riv. not.*, 2009, II, p. 460. Dottrina minoritaria tende a riconoscere efficacia dei patti stipulati dall'intero comparto dei soci anche verso la società: v. in proposito G.B. PORTALE, *Patti parasociali con "efficacia corporativa" nelle società di capitali*, in *Società*, 2015, p. 7 ss.; E. MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, Torino, 2007, p. 201 ss.; in giurisprudenza, v. Cass. (ord.), 4 luglio 2018, n. 17498, in *Giur. it.*, 2019, p. 366, con nota di A. PETRUZZI, *Opzioni put & call, finanziamento partecipativo e divieto del patto leonino*, in *Società*, 2019, p. 13, con nota di A. BUSANI, *È valida l'opzione put utile ad attrarre capitale di rischio*, e in *Notariato*, 2018, p. 635, ove si evidenzia che «Il patto parasociale avente ad oggetto l'obbligo di un azionista di acquistare l'intera partecipazione di titolarità di altro socio ad un prezzo non inferiore a quello corrisposto da quest'ultimo per l'acquisto, maggiorato degli interessi ad un tasso convenzionale prestabilito nonché dei versamenti effettuati a favore della società partecipata, persegue un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., latamente generale, come tale non elusivo della *ratio* della disciplina posta dall'art. 2265 c.c., perfettamente lecito e ammissibile nell'ordinamento interno», su cui v. anche le riflessioni di C. PRESCIANI, *Opzione di vendita delle partecipazioni sociali e divieto di patto leonino*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1165, che ne ha sottolineato l'impostazione implicitamente

donei a rappresentare una limitazione alla circolabilità, mediante patto di famiglia, delle azioni⁽³⁶⁾.

A tale ultimo proposito giova sottolineare come in dottrina si ritenga, generalmente, che le forme di controllo promananti dalla stipula di patti di sindacato non siano riconducibili all'ambito applicativo dell'art. 2359, 1° comma, n. 1 c.c.⁽³⁷⁾. La rilevanza dei patti di sindacato, infatti, è oggetto di disamina da parte della dottrina al fine di valutarne, alternativamente: *a)* la riconducibilità all'art. 2359, 1° comma, n. 2 c.c.⁽³⁸⁾; *b)* la riconducibilità all'art.

confermativa della teoria dell'efficacia "corporativa" del patto parasociale sottoscritto dalla totalità del comparto dei soci.

⁽³⁶⁾ Si v. in proposito Cass., 10 marzo 2021, n. 6591, in *Notariato*, 2021, p. 433, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1401, con nota di V. DE CAROLIS, U. SANTACROCE, *Patto di famiglia, patti parasociali e agevolazione fiscale: un difficile coordinamento di discipline*, cit., in *Società*, 2022, p. 45, con nota di A. BUSANI, *Patto di famiglia limitato alle sole quote di partecipazione al capitale sociale che consentono il "governo" della società?*, e in *Dir. e prat. trib.*, 2022, p. 221, con nota di A. PISILLO MAZZESCHI, *Inidoneità di un patto parasociale a esentare dall'imposta sulla donazione in caso di trasferimento di partecipazioni sociali con patto di famiglia*, cit., in base a cui «Non è applicabile l'agevolazione fiscale di cui all'art. 3, comma 4-ter, d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (c.d. TUSD), al trasferimento mediante patto di famiglia di un pacchetto azionario di maggioranza che venga diviso – senza costituzione di una comunione *pro indiviso* – tra più discendenti. L'eventuale stipula di un patto parasociale accessorio, contenente un sindacato di voto e un sindacato di blocco, non consente di ritenere integrato il requisito del trasferimento del controllo, come richiesto dalla norma».

⁽³⁷⁾ Deve infatti ritenersi isolata, ad oggi, la posizione rinvenibile nella Comunicazione Consob 24 luglio 1992, n. 92005380 (in G.U., 3 agosto 1992, n. 181), ove si rileva che «con riguardo ai sindacati di voto, qualora un soggetto controlli il sindacato in virtù delle patruzioni in esso contenute, ed al sindacato sia riferibile più del 50% del capitale ordinario, il soggetto è considerato controllante di diritto la società», da cui si evince con chiarezza come la Consob si riferisse all'art. 2359, 1° comma, n. 1, dato confermato in G. MOLLO, D. MONTESANTO, *Il controllo societario nel Testo unico della finanza. Problemi e prospettive di riforma*, Quaderno giuridico Consob n. 8/2015, consultabile in www.consob.it (*contra*, sul punto, G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3ª ed., Torino, 1994, p. 685 ss., spec. p. 691, nt. 34).

⁽³⁸⁾ Cfr. G. OLIVIERI, *La redazione del bilancio consolidato*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª ed., Torino, 1994, p. 688, ove si evidenzia in proposito che «il controllo di fatto ottenuto tramite accordo con altri soci rientrerebbe [...] nell'area di consolidamento attraverso la previsione contenuta nell'art. 2359, 1° comma, n. 2 c.c.; v. inoltre M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento all'art. 2359 cod. civ.*, in *Comm. alla riforma delle società*

2359, 1° comma, n. 3 c.c.⁽³⁹⁾; c) l'estraneità all'art. 2359 c.c.⁽⁴⁰⁾.

Affiora in proposito un'ultima questione, concernente la generalità delle partecipazioni societarie in presenza di regime di comunione legale dei beni. Dottrina maggioritaria – con cui si ritiene di doversi allineare per coerenza sistematica – sostiene, con riferimento alle società di persone, la necessaria caduta in comunione c.d. *de residuo* sia delle quote di società in nome collettivo che, nella società in accomandita semplice, di quelle dei soci accomandatari: ciò creerebbe una situazione derogatoria al regime di comunione legale, in quanto il titolare delle suesposte tipologie di quota, anche se coniugato con regime patrimoniale legale, avrebbe comunque potere dispositivo, a prescindere dal consenso dell'altro coniuge. Quanto alle società di capitali, le relative partecipazioni cadrebbero in comunione immediata, «di talché colui che ne fosse divenuto titolare in costanza del regime di comunione dovrebbe disporre solo col consenso del coniuge, fermo peraltro restando che, trattandosi di beni mobili, la mancanza di tale consenso comunque non influirebbe sulla validità dell'atto di disposizione»⁽⁴¹⁾.

diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, p. 678, ove si ritiene potenzialmente integrante «un'ipotesi di controllo di fatto ai sensi dell'art. 2359, co. 1°, n. 2, c.c. la circostanza in cui un socio di minoranza possa esercitare un'influenza dominante in assemblea ordinaria in virtù della propria partecipazione ad un sindacato di voto cui aderisca la maggioranza delle partecipazioni sociali (sindacato di controllo o di maggioranza)».

⁽³⁹⁾ Cfr., con particolare riferimento ai contratti di sindacato che forniscono, ad un unico socio, capacità di dominare gli organi societari, ed ove a tale contratto partecipi anche la società del cui controllo si discute, M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Società*, 1995, p. 484.

⁽⁴⁰⁾ R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, 1, p. 33, secondo cui «il rapporto fra il socio che partecipa ad un sindacato di controllo e la società nella quale tale sindacato si è costituito non realizza un rapporto di controllo riconducibile ad una delle ipotesi di cui all'art. 2359, né come controllo interno di fatto né, tanto meno, come controllo esterno».

⁽⁴¹⁾ Così V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto – Governance – Scioglimento*, cit., p. 75 s. Sul punto, cfr. anche G. PETRELLI, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, cit., p. 422.

FRANCESCO SCAGLIONE^(*)

COMODATO PRECARIO E SITUAZIONI FAMILIARI

ABSTRACT: The essay analyzes the loan as a long-term contract that creates a temporary, unilateral asset assignment. As it is defined as the contract by which «one party delivers a movable or immovable thing to the other, for use for a specific time or use, with the obligation to return the same thing received», it is important to notice that the determination of the duration of the contract can take place not only expressly, but also tacitly: in this last case, the intended use of the asset, if it has not been established conventionally, must be derived from an interpretation of the contract according to good faith.

SOMMARIO: 1. Temporaneità del comodato. – 2. Obbligazione restitutoria. – 3. Azione di restituzione. – 4. Comodato precario. – 5. Comodato precario e provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare.

1. — *Temporaneità del comodato.*

Il comodato è un contratto di durata⁽¹⁾ e realizza un'attribuzione patrimoniale unilaterale *temporanea*; ciò si desume dall'art. 1803, comma 1, c.c., ove esso è definito come il contratto con cui «una parte consegna all'altra

(*) Università degli Studi di Perugia.

(1) Sulla categoria dei contratti di durata v. il classico studio di G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss., e *ivi*, 1944, I, p. 17 ss.

Contro la qualificazione del comodato come contratto di durata, v. A. LUMINOSO, *Comodato. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, *ad vocem*, p. 2 ss. Osserva però A. GALASSO, *Il comodato*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2004, p. 28, che «nell'ipotesi di una esecuzione *uno actu* deve escludersi la configurazione del comodato». Sul punto, v. N. CIPRIANI, *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 18, Napoli, 2005, p. 154, secondo il quale – prescindendo dal fatto che l'uso del bene da parte del comodatario si esaurisca in un unico atto – «la presenza di uno *spatium temporis*, anche minimo, tra la conclusione e la fine del contratto è essenziale per la realizzazione della funzione del comodato».

una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un *tempo* o per un *uso* determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta».

Questa definizione legale va letta in unità con il primo comma dell'art. 1809 c.c., che evidenzia come la determinazione della durata del contratto possa avvenire, oltre che in maniera *espressa*, tramite cioè l'indicazione del termine finale, anche in maniera *tacita*, attraverso il riferimento all'uso cui il bene è destinato. In quest'ultimo caso, la destinazione d'uso del bene, se non è stata stabilita convenzionalmente, si deve ricavare da un'interpretazione del contratto secondo buona fede, che tenga conto della natura della cosa comodata, della qualità delle parti e dei loro rapporti, nonché di tutte le altre circostanze del caso concreto utili alla esatta definizione dell'uso cui è possibile destinare il bene⁽²⁾.

L'uso del bene, peraltro, può esaurirsi anche prima della scadenza del termine stabilito nel contratto: in questa ipotesi il comodatario sarà tenuto a restituire la cosa anticipatamente, in quanto la detenzione è funzionale all'uso che permette di esercitare il diritto personale di godimento⁽³⁾.

⁽²⁾ Cfr. Cass., 16 aprile 2003, n. 6101, in *Giur. it.*, 2004, p. 2078: «Nel contratto di comodato, caratterizzato dalla temporaneità dell'uso della cosa che ne forma oggetto, la fissazione del termine può avvenire esplicitamente o implicitamente mediante la pattuizione di un uso specifico, desumibile dalla natura della cosa comodata, dalla professione del comodatario, dagli interessi e dalle utilità perseguiti dalle parti; in mancanza di un termine, implicito o esplicito, il comodante ha la facoltà di richiedere *ad nutum* la restituzione della cosa comodata». V. anche Cass., 16 gennaio 2006, n. 704, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2353: «In difetto di un termine di durata espressamente pattuito dalle parti del contratto di comodato, una precisa delimitazione dell'uso della cosa oggetto del contratto, desumibile dalla sua natura, dall'attività professionale del comodatario e dall'esame complessivo delle utilità perseguite in concreto, vale ad escludere che il comodante sia autorizzato a richiedere *ad nutum* la restituzione della stessa» (nella fattispecie, si è ritenuto che la durata dell'attività di gestione di una discoteca determinasse indirettamente anche quella del contratto di comodato avente ad oggetto un'area di parcheggio riservata alla clientela).

⁽³⁾ Cfr. N. CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 364, il quale osserva che «se poi le parti hanno fatto riferimento sia ad un preciso momento sia all'uso che il comodatario può fare del bene, deve probabilmente ritenersi che non appena uno dei due eventi (scadenza del termine espresso o esaurimento dell'uso convenuto) si verifica, si ha lo scioglimento del rapporto».

Il comodato di lunga durata – perfino per tutta la vita del comodatario⁽⁴⁾ – può svelare, anche in relazione ad altre circostanze (quali, ad esempio, la natura e il valore del bene, le qualità soggettive dei contraenti) una finalità successoria anticipatoria, e, quindi, una liberalità *indiretta*⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Sul c.d. comodato “vita natural durante”, v., *ex multis*, Cass., 3 novembre 2004, n. 21059, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 723, con nota di B. AGOSTINELLI, *Comodato «vita natural durante» ed opponibilità del contratto ai terzi acquirenti del bene*. «La concessione in comodato di un immobile per tutta la vita del comodatario è un contratto a termine, di cui è certo l'*an* ed incerto il *quando*, sicché la morte del comodante in pendenza di tale termine non comporta la cessazione del rapporto e non fa sorgere nei suoi eredi il diritto ad ottenere la restituzione del bene, essendo, invece, essi tenuti a rispettare il termine di durata del contratto, salvo il diritto di recedere nelle ipotesi contemplate negli art. 1804, 3° comma, 1811 e 1809, 2° comma c.c.». Contro l'ammissibilità di un comodato immobiliare di lunga durata (ultrannovennale), v. M. FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962, p. 266, il quale rileva che l'uso prolungato potrebbe condurre sul terreno della donazione indiretta del corrispettivo del godimento della cosa o, se deve durare per tutta la vita dell'altra parte, su quello del diritto di abitazione. Al riguardo, però, osserviamo che il comodato che realizza una liberalità indiretta rimane pur sempre un comodato con effetti successori anticipatori.

⁽⁵⁾ V., *amplius*, F. SCAGLIONE, *Il comodato*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, 2ª ed., Milano, 2024, p. 51 ss. In giurisprudenza, v. App. Milano, 17 dicembre 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 688, con nota di A. LEONARDI, *L'uso gratuito dell'appartamento attribuito dal de cuius al figlio rientra nell'asse ereditario ai fini della determinazione della porzione disponibile*. Il caso giurisprudenziale merita di essere qui ripercorso. Con atto di citazione del 2001 Tizio conviene in giudizio davanti al Tribunale Sempronina, Caio e Mevia, chiedendo dichiararsi il testamento di Pompeo – deceduto nel settembre del 2000 – lesivo della propria quota di legittima, con conseguente riduzione fino al raggiungimento di detta quota di 2/9, e divisione anche dei frutti. Instaurato il contraddittorio, i convenuti chiedono il rigetto della domanda assumendo che: a) la quota dell'istante risulti essere pari a 1/6 e non a 2/9; b) nel valore dell'immobile caduto in successione debba calcolarsi l'usufrutto in favore della moglie, nonché le somme mutate dai germani all'attore. Ammessa ed espletata consulenza tecnica d'ufficio, il Tribunale respinge la domanda con sentenza del 2002. Tizio propone appello, adducendo, tra l'altro la mancata applicazione dell'art. 556 c.c. In particolare, Tizio assume non essere stata calcolata la quota di riserva del controvalore ritraibile dall'assegnazione in comodato gratuito, per 35 anni, da parte di Caio, dell'appartamento posto al piano superiore dello stabile di Tuscolano, assumendo come la riunione fittizia debba estendersi a tutti gli atti di liberalità, compreso il comodato immobiliare. La Corte ritiene fondato il motivo, pur non avendo alcun rilievo pratico ai fini dell'asserita lesione di legittima, e ciò per le ragioni che seguono. Il 2° comma dell'art. 556 c.c. prevede, ai fini della determinazione della porzione disponibile, come debbano essere riuniti fittiziamente tutti i beni di cui sia stato disposto

a titolo di donazione, secondo il loro valore determinato *ex artt.* 747-750 c.c.; sull'asse in tal modo andrà, pertanto, calcolata la quota di cui il *de cuius* poteva disporre. Quanto alla configurabilità o meno, del comodato gratuito di cui Caio ha goduto per 35 anni, in termini di donazione indiretta, soggetta come tale a riunione fittizia, la Corte osserva che nella figura della donazione indiretta rientra qualsiasi liberalità voluta ed attuata attraverso un mezzo giuridico avente uno scopo tipico diverso dalla liberalità, la quale costituirà pertanto uno scopo atipico nonché conseguenza secondaria e voluta dell'atto compiuto. Lo spirito di liberalità s'identifica, in tal caso, con lo scopo obiettivo che si raggiunge con il negozio e che ne costituisce la causa, cioè a dire il gratuito arricchimento del donatario attraverso l'utilizzazione strumentale di negozi diversi. La sola assenza di corrispettivo – sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito, distinguendoli da quelli a titolo oneroso – non basta ad individuare i caratteri della donazione, per la cui sussistenza sono necessari *a)* oltre all'incremento del patrimonio altrui, *b)* la concorrenza di un elemento soggettivo (lo spirito di liberalità, consistente nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti), e di un elemento di carattere obiettivo (dato dal depauperamento di chi ha disposto del diritto o ha assunto l'obbligazione). Rileva la Corte che, ove il *de cuius* abbia attribuito ad uno degli eredi, per un periodo di tempo considerevole, in uso gratuito un appartamento, deve ritenersi che lo abbia fatto per spirito di liberalità, accertato anche presuntivamente, essendo individuabile *in re ipsa*, cioè a dire nelle medesime caratteristiche dell'atto compiuto e nelle sue evidenti conseguenze: la fattispecie concreta realizza pertanto – in mancanza di prova di ulteriore e diverso motivo – una donazione indiretta realizzata attraverso lo schema del comodato gratuito (per il quale non è necessaria la forma dell'atto pubblico richiesta per la donazione diretta), il cui fine consiste nel procurare vantaggio patrimoniale – costituito dal risparmio del canone di locazione – al comodatario, al fine di arricchire il compratore di una somma pari al canone, rinunciando al corrispettivo della locazione.

Sul punto, v. però, in senso contrario, Trib. Napoli, 9 maggio 2005, in *Dir. e giur.*, 2007, p. 133, con nota di L. GATT, *Ricostruzione dell'asse ereditario e liberalità*, secondo cui «non è donazione indiretta, e dunque è esclusa dall'obbligo di collazione, la concessione gratuita ad uso abitativo di un immobile, posta in essere dal *de cuius* in favore di alcuni dei coeredi per il periodo delle vacanze estive, trattandosi di una forma di ospitalità giuridicamente non rilevante». A questa sentenza è poi seguito l'orientamento conforme della Suprema Corte: Cass., 23 novembre 2006, n. 24866, in *Vita not.*, 2007, p. 186, per la quale l'inesistenza dell'*animus donandi* è sempre desumibile dalla temporaneità del godimento concesso al comodatario. Il caso giurisprudenziale è il seguente. Nel 1995, due sorelle convenivano in giudizio innanzi al Tribunale di Torino il loro fratello, domandando la divisione (e, in ipotesi di non divisibilità, la vendita) di un cespite immobiliare facente parte dell'asse ereditario acquistato in ragione di un terzo ciascuno per successione *ab intestato* della madre. L'immobile, peraltro, spettava in comproprietà per metà anche al padre, già deceduto lasciando un testamento olografo. Si costituiva in giudizio il convenuto, aderendo alla domanda di divisione, ma chiedendo

che le sorelle versassero in collazione quanto ricevuto a titolo gratuito dal *de cuius*, richiesta rigettata dal Tribunale con sentenza emessa nel 2000. A seguito di gravame, la Corte d'Appello di Torino, con sentenza del 2002, rigettava parimenti la domanda dell'appellante in ordine alla collazione delle donazioni indirette realizzate mediante l'acquisto, da parte dei genitori, per le due figlie di un immobile ciascuna con denaro derivante dalla vendita di altro immobile dei genitori stessi. La decisione dei giudici di secondo grado era fondata sulla considerazione che nel testamento olografo del padre si dava atto che le somme percepite dalle figlie erano compensate dal godimento gratuito di un alloggio da parte del figlio e della sua famiglia; pertanto, nella fattispecie era insussistente il presupposto per l'operatività della disciplina della collazione, non essendosi mai venuta a creare una situazione di disparità di trattamento tra i coeredi. Orbene, la Suprema Corte cassa la sentenza della Corte d'Appello, censurando l'*iter* argomentativo seguito da quest'ultima, nella parte in cui esso «postula necessariamente la sia pur implicita qualificazione del godimento gratuito da parte del figlio del suddetto immobile quale donazione». Infatti, continua la S.C., solo in tal modo è possibile «invero attribuire un senso logico alla ritenuta compensazione tra il denaro elargito dal padre alle figlie ed il godimento gratuito di un appartamento concesso al figlio; diversamente opinando, infatti, non si ravviserebbe alcuna valida ragione, nel convincimento espresso dalla Corte territoriale, per sottrarre alla collazione le donazioni indirette poste in essere dal *de cuius* in favore delle figlie con la dazione del suddetto denaro». Di conseguenza, «non è qualificabile come donazione soggetta a collazione il godimento, a titolo gratuito, di un immobile concesso durante la propria vita dal *de cuius* a uno degli eredi, atteso che l'arricchimento procurato dalla donazione non può essere identificato con il vantaggio che il comodatario trae dall'uso personale e gratuito della cosa comodata, in quanto detta utilità non costituisce il risultato finale dell'atto posto in essere dalle parti, come avviene nella donazione, bensì il contenuto tipico del comodato stesso; a tal fine non solo si deve escludere che venga integrata la causa della donazione (in luogo di quella del comodato) nell'ipotesi in cui il comodato sia pattuito per un periodo alquanto lungo o in relazione a beni di notevole valore, ma rileva la insussistenza dell'*animus donandi*, desumibile dalla temporaneità del godimento concesso al comodatario». Nello stesso senso, v. Cass., 16 novembre 2017, n. 27259, in *leggiditalia.it*, secondo cui «In tema di divisione ereditaria, il godimento a titolo gratuito di un immobile concesso durante la propria vita dal *de cuius* a uno degli eredi, da inquadrarsi necessariamente nel contratto di comodato, non è qualificabile come donazione soggetta a collazione, atteso che l'utilità per il comodatario consiste nell'uso personale, gratuito e temporaneo della cosa, essendo insito nello schema causale del contratto l'obbligo di restituzione. Tali peculiarità sono incompatibili con l'illimitata rinuncia alla disponibilità del bene che caratterizza la struttura e la finalità della donazione nella quale la predetta utilità costituisce il risultato finale dell'atto posto in essere dalle parti».

Nella recente giurisprudenza di merito, v., ad esempio, Trib. Messina, 1° giugno 2023, in *leggiditalia.it*, che però in motivazione, dopo aver ricordato la insussistenza dell'*animus donandi*, desumibile dalla temporaneità del godimento concesso al comodatario, osserva:

2. — *Obbligazione restitutoria.*

L'obbligazione di restituire il bene sorge a carico del comodatario, ai sensi dell'art. 1809 c.c., in un triplice ordine di ipotesi, riconducibili ad altrettante cause di estinzione del comodato⁽⁶⁾:

- a) quando sia scaduto il termine convenuto;
- b) quando il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, in conformità all'uso cui è destinata;
- c) quando sopravviene un urgente ed impreveduto bisogno al comodante.

L'ipotesi *sub c)*, in particolare, consiste nel recesso del comodante *ante tempus* a seguito del verificarsi di un urgente bisogno⁽⁷⁾, anche di lieve entità⁽⁸⁾, ma non pretestuoso, che dev'essere *imprevisto*, ma non *imprevedibile*⁽⁹⁾.

È da ritenere, tuttavia, che le ragioni del comodante non possano prescindere, in ogni caso, da un bilanciamento con gli interessi patrimoniali del comodatario, tutte le volte in cui la richiesta di restituzione immediata

«Nondimeno, ciò non impedirebbe, secondo alcuni autori, che in certe circostanze il comodato possa qualificarsi come donazione indiretta, quando l'atto gratuito esorbita, per l'entità dell'oggetto, la durata del rapporto e la qualità dei soggetti, dai limiti della cortesia, dell'amicizia o della convenienza sociale».

⁽⁶⁾ Ma v. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, I, Milano, 1995, p. 662, il quale precisa che l'obbligo di restituzione sorge a carico del comodatario sin dalla conclusione del contratto, ma diviene esigibile solamente dopo la scadenza del termine o l'esaurimento dell'uso convenuto.

⁽⁷⁾ Come, ad esempio, la dichiarazione di fallimento (ora liquidazione giudiziale) del comodante: v. Cass., 31 ottobre 2018, n. 27938, in *Imm. e propr.*, 2018, p. 722: «Ai sensi dell'art. 1809, comma 2, c.c. il comodatario è obbligato alla restituzione del bene concesso in comodato ove il comodante ne faccia richiesta, anche prima dello scadere del termine pattuito, a fronte di un suo sopravvenuto bisogno urgente e impreveduto. Si configura un tale bisogno nell'ipotesi di fallimento del comodante, prevalendo sull'interesse del comodatario la necessità della Curatela di un proficuo realizzo dei beni del fallito, acquisiti *ex art.* 42 l.fall., attraverso la vendita o la locazione del bene oggetto del precedente comodato». Più risalente è, invece, ad esempio, Trib. Milano, 20 ottobre 1975, in *Mon. trib.*, 1975, p. 936, con nota di F. RIBERA, *Effetti del fallimento del comodante*.

⁽⁸⁾ Cass., 5 febbraio 1987, n. 1132, in *Rep. Foro it.*, 1987, v. *Comodato*, n. 5.

⁽⁹⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, I, cit., p. 661.

del bene appaia in contrasto con la regola di correttezza *in executivis* (art. 1375 c.c.)⁽¹⁰⁾.

Sotto questo profilo, la Cassazione ha evidenziato che il bisogno *de quo* postula la necessità del comodante di soddisfare impellenti esigenze personali, e non può, invece, fare riferimento ad una diversa opportunità di impiego del bene⁽¹¹⁾.

In ordine al problema della possibilità di una restituzione anticipata della *res* da parte del comodatario, esso va risolto in senso negativo qualora il comodato realizzi una corrispettività indiretta, dovendosi in questo caso tutelare l'interesse patrimoniale del *tradens*, che si attende un vantaggio economico dall'attività – materiale o giuridica – dell'*accipiens*⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr., sul punto, le osservazioni di N. CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 382; più in generale, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 441 ss.

⁽¹¹⁾ Cass., 3 settembre 2013, n. 20183, in *leggiditalia.it*: «La nozione di urgente e impreveduto bisogno, di cui al secondo comma dell'art. 1809 cod. civ., fa riferimento alla necessità del comodante – su cui gravano i relativi oneri probatori – di appagare impellenti esigenze personali, e non a quella di procurarsi un utile, tramite una diversa opportunità di impiego del bene. Tale valutazione va condotta con rigore, quando il comodatario di un bene immobile abbia assunto a suo carico considerevoli oneri, per spese di manutenzione ordinaria e straordinaria, in vista della lunga durata del godimento concessogli». Nella specie, la S.C., in un caso di esercizio del recesso da parte del comodante, in vista della fruizione di un finanziamento pubblico per interventi edilizi sull'immobile, ha rilevato l'omessa indagine, spettante al giudice di merito, sia in ordine alla necessità e imprevedibilità degli interventi edilizi da finanziare, a fronte dell'assunzione degli oneri di manutenzione, anche straordinaria, da parte del comodatario, sia in ordine all'eventuale sufficienza della mera sospensione temporanea del rapporto contrattuale. In quest'ottica, risulta discutibile l'ormai classico esempio di F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, rist. 1957, p. 80: «Così, ad esempio, se io concedo in comodato un cavallo da corsa e, successivamente, venuto a conoscenza che vi sono corse di cavalli a cui posso farlo partecipare con speranza di successo, lo richiedo al comodatario, questi non potrà oppormi che non si tratta di un vero e proprio bisogno che io ho di quel cavallo e, quindi, rifiutarsi di restituirmelo».

⁽¹²⁾ Un contratto di comodato può, infatti, essere stipulato per soddisfare anche l'interesse patrimoniale del comodante, come avviene, ad esempio, quando l'esposizione al pubblico di un bene attribuito *ad ostentationem* implica un ritorno pubblicitario in capo all'imprenditore che lo concede in prestito. V., in argomento, N. CIPRIANI, *Il comodato*, cit., pp.

L'obbligo di restituzione riguarda la cosa in natura. Da ciò consegue che, se alla scadenza del contratto la cosa sussiste ancora, il comodatario può liberarsi solo restituendo al comodante la cosa stessa, anche se questa sia stata precedentemente stimata⁽¹³⁾.

L'inadempimento dell'obbligo contrattuale di restituzione del bene ricevuto è – com'è regola *ex art. 1218 c.c.* – idoneo a produrre un danno nel patrimonio del comodante, danno che il comodatario deve risarcire, ove non provi che l'inadempimento è stato determinato da causa a lui non imputabile⁽¹⁴⁾.

Il risarcimento del danno, nei limiti ed alle condizioni previste dagli artt. 1805 e 1807, corrisponde al valore della cosa al momento in cui doveva essere effettuata la restituzione, detratto il deterioramento derivante dall'uso⁽¹⁵⁾.

3. — *Azione di restituzione.*

L'azione di restituzione esperita dal comodante, essendo fondata sul contratto, ha carattere personale ed è soggetta a prescrizione ordinaria

364-373, in ordine alla natura di negozio di remissione *ex art. 1236 c.c.* della dichiarazione di volontà con cui il comodatario fa venir meno «l'effetto derivativo-costitutivo che costituisce e tiene in vita il diritto personale di godimento» (p. 370). Infatti, secondo l'Autore, «benché il rapporto giuridico attributivo del diritto personale di godimento al comodatario, in quanto si realizza mediante un effetto derivativo costitutivo, abbia caratteri che lo rendono in parte diverso dall'obbligazione, si deve ribadire che, stante la natura personale del rapporto tra comodante e comodatario, ad esso si possono applicare le regole e le classificazioni dell'obbligazione» (p. 369, nt. 1113).

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., 24 gennaio 1951, n. 207, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 463; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1972, p. 29, nt. 31.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cass., 15 maggio 2003, n. 7539, in *Rep. Foro it.*, 2003, v. *Comodato*, n. 9.

⁽¹⁵⁾ Cass., 10 maggio 1982, n. 2887, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2713, con nota di M. COSTANZA, *Delle azioni spettanti al comodante in caso di inadempimento dell'obbligo di restituzione da parte del comodatario.*

decennale, che decorre dal giorno della scadenza del termine finale del comodato oppure, se si tratta di comodato a tempo indeterminato, da quando resta inadempita la richiesta di restituzione⁽¹⁶⁾.

Legittimato passivo è esclusivamente il comodatario, anche se questi abbia perduto la disponibilità del bene, in quanto tale circostanza attiene all'inadempimento e alla responsabilità del comodatario e non alla sua legittimazione *ad causam*. Così, ad esempio, non è esclusa la legittimazione passiva del comodatario per il fatto che costui abbia “donato” l'immobile al proprio figlio (cfr. Cass., 24 settembre 1979, n. 4920).

La cosa deve essere restituita con gli accessori e gli incrementi, nonché con i frutti separati o maturati dopo lo scioglimento del rapporto, salvo che sia convenuto che essi spettino al comodatario⁽¹⁷⁾.

Quanto al luogo dell'adempimento, trova applicazione l'art. 1182 c.c.; pertanto, se il luogo nel quale la prestazione deve essere eseguita non è determinato dalla convenzione o dagli usi e non può desumersi dalla natura della prestazione⁽¹⁸⁾, la riconsegna della *res* deve avvenire nel luogo in cui essa si trovava al tempo in cui è stato concluso il contratto⁽¹⁹⁾.

In ogni caso, il comodante non deve porre in essere molestie contro il comodatario: così il comodante che, al fine di ottenere la restituzione dell'immobile oggetto del contratto, disdice i contratti di somministrazione relativi a servizi essenziali stipulati a suo nome, quali acqua, luce e telefono,

⁽¹⁶⁾ Colui che sia convenuto in giudizio dal comodante per la restituzione dell'immobile dato in comodato non può, avvalendosi di un'eccezione *de iure tertii*, contestare la legittimazione dell'attore allegando la mancanza del diritto reale sul bene in capo al medesimo ovvero il trasferimento a terzi della proprietà del bene, o, ancora, la perdita da parte del medesimo della relativa disponibilità: Cass., 3 febbraio 2004, n. 1940, in *Notariato*, 2005, p. 135, con nota di A. RUMOLO, *Usi civici e validità del contratto*.

⁽¹⁷⁾ Cfr. G. TAMBURRINO, *Comodato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 1005; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p. 737.

⁽¹⁸⁾ Per esempio, l'art. 1774 c.c., in tema di deposito, prescrive che la restituzione debba avvenire nel luogo in cui la cosa doveva essere custodita. Invece, nel comodato l'obbligo di custodia a carico del comodatario è di natura puramente strumentale.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. GALASSO, *Il comodato*, cit., p. 241.

commette un illecito ed è quindi responsabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., dei danni arrecati al comodatario, che vanno liquidati in via equitativa⁽²⁰⁾.

4. — *Comodato precario.*

Il comodato senza determinazione di durata, detto anche comodato precario, ricorre quando non sia stato espressamente convenuto un termine per la restituzione della *res* e questo non sia desumibile in maniera tacita dall'uso cui la cosa è destinata⁽²¹⁾.

In questa ipotesi, il comodante ha un diritto di recesso *ad nutum* dal contratto (e perciò il comodato è detto "precario")⁽²²⁾.

In realtà, è stato osservato che tutte le volte in cui il termine non può ritenersi implicito nell'indicazione dell'uso, si è in presenza di casi in cui il godimento della cosa ha carattere continuativo⁽²³⁾: ad esempio, comodato di immobile ad uso abitativo.

Orbene, se la cosa è destinata ad un uso reiterato e non è stata determinata la durata del contratto, è parso più corretto parlare, in dottrina, anziché di comodato precario, di *comodato a tempo indeterminato*⁽²⁴⁾, ove, come ha ammesso anche la Cassazione, il giudice, in base all'art. 1183 c.c., può stabilire

⁽²⁰⁾ Cfr. Pret. Catania, 23 maggio 1990, in *Arch. civ.*, 1990, p. 928.

⁽²¹⁾ Sull'argomento, v. S. BAZZANI, *Precario*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 146 ss.; F. CARRESI, *Precario (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 558 ss.

Secondo C. A. FUNAIOLI, *Il c.d. comodato precario*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, p. 540 ss., ed E. BRUNORI, *Comodato*, cit., p. 14, la figura giuridica in esame deriva, con inevitabili adattamenti susseguitsi nel corso dei secoli, dall'antico istituto del precario. Cfr. il celebre passo di Ulpiano, in D., 43, 26, 1: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*. Sulle differenze tra il *precarium* ed il comodato, v. però, *amplius*, P. BONETTI, *Precario (diritto romano e intermedio)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 557 ss.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., 10 maggio 2000, n. 5987, in *Rep. Foro it.*, 2000, v. *Comodato*, n. 9.

⁽²³⁾ Cfr. F. CARRESI, *Il comodato*, cit., p. 45.

⁽²⁴⁾ M. FRAGALI, *Del comodato*, cit., p. 227, seguito da N. CIPRIANI, *Il comodato*, cit., pp. 155 s., 166 ss., il quale esattamente rileva la necessità di una disciplina differenziata rispetto al comodato precario.

il termine per la restituzione della cosa oggetto di comodato, quando sia necessario per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione e, in particolare, quando, trattandosi di comodato di immobile ad uso di abitazione, il comodatario necessiti di congrua dilazione per rilasciare vuoto l'immobile e per trovare altra sistemazione abitativa⁽²⁵⁾.

D'altro canto, la stessa Suprema Corte sembra aver individuato un *tertium genus* di comodato, il c.d. comodato "senza determinazione di tempo". Questa figura ricorrerebbe quando in un contratto di comodato immobiliare le parti prevedono che la restituzione dell'immobile da parte del comodante debba avvenire «nel caso che il comodante ne abbia necessità»; in tal caso – afferma la Cassazione – il contratto si connota come una figura atipica, non riconducibile né al modello legale del comodato a termine né a quello del comodato senza limitazione di durata, dovendo intendersi come convenuto senza determinazione di tempo, ma con facoltà di restituzione solo in presenza di una necessità di utilizzazione dell'immobile che sia incompatibile con il protrarsi del godimento altrui⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Cass., 17 ottobre 2001, n. 12655, in *Arch. loc.*, 2002, p. 295; Cass., 10 agosto 1988, n. 4921, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1245, con nota di U. VINCENTI, *Sul tempo della restituzione nel comodato immobiliare senza determinazione di durata*. In queste sentenze la Cassazione però continua a parlare di comodato precario.

⁽²⁶⁾ Cass., 12 marzo 2008, n. 6678, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1152, con nota di N. CIPRIANI, *Il comodato «senza determinazione di tempo»: un tertium genus?*; Cass., 6 aprile 2018, n. 8571, in *Vita not.*, 2018, p. 736: «Si connota come figura atipica, meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., il contratto di comodato – non riconducibile né al modello legale del comodato a termine (art. 1809 c.c.), né a quello del comodato senza limitazione di tempo (art. 1810 c.c.) – in cui le parti abbiano negoziato il potere di restituzione facendo sì che il comodante possa continuare a fare uso della cosa solo al perdurare delle condizioni convenute». Nella fattispecie, le parti avevano convenuto che il rapporto si sarebbe risolto in caso di estinzione dell'ente morale o di cessazione della sua attività divulgativa culturale. Cfr. anche Cass., 9 aprile 2019, n. 9796, in *Notariato*, 2019, p. 265: «Nel contratto di comodato ove le parti abbiano vincolato l'efficacia del contratto al venire meno dell'uso del bene come pattuito, l'assenza di una determinazione di durata non comporta automaticamente la qualificazione del contratto come precario con la possibilità per il comodante di recedere *ad nutum*, essendo richiesto al giudice del merito di verificare se l'assetto negoziale individuato dalle parti sia riconducibile ad un accordo negoziale di natura atipica, meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c., avente ad oggetto la regolazione del potere del comodante di chiedere la restituzione del

In effetti, la figura giuridica *de qua* non rientra nel comodato a termine *ex art. 1809, comma 1, c.c.*, perché la verifica dello stato di necessità che il comodante può addurre quale motivo per chiedere il rilascio dell'immobile è un evento *incertus an*. D'altra parte, questa ipotesi neppure può essere disciplinata dall'articolo in commento, atteso che il recesso del comodante non avviene *ad nutum*, ma è subordinato alla dimostrazione da parte sua di una effettiva necessità di utilizzazione dell'immobile. E, tuttavia, riteniamo che, nel valutare la ricorrenza dello stato di necessità, addotto dal comodante e contestato dal comodatario, il giudice debba pur sempre considerare se, alla stregua della clausola di correttezza e secondo equità, le ragioni del comodatario possano o meno prevalere su quelle del comodante, in ossequio al principio costituzionale di solidarietà (art. 2 Cost.).

È necessario, infine, ricordare che la giurisprudenza ha riconosciuto l'esistenza della figura atipica del precario immobiliare oneroso, caratterizzata dalla concessione in godimento di un bene immobile che, pur remunerata (normalmente in maniera parziale), sia provvisoria, revocabile e finalizzata alla custodia del bene; essa si distingue sia dal comodato, ancorché precario, per la presenza di un corrispettivo, sia dalla locazione per la possibilità riconosciuta al concedente di far cessare in qualsiasi momento il godimento⁽²⁷⁾.

5. — *Comodato precario e provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare.*

L'attenzione della Cassazione al tema del comodato immobiliare abitativo è testimoniata da recenti pronunce che vanno però rilette alla luce dell'ar-

bene, sottraendogli il potere discrezionale, con la conseguenza che il recesso potrà essere da questi esercitato solo al verificarsi dei presupposti pattuiti e, in caso di contestazione, dietro prova degli stessi». In argomento, v. D. FARACE, *Durata del comodato ed esigibilità dell'obbligazione restitutoria*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 867 ss.

⁽²⁷⁾ Cass., 18 ottobre 1986, n. 6146, in *Rep. Foro it.*, 1986, v. *Comodato*, n. 1.; v. anche Cass., 17 gennaio 2019, n. 1039, cit.

gomentazione per interessi, secondo cui al centro dell'attività ermeneutica v'è sempre la ricerca dell'*utilitas contrabentium*.

È infatti l'individuazione degli interessi patrimoniali rilevanti che rende possibile articolare un modello di tutela civile adeguato alle circostanze del caso concreto, ove la disciplina dispositiva del rapporto può subire mutamenti imposti dall'interpretazione del contratto secondo buona fede e dalla sua integrazione in via equitativa⁽²⁸⁾.

La casistica giurisprudenziale, in particolare, è incentrata sull'ipotesi di comodato avente ad oggetto la concessione in godimento gratuito di un immobile (appartamento) effettuata dal genitore a favore del figlio per soddisfare le esigenze abitative del nascente nucleo familiare di quest'ultimo.

Intervenuta la separazione personale tra i coniugi (figlio e nuora del comodante), il tribunale assegna, *ex art. 337-sexies c.c.*, alla moglie affidataria dei figli minorenni la casa familiare.

Sorge dunque questione in ordine alla possibilità per il comodante di ottenere la immediata restituzione del bene (il rilascio dell'immobile) *ex art. 1810 c.c.*, sostenendosi la sussistenza di un comodato precario (senza determinazione di durata).

La Suprema Corte, negando al comodante la possibilità di recedere *ad nutum*, ha espresso al riguardo un orientamento consolidato, secondo cui, nonostante l'interruzione della convivenza tra i coniugi a seguito della crisi del loro rapporto, il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento del bene immobile di sua proprietà al coniuge affidatario della prole, il quale sia assegnatario della casa familiare, per l'uso previsto nel contratto, salva l'ipotesi di sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno del comodante stesso, che legittima una richiesta di restituzione dell'immobile da parte di costui ai sensi dell'art. 1809, comma 2, c.c.⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e di dir. pubb. dell'econ.* diretto da F. Galgano, vol. LVII, Padova, 2010, p. 56 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 123, con nota di L. PELLEGRINI, *Comodato di immobile ad uso di casa familiare*. «In mancanza di fissazione espressa della data di scadenza, il comodato avente ad oggetto un'abitazione da destinare a casa familiare del comodatario costituisce un contratto il cui termine finale

Pertanto, la Cassazione ritiene che nella fattispecie il termine di durata sia

è desumibile, a norma dell'art. 1809, 2° comma c.c., dall'uso per il quale l'immobile è stato consegnato. Il contratto dura, quindi, fino a quando permangono le esigenze abitative della famiglia del comodatario, da intendersi anche nelle sue potenzialità di espansione, salva la facoltà del comodante di recedere in caso di urgente e impreveduto bisogno»; Cass., 28 febbraio 2011, n. 4917, in *Studium iuris*, 2011, p. 681; Cass., 18 giugno 2008, n. 16559, in *Riv. not.*, 2008, p. 1433, con nota di V. VACIRCA, *L'assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio. L'opponibilità del provvedimento di assegnazione al successivo acquirente dell'immobile e al proprietario-comodante*; Cass., 6 giugno 2006, n. 13260, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2309; Cass., 13 febbraio 2006, n. 3072, in *Rep. Foro it.*, 2006, v. *Comodato*, n. 12; Cass., 23 marzo 2005, n. 6278, in *Giur. it.*, 2006, p. 252; Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Foro it.*, 2005, I, c. 442 ed in *Corr. giur.*, 2004, p. 1440, con nota di E. QUADRI, *Comodato e «casa familiare»: l'intervento delle Sezioni Unite*. In argomento, v. l'ampia disamina di R. CALVO, *La causa esistenziale del comodato abitativo*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 910 ss.; G. GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 127-148; N. CIPRIANI, *Il comodato*, cit., p. 355 ss.; A. GALASSO, *Il comodato*, cit., p. 110 ss.

In senso contrario, ma isolatamente, v., Cass., 7 luglio 2010, n. 15986, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3391: «Nel comodato precario avente ad oggetto un bene immobile, la determinazione del termine di efficacia del *vinculum iuris* è rimessa in via potestativa alla sola volontà del comodante, che ha facoltà di manifestarla *ad nutum* con la semplice richiesta di restituzione del bene, senza che assuma rilievo la circostanza che l'immobile fosse stato adibito ad uso familiare ed assegnato, in sede di separazione dei coniugi, all'affidatario dei figli».

Nell'ipotesi di cessione dell'immobile ad un terzo da parte del coniuge proprietario prima della separazione, v. Cass., 10 aprile 2019, n. 9990, in *leggiditalia.it*: «Con riferimento alla cessione al terzo, effettuata in costanza di matrimonio dal coniuge esclusivo proprietario, del diritto di proprietà dell'immobile precedentemente utilizzato per le esigenze della famiglia, il provvedimento di assegnazione della casa familiare all'altro coniuge – non titolare di diritti reali sul bene – collocatario della prole, emesso in data successiva a quella dell'atto di acquisto compiuto dal terzo, è a questi opponibile ai sensi dell'art. 155-*quater* c.c. – applicabile *ratione temporis* – e della disposizione della l. n. 898 del 1970, art. 6, 6° comma, in quanto analogicamente applicabile al regime di separazione, soltanto se – a seguito di accertamento in fatto da compiersi alla stregua delle risultanze circostanziali acquisite – il Giudice di merito ravvisi la instaurazione di un preesistente rapporto, in corso di esecuzione, tra il terzo ed il predetto coniuge dal quale quest'ultimo derivi il diritto di godimento funzionale alle esigenze della famiglia, sul contenuto del quale viene a conformarsi il successivo vincolo disposto dal provvedimento di assegnazione, ipotesi che ricorre nel caso in cui il terzo abbia acquistato la proprietà con clausola di rispetto del titolo di detenzione qualificata derivante al coniuge dal negozio familiare, ovvero nel caso in cui il terzo abbia inteso concludere un contratto di comodato, in funzione delle esigenze del residuo nucleo familiare, con il coniuge occupante l'immobile, non essendo

desumibile dall'uso a cui l'immobile è destinato, vale a dire quello di centro di svolgimento della vita domestica (casa familiare). Questa soluzione vale anche nel caso di cessazione di un rapporto di stabile convivenza tra persone non unite in matrimonio, in presenza di figli non matrimoniali⁽³⁰⁾.

L'indirizzo giurisprudenziale in esame costituisce un limpido esempio di come gli interessi condivisi dell'attribuzione conformino la causa gratuita reggendo l'efficacia del contratto sino al loro venir meno.

Il comodante, infatti, vuole concedere in godimento l'immobile al figlio per soddisfare le esigenze abitative non soltanto di costui e della moglie, ma anche e soprattutto della prole.

Il comodatario, d'altro canto, conosce questi motivi del comodante, che si traducono in interessi di natura non patrimoniale.

Al riguardo, come testimoniato da una sentenza della Cassazione, è quindi centrale la ricostruzione della causa *concreta* del contratto, dalla quale si evince con certezza l'effettività della destinazione a casa familiare da parte del comodante⁽³¹⁾.

sufficiente a tal fine la mera consapevolezza da parte del terzo, al momento dell'acquisto, della pregressa situazione di fatto di utilizzo del bene immobile da parte della famiglia».

⁽³⁰⁾ V. Cass., 30 ottobre 2018, n. 27437, in *leggiditalia.it*. Tuttavia, è importante valutare la persistenza delle esigenze connesse all'uso familiare dell'immobile concesso in comodato, anche dopo la cessazione della convivenza di fatto. Infatti, v. Cass., 29 agosto 2019, n. 21785, in *Notariato*, 2019, p. 519, secondo cui «In tutti i casi in cui venga meno la destinazione del comodato ad abitazione familiare è riconosciuta la possibilità che il medesimo sia risolto *ad nutum*». Nel caso esaminato dai giudici della Corte d'Appello di Perugia, la cui sentenza è stata confermata dalla S.C., le caratteristiche concrete del rapporto hanno fatto propendere per la cessazione del comodato, poiché era venuta meno la reale destinazione della casa concessa per esigenze familiari; infatti, il convivente che la abitava aveva ricreato un nuovo nucleo familiare con un'altra persona, con la quale aveva anche acquistato un nuovo immobile, che aveva destinato ad abitazione familiare.

⁽³¹⁾ Cass., 11 agosto 2010, n. 18619, in *Riv. not.*, 2011, p. 411 ss., con nota di E. ANDREOLA, *Casa familiare tra comodato e assegnazione*, ed in *Fam. e dir.*, 2011, p. 121 ss., con nota di C. MAGLI, *Comodato e casa familiare: la limitazione della portata applicativa della decisione delle sezioni unite nella prospettiva delle successive pronunce di legittimità*. «L'effettività della destinazione a casa familiare da parte del comodante non può essere desunta dalla mera natura immobiliare del bene concesso, ma implica un accertamento in fatto, che postula una specifica verifica della comune intenzione delle parti, attraverso una valutazione globale del contesto nel quale il

Viceversa, l'interesse patrimoniale del comodatario è strumentale alla realizzazione di un interesse *superindividuale* o *familiare*.

L'interesse familiare, in particolare, è un interesse non esclusivo comune a tutti i membri della famiglia; esso ha rilevanza *esistenziale*, perché il diritto di godimento dell'immobile adibito a casa familiare soddisfa esigenze strettamente legate allo sviluppo della persona umana.

Il comodatario, in questa ipotesi, agisce non nell'interesse proprio, ma in quello dell'intero nucleo familiare ed in special modo della prole, essenzialmente perché egli esercita una *potestà*.

Il contratto di comodato diviene allora uno strumento per l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Pertanto, l'efficacia del comodato è legata al perdurare dell'interesse familiare, espresso dalla sussistenza della prole minore e posto a fondamento dell'accordo negoziale.

Del resto, il rapporto di filiazione prevale sempre su quello di coniugio che lega i genitori, ponendo l'interesse della prole al centro della tutela giuridica⁽³²⁾.

In questa prospettiva, sarà il coniuge affidatario della prole a continuare ad abitare nella casa familiare, perché l'interesse dei figli minori, condiviso dal comodatario, è quello che ha mosso il comodante ad attribuire l'immobile in godimento gratuito⁽³³⁾.

Ciò comporta la permanenza del titolo costitutivo del rapporto obbligatorio, nel quale muta soltanto uno dei termini soggettivi.

In altri termini, il comodato continua necessariamente a favore del coniuge separato che si prende cura della prole.

contratto si è perfezionato, della natura dei rapporti tra le medesime, degli interessi perseguiti e di ogni altro elemento che possa fare luce sulla effettiva intenzione di dare e ricevere il bene allo specifico fine della sua destinazione a casa familiare».

⁽³²⁾ Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2013, p. 651 ss.

⁽³³⁾ La Cassazione ha, infatti, escluso, in assenza di figli minori, il diritto del coniuge separato ad abitare la casa concessa in comodato dal genitore dell'altro: Cass., 4 maggio 2005, n. 9253, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 599 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare tra tutela dei figli e diritti del comodante*.

Diversamente ha deciso la Suprema Corte in un caso in cui l'interesse familiare del comodatario non era condiviso dal comodante⁽³⁴⁾.

Infatti, il comodante, una società a responsabilità limitata, aveva concesso in comodato senza determinazione di durata un immobile di sua proprietà al comodatario, amministratore unico della società, per ragioni connesse all'attività imprenditoriale che formava l'oggetto sociale; il comodatario, *ad insa-puta del comodante*, aveva successivamente adibito l'immobile a casa familiare.

L'interesse familiare non è quindi condiviso dal comodante e non acquista rilievo causale. Anzi, la causa è un'altra, ed è legata alla necessità commerciale della società. Si tratta di un tipico esempio di gratuità strumentale alla realizzazione di un interesse patrimoniale del comodante (corrispettività indiretta).

La Cassazione ha pertanto ritenuto che il comodante potesse chiedere il rilascio dell'immobile *ad nutum ex art. 1810 c.c.*, anche nell'ipotesi di separazione personale tra i coniugi ed assegnazione della casa familiare alla moglie. La presenza della prole minore, infatti, non altera la causa originaria del comodato, che non è stato stipulato al fine precipuo e condiviso di assicurare una abitazione al nucleo familiare.

La soluzione della Suprema Corte sembrerebbe, dunque, ineccepibile. Ma il sicuro rilievo causale degli interessi condivisi non esclude, invero, il bilanciamento *in via equitativa* di quelli non condivisi da parte del giudice che li conosca dagli atti di causa.

Si tratta, in buona sostanza, di una *rilevanza causale indiretta* degli interessi non condivisi, destinata ad influire sulla disciplina del rapporto tutte le volte in cui la necessaria applicazione giudiziale della clausola di buona fede e dell'*aequitas singularis* ne imponga la prevalenza sui motivi oggettivi.

In altri termini, il contrasto tra causa espressa ed interessi non condivisi può risolversi, in via eccezionale, a favore di questi ultimi, ove lo esiga la particolare natura di essi, nell'ottica di un bilanciamento degli stessi effettuato in sede interpretativa ed integrativa del contratto *ex artt. 1366 e 1374 c.c.*

⁽³⁴⁾ Cass., 13 febbraio 2007, n. 3179, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1274, con nota di E. AL MUREDEN, *Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?*

In particolare, mentre l'interpretazione del contratto secondo buona fede consente la individuazione dei motivi non oggettivati che però assumono rilievo causale indiretto, il procedimento equitativo conduce ad un bilanciamento di essi con quelli resi manifesti.

Così, nel caso che ci occupa, il giudice dovrà tener conto dell'interesse della prole minore, che non può abbandonarsi al suo destino, ma anche del legittimo affidamento del comodante in ordine al rilascio dell'immobile.

Pertanto, l'applicazione dei principi di buona fede e di equità potrà determinare la fissazione giudiziale di un congruo termine (in relazione alle circostanze del caso concreto) entro il quale il comodatario dovrà rilasciare l'immobile; in tal modo verrà assicurata la possibilità di trovare un'altra sistemazione abitativa alla famiglia, nell'interesse predominante dei figli minori⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Del resto, già nelle *Loix civiles* Jean Domat, riflettendo sull'applicazione dell'equità nei contratti, osservava come «da regola disponente che colui il quale ha prestato qualche cosa ad un altro per farne uso, possa ripigliarsela quando gli piacerà, produrrebbe una conseguenza contraria all'equità, permettendoglisi di ripetere la cosa imprestata mentre serve attualmente all'uso per cui è stata data, né potrebbe essere senza qualche danno ritolta. Di modo che questa regola cessa in tal caso in vigore di un'altra, la quale vuole che chi dà in prestito lasci goder del beneficio fatto, e non debba convertirlo in una ingiustizia»: J. DOMAT, *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, con discorso e alcune note del professore A. Padovani, II, Pavia, 1825, p. 109.

ANNA BERTI SUMAN^(*)

TRA INCERTEZZE E FERVORE GIUDIZIARIO:
VERSO IL RICONOSCIMENTO IN ITALIA
DELLO *STATUS* DI RIFUGIATO CLIMATICO?

ABSTRACT: This contribution analyses a recent decision issued on 24 February 2021 by the Italian Supreme Court of Cassation (Corte Suprema di Cassazione, ordinance n. 5022/21) which recognizes the existence of a situation of environmental degradation in the country of origin as a ground to secure humanitarian refuge to a person from Niger seeking international protection. The decision offers an excellent opportunity to discuss the evolving phenomenon of climate migration, the legal uncertainties surrounding this profile and the situation of vulnerability that all this entails. The contribution explores: climatic factors interplay with individual and group decisions to undertake a migration; climatic factors as factors aggravating pre-existing situations of vulnerability, through the eyes of a court; the criticalities of the Italian and European legal system vis-à-vis evolving jurisprudential innovation.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Avanzamenti giurisprudenziali in Italia sullo *status* di rifugiato climatico. – 3. Analisi dell’ordinanza n. 5022/21 della Corte di Cassazione. – 4. Riflessioni conclusive.

1. — *Introduzione.*

Oggi siamo di fronte a fenomeni climatici sempre più estremi e devastanti. Sono frequenti i fatti di cronaca che testimoniano i costi sociali ed economici di eventi causati dal cambiamento climatico, come alluvioni e ondate di calore. La letteratura scientifica ha dimostrato come il cambiamento climatico giochi un ruolo determinante nell’influencare gli schemi migratori. Da alcuni anni, si sta parlando delle migrazioni connesse a fattori climatici che stanno già diventando, e diventeranno, sempre di più un fenomeno con

^(*) Centro Comune di Ricerca della Commissione Europea, Ispra, Italia.

conseguenze sociali, economiche e persino giuridiche notevoli⁽¹⁾. La mobilità indotta da fattori climatici si riferisce agli spostamenti umani volontari (dunque di “migranti”) e *forzati* (dunque di “rifugiati”)⁽²⁾ indotti dai cambiamenti climatici antropogenici. La terminologia “sfollati climatici” si riferisce genericamente a persone che si spostano all’interno o all’esterno del proprio paese in risposta a fattori di stress climatico e va oltre la controversa dicotomia “migrante-rifugiato”⁽³⁾. Queste persone appartengono alla più ampia categoria di soggetti colpiti dal cambiamento climatico, con diversi gradi di vulnerabilità al rischio climatico, a seconda che siano più o meno esposti ad esso e possano contare o meno su strategie di adattamento a livello individuale e collettivo.

Queste forme di mobilità sono state collegate al degrado ambientale da decenni⁽⁴⁾. Per esempio, gli esperti hanno confermato l’esistenza di un collegamento tra i cambiamenti climatici e l’aumento dei conflitti⁽⁵⁾, a loro volta causa di migrazioni. La letteratura scientifica è però divisa sul tema a causa della complessità e della natura multi-causale della mobilità climatica⁽⁶⁾. Mancano, inoltre, metodologie concordate e dati affidabili, soprattutto dalle “periferie” del mondo, essenziali al fine di inquadrare il fenomeno e

⁽¹⁾ Si v. WORLD BANK, *A wicked problem: controlling global climate change*, in www.worldbank.org/en/news/feature/2014/09/30/a-wicked-problem-controlling-global-climate-change e THE UK GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE, *Foresight: migration and global environmental change*, in assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/287717/11-1116-migration-and-global-environmental-change.pdf.

⁽²⁾ La suddetta distinzione netta è tuttavia discutibile come argomentato nella letteratura, si veda F. ROSIGNOLI, *Environmental justice for climate refugees*, Routledge, Milton Park, Abingdon-on-Thames, 2022.

⁽³⁾ A. BALDWIN, C. FRÖHLICH, D. ROTHE, *From climate migration to Anthropocene mobilities: shifting the debate*, in *Mobilities* 14(3), 2019, p. 289 ss.

⁽⁴⁾ W. VOGT, *Road to Survival*, in L. ROBIN, S. SÖRLIN, P. WARDE, *The Future of Nature: Documents of Global Change*, Yale University Press, 1948, p. 187.

⁽⁵⁾ C.P. KELLEY, S. MOHTADI, M.K. CANE, R. SEAGER, Y. KUSHNIR, *Climate change in the fertile crescent and implications of the recent Syrian drought*, in *Earth, Atmosphere and Planetary science* 112(11), 2015, p. 3241 ss.

⁽⁶⁾ A. BALDWIN, C. METHMANN, D. ROTHE, *Securitizing ‘climate refugees’: the futurology of climate-induced migration*, in *Critical Studies on Security* 2(2), 2014, p. 121 ss.

le sue possibili evoluzioni⁽⁷⁾. Dati ufficiali della Banca Mondiale prevedono che entro il 2050, 143 milioni di persone potrebbero abbandonare l’Africa subsahariana, dell’Asia meridionale e dell’America Latina per spostarsi in luoghi più ospitali e meno vulnerabili al cambiamento climatico⁽⁸⁾. Mentre tali numeri si riferiscono a nuovi spostamenti in reazione a un disastro improvviso, le previsioni relative a eventi a insorgenza lenta come la siccità rimangono incerte.

Anche in Europa, gli impatti dei cambiamenti climatici sono evidenti. Studi dimostrano come le ondate di calore in Europa siano aumentate in frequenza e intensità negli ultimi quattro decenni⁽⁹⁾, trasformando l’Europa in un *hotspot* per le ondate di calore⁽¹⁰⁾. Secondo le proiezioni, la siccità e le temperature estreme registrate in Europa nell’estate del 2022 sembrano solo un avvertimento per scenari futuri più cupi⁽¹¹⁾. L’estate 2021 è stata, invece, caratterizzata dall’intensità delle inondazioni causate da forti piogge che hanno colpito improvvisamente la Germania e i paesi limitrofi, causando morti e sfollati⁽¹²⁾. Gli scienziati del clima hanno evidenziato come questi eventi siano una prova tangibile del cambiamento climatico.

Nel quadro di questa situazione complessiva, i c.d. “sfollati climatici” vengono raramente tutelati perché a livello internazionale e nazionale non esistono norme che definiscono e disciplinano tale categoria di soggetti, il che rischia di aumentarne la vulnerabilità già accentuata. Per esempio, la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951 non contempla tale

⁽⁷⁾ R. McLEMAN, F. GEMENNE, *Routledge Handbook of Environmental Displacement*, Routledge, Milton Park, Abingdon-on-Thames, 2018.

⁽⁸⁾ R. KANTA KUMARI et al., *Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration*, World Bank, Washington, DC, 2018, in hdl.handle.net/10986/29461.

⁽⁹⁾ E. ROUSI, K. KORNHUBER, G. BEOBIDE-ARSUAGA, F. LOU, D. COUMOU, *Accelerated western European heatwave trends linked to more-persistent double jets over Eurasia*, in *Nature Communications* 13(3851), 2022.

⁽¹⁰⁾ Si v. www.nytimes.com/2022/07/19/climate/europe-heat-wave-science.html.

⁽¹¹⁾ Si v. www.theguardian.com/environment/ng-interactive/2021/oct/14/climate-change-happening-now-stats-graphs-maps-cop26.

⁽¹²⁾ Si v. www.theguardian.com/environment/2021/jul/16/climate-scientists-shocked-by-scale-of-floods-in-germany.

figura. Nemmeno nella normativa italiana vi è il riconoscimento di siffatta categoria, sebbene esista la possibilità di fare ricorso a un permesso temporaneo per calamità naturale⁽¹³⁾ (molto diverso però dalla protezione stabile come “rifugiato climatico” auspicata da letteratura ed esperti del settore). Inoltre, come si argomenta nei prossimi paragrafi, i tribunali italiani si stiano mostrando creativi nell'accordare protezione a soggetti in situazioni di disagio causato dal cambiamento climatico.

2. — *Avanzamenti giurisprudenziali in Italia sullo status di rifugiato climatico.*

Il presente contributo analizza un recente arresto giurisprudenziale⁽¹⁴⁾ accolto con un certo risalto mediatico⁽¹⁵⁾ che è utile al fine di discutere il fenomeno ancora poco compreso della migrazione climatica e la situazione di vulnerabilità che il mancato riconoscimento di tale figura comporta. La pronuncia è un'opportunità per riflettere sul regime incerto che circonda la protezione per motivi climatici di rifugiati che arrivano in Italia e in Europa (soprattutto o anche) come sfollati climatici. La decisione in commento permette, infatti, di soffermare l'attenzione: (1) sul peso che ha il fattore climatico nella scelta di un singolo individuo o di un gruppo di individui di intraprendere una migrazione; (2) sul fattore climatico come elemento aggravante situazioni preesistenti di vulnerabilità sia prima dell'inizio di una rotta migratoria (per esempio, come acceleratore di conflitti e di situazioni di povertà e marginalizzazione) sia durante o alla fine del percorso migratorio (si pensi ai campi profughi sotto stress idrico o alluvionale, alle situazioni precarie nei paesi di destinazione); (3) sulle criticità del sistema italiano ed

⁽¹³⁾ C. SCISSA, *La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 1, p. 137 ss.

⁽¹⁴⁾ Cass. (ord.), 24 febbraio 2021, n. 5022, in *Ced Cassazione*.

⁽¹⁵⁾ Si vedano, per esempio: www.aics.gov.it/oltremare/articoli/pianeta/rifugiati-climatici-e-ambientali-arriva-il-riconoscimento-giuridico-in-italia/; www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/protezione-umanitaria-disastro-ambientale-niger/; www.ilfattoquotidiano.it/2022/11/05/rifugiati-ambientali-deve-essere-riconosciuto-il-diritto-a-chi-fugge-dal-disastro-ecologico/6859558/.

europeo di accoglienza nonché del quadro giuridico nazionale e internazionale di disciplinare la figura dello “sfollato climatico”, sia nella gestione dei flussi che nella definizione della protezione.

Oggetto di analisi è l’ordinanza n. 5022 del 2021 della Corte di Cassazione che ha riconosciuto protezione a un cittadino proveniente dal Delta del Niger, sancendone lo *status* di “rifugiato climatico”. Il caso riguardava un cittadino proveniente dal Delta del Niger al quale era stata negata la protezione umanitaria richiesta per essere fuggito da un conflitto armato. Il Tribunale di merito aveva invece accertato che la situazione di provenienza del cittadino del Niger era tale da integrare un disastro ambientale.

La Corte di Cassazione con l’ordinanza qui analizzata individua i criteri per il riconoscimento della protezione umanitaria non solo quando vi è una situazione di conflitto armato ma anche quando a porre a rischio il «nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale» siano situazioni come un disastro ambientale (definito *ex* 452-*quater* c.p.⁽¹⁶⁾), il cambiamento climatico e l’insostenibile sfruttamento delle risorse naturali. Tali situazioni vengono riconosciute dalla Corte come idonee ad esporre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all’autodeterminazione dell’individuo al rischio di violazione tanto da impedire un’esistenza dignitosa. Al di sotto di tale soglia limite, scatterebbe il diritto all’accoglienza dello straniero garantito dall’art. 10 della Costituzione italiana (difatti, recita tale articolo, «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d’asilo nel territorio della Repubblica»).

Pertanto, la Corte argomenta che, nel decidere se concedere protezione umanitaria a un soggetto richiedente asilo, il giudice deve verificare che tale limite minimo fondante la dignità personale sia garantito nel paese d’origi-

⁽¹⁶⁾ Per tale si intenda, alternativamente, secondo la definizione fornita nel diritto nazionale dall’art. 452-*quater* c.p., la «alterazione irreversibile dell’equilibrio di un ecosistema», ovvero la «alterazione dell’equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali», o ancora «d’offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l’estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte al pericolo».

ne del richiedente. La suddetta valutazione deve essere condotta non solo in relazione a scenari di conflitto armato, ma anche rispetto a situazioni di degrado sociale, ambientale o climatico, o quando le risorse naturali sono soggette a sfruttamento insostenibile e l'individuo è quindi esposto a un rischio reale per il suo diritto alla vita⁽¹⁷⁾.

3. — *Analisi dell'ordinanza n. 5022/21 della Corte di Cassazione.*

Il primo aspetto interessante della pronuncia è la critica da parte della Corte di Cassazione a una ricostruzione stringente di ciò che comporta la compromissione della soglia minima ineludibile dei diritti fondamentali dell'individuo. Infatti, la Corte nota come il giudice della sentenza cassata abbia «erroneamente circoscritto la valutazione della sussistenza della condizione di pericolo generalizzato alla sola esistenza di un conflitto armato, senza considerare, né in relazione alla domanda di riconoscimento della protezione sussidiaria, né a quella di concessione della protezione umanitaria, il rischio di compromissione della soglia minima ineludibile dei diritti fondamentali dell'individuo specificamente legato alla ravvisata sussistenza del contesto di disastro ambientale».

Dunque, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, come normata dall'art. 19, commi 1 e 1.1, del d.lgs. n. 286 del 1998, la condizione dello straniero dovrà essere valutata non solo alla luce dell'esistenza di una situazione di conflitto armato, ma anche con riguardo a «qualsiasi contesto che sia, in concreto, idoneo ad esporre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al rischio di azzeramento o di riduzione al di sotto della predetta soglia minima, ivi espressamente inclusi – qualora se ne ravvisi in concreto l'esistenza in una determinata area geografica – i casi del disastro ambientale, definito dall'art. 452-*quater* c.p., del cambiamento climatico e dell'insostenibile sfruttamento delle risorse naturali».

⁽¹⁷⁾ Si v. la nota a sentenza di F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy?*, in *The Italian Review of International and Comparative Law* 1(1), 2021, p. 146 ss.

Tale approccio amplia notevolmente il novero dei soggetti potenzialmente eleggibili a ricevere protezione umanitaria come rifugiati.

La Cassazione, infatti, si esprime favorevolmente a quanto lamentato dal ricorrente, il quale faceva valere, in primis, l'omesso esame di fatto decisivo, in relazione all'art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c.⁽¹⁸⁾, perché il Tribunale non avrebbe considerato la situazione di disastro ambientale esistente nel delta del Niger; e, in secondo luogo, la violazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 286 del 1998 perché il giudice di merito non avrebbe riconosciuto la protezione umanitaria, sulla base dell'esistenza del grave disastro ambientale suddetto.

La pronuncia presenta due tratti salienti secondo quanto argomenta la letteratura in materia⁽¹⁹⁾. Il primo consiste nell'alleggerimento dell'onere della prova richiesto per accordare la protezione umanitaria, rispetto ad altre pronunce precedenti. Rileverebbero a tal fine le generiche condizioni ambientali del paese d'origine senza che l'ordinanza richiami la necessità di una reale valutazione soggettiva. In altre parole, il richiedente non era tenuto a fornire prove adeguate di essere stato personalmente e individualmente privato dell'esercizio dei suoi diritti umani fondamentali a causa di un atto o di un evento specifico attribuibile a un disastro ambientale⁽²⁰⁾. Tale irrilevanza dell'esistenza di un rischio di danno individuale distingue il caso in questione dal caso *Ioane Teitiota v. Nuova Zelanda* del 2019⁽²¹⁾, pur citato dalla stessa Cassazione, dove il Comitato delle Nazioni Unite aveva invece argomentato che il rischio doveva essere personale, e non meramente derivato dalle condizioni generali del paese ricevente⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ Ossia, l'impugnabilità di un provvedimento tramite ricorso in Cassazione per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

⁽¹⁹⁾ F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy?*, cit., p. 146 ss.

⁽²⁰⁾ F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy?*, cit., p. 155 s.

⁽²¹⁾ Si veda *Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business* [2015] NZSC 107. Per il testo della pronuncia, si veda climatecasechart.com/non-us-case/ioane-teitiota-v-the-chief-executive-of-the-ministry-of-business-innovation-and-employment/.

⁽²²⁾ F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy?*, cit., p. 155 s., citando il caso *Teitiota*, par. 9.3.

Il secondo aspetto particolarmente interessante della pronuncia è il fatto che la Corte non richiama l'art. 20-*bis* del d.lgs. n. 286/1998, come aggiunto dal *decreto Salvini* e modificato dal recente d.l. n. 130/2020, contenente la disciplina del permesso di soggiorno per calamità naturale. Si argomenta che il fatto che la Corte non abbia fatto alcun riferimento a tale articolo apre la possibilità di un significativo ampliamento del livello di protezione, che sembrerebbe abbracciare più ampiamente situazioni di disastri naturali, cambiamenti climatici e sfruttamento insostenibile delle risorse naturali⁽²³⁾.

La Corte di Cassazione richiama la motivazione del Tribunale che aveva emesso il provvedimento cassato, il quale aveva dato atto dell'esistenza, nella zona del delta del Niger, di una grave situazione di dissesto ambientale, dovuta allo sfruttamento indiscriminato dell'area da parte delle compagnie petrolifere e conflitti etnico-politici. Il giudice di merito aveva indicato l'attività di diversi gruppi paramilitari, autori di sabotaggi e furti che avevano causato numerosi sversamenti di petrolio, a causa dei quali vaste zone sono state contaminate. Questa situazione – a detta del Tribunale – aggravava la persistente condizione di povertà della popolazione locale, la quale da una parte non beneficiava dei proventi delle risorse naturali dell'area, e dall'altra pativa dell'insicurezza legata alla presenza di forze paramilitari. Emerge la qualificazione del fattore climatico come aggravante preesistenti condizioni di vulnerabilità e acceleratore di migrazioni.

Tuttavia, il Tribunale non riteneva tale condizione sufficiente ai fini della configurazione di una condizione di violenza generalizzata rilevante ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 14, lett. *c*) del d.lgs. n. 251 del 2007⁽²⁴⁾, argomentando come il livello di violenza generalizzata non fosse tale da integrare un conflitto armato o una situazione equivalente. Nell'ordinanza in commento, la Cassazione respinge tale rico-

⁽²³⁾ F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy?*, cit., p. 157.

⁽²⁴⁾ Decreto di attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

struzione e nota come erroneamente il Tribunale non abbia considerato il contesto di dissesto ambientale e insicurezza associata a tale contesto come rilevante ai fini della concessione della protezione umanitaria.

La pronuncia in commento richiama la giurisprudenza internazionale come l'Ordinanza del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, emessa nel caso *Teitiota*, in cui si afferma che il diritto allo *status* di rifugiato deve essere riconosciuto anche per motivi di carattere ambientale e climatico. La decisione del Comitato infatti riconosce la possibilità che gli effetti non adeguatamente contrastati del cambiamento climatico possano comportare la violazione dei diritti fondamentali alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti. Da ciò, il Comitato deduce che, in via astratta, il rischio di subire tali effetti nel paese d'origine rientri nelle cause di inespellibilità dello straniero in virtù del principio cogente di non respingimento (*non-refoulement*).

Il ricorrente nel caso *Teitiota* lamentava, in particolare, l'estrema instabilità ed incertezza delle sue condizioni di vita dovuta all'aumento del livello del mare che aveva eroso l'area abitabile dell'isola, causando un aumento della densità di popolazione, la scarsità delle risorse naturali e conseguenti tensioni sociali, e paragonava la sua condizione e quella di un migrante in fuga dalla guerra. Il Comitato, pur rigettando la domanda a causa della mancata dimostrazione, da parte del richiedente, dell'effettivo ed imminente pericolo di sommersione dell'isola dalla quale egli proveniva, aveva affermato il principio per cui gli Stati hanno l'obbligo di assicurare e garantire il diritto alla vita delle persone, e che tale diritto si estende anche alle minacce ragionevolmente prevedibili e alle situazioni potenzialmente letali che possono comportare la perdita della vita o comunque un sostanziale peggioramento delle condizioni dell'esistenza, inclusi il degrado ambientale, i cambiamenti climatici e lo sviluppo insostenibile (cfr. punto 9.4 della decisione) e che possono arrecare una violazione del diritto alla vita di ciascun individuo (cfr. punto 9.5). La Cassazione, citando specificamente tali due passaggi, dimostra di abbracciare pienamente i recenti avanzamenti della giurisprudenza internazionale al fine di innovare la (datata) figura della protezione umanitaria, alla luce del mutato panorama mondiale di crisi ambientale e climatica.

L'ordinanza dunque offre un principio guida a futuri giudizi in cui si debba valutare se il contesto di provenienza del migrante sia "sufficientemente letale" ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria. Tale valutazione andrà condotta con specifico riferimento al peculiare rischio per il diritto alla vita e all'esistenza dignitosa derivante dal degrado ambientale, dal cambiamento climatico o dallo sviluppo insostenibile dell'area. Il pericolo per la vita individuale che potrà rilevare ai fini del riconoscimento della protezione, infatti, non dovrà necessariamente derivare da un conflitto armato, potendo dipendere da condizioni socio-ambientali comunque riferibili all'azione dell'uomo, a condizione che il contesto che si viene a creare in una determinata zona sia «in concreto, tale da mettere seriamente a rischio la stessa sopravvivenza del singolo individuo e dei suoi congiunti». La Corte di Cassazione accoglie dunque l'istanza presentata dal ricorrente, con cassazione della decisione impugnata e rinvio della causa al Tribunale di merito, enunciando il seguente principio di diritto come criterio guida: «Ai fini del riconoscimento, o del diniego, della protezione umanitaria prevista dall'art. 19, commi 1 e 1.1, del d.lgs. n. 286 del 1998, il concetto di "nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale" individuato dalla giurisprudenza di questa Corte [...] costituisce il limite minimo essenziale al di sotto del quale non è rispettato il diritto individuale alla vita e all'esistenza dignitosa. Detto limite va apprezzato dal giudice di merito non soltanto con specifico riferimento all'esistenza di una situazione di conflitto armato, ma con riguardo a qualsiasi contesto che sia, in concreto, idoneo ad esporre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al rischio di azzeramento o di riduzione al di sotto della predetta soglia minima, ivi espressamente inclusi – qualora se ne ravvisi in concreto l'esistenza in una determinata area geografica – i casi del disastro ambientale, definito dall'art. 452-*quater* c.p., del cambiamento climatico e dell'insostenibile sfruttamento delle risorse naturali».

4. — *Riflessioni conclusive.*

Come nota la letteratura sul tema⁽²⁵⁾, gli evidenziati progressi indicano come a livello giurisprudenziale internazionale e nazionale vi sia una crescente apertura verso il riconoscimento del legame tra ambiente, clima, violazione dei diritti umani e migrazioni. In effetti, negli ultimi anni, il contenzioso davanti ai tribunali nazionali e internazionali ha svolto un ruolo sempre più importante nella lotta al cambiamento climatico⁽²⁶⁾, con una particolare enfasi sulla tematica della violazione dei diritti umani per gli effetti del cambiamento climatico⁽²⁷⁾. Tuttavia, questa tendenza è stata meno accentuata in Italia, dove solo recentemente è stato avviato un procedimento giudiziario trattante esplicitamente il legame tra cambiamento climatico e i conseguenti obblighi legali in chiave di tutela dei diritti umani⁽²⁸⁾.

La pronuncia qui analizzata è stata dunque accolta come una decisione che, insieme ad altre sentenze precedenti della stessa Corte di Cassazione, può aprire la strada a una prima ondata di cause sul clima davanti ai tribunali italiani, unendosi a un *trend* globale del c.d. “contenzioso sui rifugiati climatici”⁽²⁹⁾, e focalizzandosi in particolare sul contenzioso climatico basato sui diritti umani⁽³⁰⁾. Si è argomentato, per esempio, che l’ordinanza in questione potrebbe essere considerata «il punto di arrivo di una consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale la valutazione della vulnerabilità, ai fini della concessione della protezione umanitaria, deve es-

⁽²⁵⁾ C. SCISSA, *La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi*, cit., p. 137 ss.

⁽²⁶⁾ UNEP, *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, 2020, in www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review.

⁽²⁷⁾ J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, p. 37 ss.

⁽²⁸⁾ Si veda la causa *Giudizio Universale*, in giudizionuniversale.eu/la-causa-legale/.

⁽²⁹⁾ F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy?*, cit., pp. 146-148.

⁽³⁰⁾ M. CARDUCCI, *Il cambiamento climatico nella giurisprudenza italiana*, in *Diritti Comparati*, 2021, consultabile in www.diritticomparati.it/il-cambiamento-climatico-nella-giurisprudenza-italiana/.

sere condotta anche in relazione alle condizioni ambientali e climatiche»⁽³¹⁾.

Tali avanzamenti a livello giurisprudenziale non sono, tuttavia, fiancheggiati da una simile innovazione legislativa a livello nazionale dove invece è stato notato che si starebbe assistendo a una progressiva compressione della portata degli istituti costitutivi della disciplina dell'asilo costituzionale e, in particolar modo, della protezione umanitaria⁽³²⁾.

La giurisprudenza nazionale e internazionale analizzata, tuttavia, indica inequivocabilmente che gli Stati sono vincolati ad assicurare agli individui condizioni di vita che rendano possibile la piena esplicazione del diritto alla vita, nella sua ampia declinazione, anche a prescindere dall'esistenza di un pericolo attuale per la sopravvivenza. Anche laddove manchi una minaccia diretta alla vita come un conflitto armato, la protezione umanitaria può essere riconosciuta alla luce di un contesto dove il degrado ambientale e gli effetti del cambiamento climatico stiano compromettendo l'effettivo godimento dei diritti umani individuali.

Mentre letteratura scientifica offre numerosi esempi a livello internazionale ed europeo di casi in cui le persone sfollate anche o soprattutto a causa dei cambiamenti climatici vengono riconosciute come "rifugiati climatici"⁽³³⁾, anche mancando una normativa specifica sul tema, il legislatore italiano sembra trovarsi davanti a un'impasse definitoria. La definizione della figura in questione risulta infatti ancora controversa dal punto di vista giuridico.

Tuttavia, di fronte all'assenza di interventi legislativi efficaci, la società civile, i portatori di interesse e le organizzazioni del settore stanno ricorrendo ai tribunali come legittimo terreno di confronto per stimolare innovazioni

⁽³¹⁾ F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy?*, cit., p. 154. Vona nella nt. 15 a p. 154 cita Cass., 4 febbraio 2020, n. 2563, Cass., 10 Novembre 2020, n. 25143 e Cass., 8 gennaio 2021, n. 121.

⁽³²⁾ Per una ricostruzione della protezione per calamità in Italia dal 1996 ad oggi, si veda C. SCISSA, *La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi*, cit., p. 137 ss., e F. VONA, *Environmental Disasters and Humanitarian Protection: A Fertile Ground for Litigating Climate Change and Human Rights in Italy?*, cit., p. 150, nt. 6.

⁽³³⁾ F. ROSIGNOLI, *Environmental justice for climate refugees*, cit.

“dal basso”. Si stanno inoltre moltiplicando iniziative civiche e di professionisti volte a stimolare un dibattito sia sociale che scientifico sul tema della migrazione ambientale e climatica.

Un esempio di questo coinvolgimento è il progetto avviato nel 2023 dall’associazione italiana “Systasis – Centro studi per la prevenzione e la gestione dei conflitti ambientali”, con base a Milano, assieme a numerosi altri partner inclusi centri di ricerca ed enti impegnati nell’accoglienza dei migranti, con il supporto di un finanziamento di Fondazione Cariplo⁽³⁴⁾. Il progetto, dal titolo «Le Rotte del Clima»⁽³⁵⁾, mira a rispondere al vuoto definitorio che circonda la nozione di “sfollati climatici”, attivando una campagna di raccolta dati qualitativa, partendo dalle esperienze di coloro che stanno vivendo in prima persona eventi estremi legati al/aggravati dal cambiamento climatico, al punto di dover abbandonare la propria terra. L’approccio partecipativo dell’iniziativa si distingue per ricercare il vissuto della migrazione climatica proprio alla fonte, partendo dall’esperienza del migrante stesso. Il progetto cerca poi modi creativi ed inclusivi per valorizzare e raccontare questi dati, sia per promuovere una consapevolezza sociale sul tema ma anche al fine di sviluppare nuove strategie di tutela giudiziaria.

Come nel caso del progetto illustrato, enti del terzo settore sempre più spesso costruiscono collaborazioni con ricercatrici e ricercatori (accademici) per indagare il complesso fenomeno della migrazione ambientale e climatica, anche dal punto di vista giuridico. Un esempio recente è il report “Crisi Ambientale e Migrazioni Forzate”⁽³⁶⁾, ormai arrivato alla terza edizione, pubblicato dall’associazione italiana “A Sud” e dal “Centro Documentazione Conflitti Ambientali”, entrambi con base a Roma, in collaborazione con “Open Arms Italia”.

⁽³⁴⁾ Si veda la pagina di un evento di lancio del progetto presso la Triennale di Milano, in triennale.org/eventi/rotte-clima-crisi-climatica-migrazioni-diritti.

⁽³⁵⁾ A cui l’autrice Anna Berti Suman partecipa come esperta di monitoraggio ambientale civico e membra dell’associazione Systasis.

⁽³⁶⁾ S. ALTIERO, M. MARANO (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. Persecuzioni climatiche*, 3^a ed., Associazione A Sud/CDCA – Centro Documentazione Conflitti Ambientali, 2023, consultabile in asud.net/risorsa/persecuzioni-climatiche/.

Esperti del settore e giuristi dovrebbero osservare con attenzione sia gli sviluppi legislativi internazionali e i recenti arresti giurisprudenziali, nonché il crescente impegno sul tema da parte della società civile e degli enti del terzo settore insieme al mondo della ricerca (accademica), al fine di contribuire a un dibattito urgente, e definire soluzioni condivise e ragionevoli, sia a livello sociale che normativo.

SABRINA ELIA^(*)

PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E PROCEDURA
ESTINTIVA DELLE CONTRAVVENZIONI
IN MATERIA AMBIENTALE.
LA DETERMINAZIONE DI UN RAPPORTO
(IN?)CONCILIABILE PER LA TUTELA
E LA SALVAGUARDIA AMBIENTALE

ABSTRACT: This article deals the mechanism of the cause of non-punishable for particular tenuousness of the fact and the extinguishing mechanism of environmental infringements, with the purpose of analyzing the legislative indications, the rationale underlying the institutes and their dogmatic classification within the systematic categories developed in the criminal law field. It analyses the real benefits deriving from their introduction in our legal system. Moreover, this contribution touches on the relationship between the two institutes, considering, moreover, how the ultimate goal of the legislator is clear: provide for rewarding measures common to a single objective of environmental protection and rehabilitation.

SOMMARIO: 1. Premessa. Illecito e punibilità: cenni in merito al settore ambientale. – 2. Particolare tenuità del fatto e procedura estintiva delle contravvenzioni. Tra tenuità e inoffensività, la *ratio* della loro introduzione nel nostro ordinamento giuridico. – 3. La particolare tenuità del fatto: presupposti applicativi e tenuta dell'istituto nell'ambito del diritto penale ambientale. – 4. Gli indici-criteri della particolare tenuità del fatto ed il diritto penale ambientale: ambiti applicativi. – 5. Particolare tenuità del fatto e deflazione processuale nella c.d. Riforma Cartabia. Cenni. – 6. La procedura estintiva delle contravvenzioni: ambito applicativo e funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. – 7. Il rapporto tra particolare tenuità del fatto e procedura estintiva delle contravvenzioni: incompatibilità o complementarità? – 8. Considerazioni conclusive.

1. — *Premessa. Illecito e punibilità: cenni in merito al settore ambientale.*

Il diritto penale ambientale è uno dei settori che per primo ha com-

^(*) Solution Audit&Compliance presso Protiviti Italia.

preso come la sequenza reato-pena, un tempo considerata indissolubile, potesse essere rescindibile. La stessa sequenza, infatti, ha lasciato il passo ad una logica premiale sempre più penetrante nelle maglie del diritto penale⁽¹⁾, soprattutto nell'ambito della legislazione complementare e nell'ambito relativo agli illeciti secondari di natura contravvenzionale.

Il settore ambientale si è ben prestato, dunque, a tale modifica operativa posto che una tutela effettiva delle necessità ecologiche non può essere assicurata unicamente attraverso i tradizionali strumenti repressivi ma anche per mezzo di novità normative ovvero inasprendo i sistemi sanzionatori già esistenti.

Tale volontà affonda le proprie radici sul terreno del diritto penale sostanziale e, in particolare, nella effettiva necessità di tutelare il bene giuridico *ambiente* in ragione della sua fondamentale importanza ben riconosciuta nell'ambito dei valori del nostro ordinamento giuridico.

Inoltre, la suddetta volontà è in piena sintonia anche con la moderna concezione della pena di tipo special-preventivo e positivo, desumibile dall'art. 27, 3° comma, Cost. In presenza di simili situazioni, infatti, non si avverte la necessità di risocializzare l'autore del reato tramite l'irrogazione della pena, dal momento che il suo comportamento è espressivo di un già avvenuto ripristino rispetto ai valori in precedenza violati.

Proprio lo schema reintegratorio implica uno strumento di maggior tutela per il bene *ambiente* rispetto a quanto, altrimenti, permetterebbe l'infrazione della sanzione edittale comminata. Ciò soprattutto quando la stessa sanzione comminata concerne fattispecie di natura contravvenzionale e, dunque, per propria natura, ammortizzabile tramite monetizzazione ovvero per mezzo dei vari istituti premiali previsti dal nostro ordinamento giuridico.

⁽¹⁾ Sul cambiamento del sistema penale, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; nonché C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.

2. — *Particolare tenuità del fatto e procedura estintiva delle contravvenzioni. Tra tenuità e inoffensività, la ratio della loro introduzione nel nostro ordinamento giuridico.*

L'istituto della particolare tenuità del fatto è stato introdotto con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, nella parte generale del codice penale (art. 131-*bis*). Si tratta di un istituto di ampia applicazione che trova, nell'ambito del diritto ambientale, un'importante attuazione.

In particolare, la sua introduzione, attuata con l. 22 maggio 2015, n. 68, comporta necessariamente una verifica della tenuta⁽²⁾ e, soprattutto, delle potenzialità operative della nuova causa di non punibilità nel predetto settore ambientale, nonché una prima ricognizione delle possibili questioni applicative.

Il d.lgs. 28/2015, da un lato, e la l. 68/2015, dall'altro lato, sono decise risultanze delle scelte operate dal legislatore in ambito penale.

Come definito da importante dottrina lo stesso legislatore si è sentito scisso «tra due tendenze diverse, quasi antinomiche se non proprio opposte»⁽³⁾.

La dottrina osserva, però, come nel diritto penale *speciale*, il legislatore si sia indirizzato verso un sempre maggiore «crescente rafforzamento della tutela, mediante previsioni di nuove fattispecie ed inasprimento sanzionatorio»⁽⁴⁾, sull'onda di istanze repressive che, più o meno esistenti, sono state fortemente condizionate, anche, da una importante e presente cassa di risonanza massmediatica; nel diritto penale *generale*, invece, le cose sono diverse⁽⁵⁾. Infatti «la tendenza è stata nel senso di un alleggerimento

⁽²⁾ Sul punto, cfr. C. BERNASCONI, *Reati ambientali e particolare tenuità del fatto*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2017, p. 1 ss.

⁽³⁾ Così F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1694. Allude ad una «bipolarità della moderna politica di tutela penale» anche V.B. MUSCATIELLO, *L'entropia ambientale. Dal boia (improbabile) all'esattore (incerto)*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁽⁴⁾ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, loc. ult. cit.

⁽⁵⁾ Sul punto, cfr. C. BERNASCONI, *Reati ambientali e particolare tenuità del fatto*, cit., p. 2.

dell'intervento punitivo penale», in particolare «al fine di avvicinare il sistema complessivo al canone dell'ultima ratio», con una funzione di deflazione processuale e di contenimento del ricorso allo strumento carcerario⁽⁶⁾.

In relazione al diritto penale ambientale, in particolare, l'alleggerimento dell'intervento punitivo si è realizzato anche nell'ambito della disciplina di settore con la previsione della procedura estintiva di talune contravvenzioni, ai sensi degli artt. 318-*bis* ss. del d.lgs. 152/2006, la quale dà pur sempre vita ad un istituto applicabile ad un numero indeterminato di fattispecie, anche se circoscritto ad uno specifico ambito normativo.

Pertanto, le due previsioni – non punibilità per particolare tenuità del fatto e nuova causa estintiva di talune contravvenzioni – si pongono in linea con la concezione gradualistica dell'illecito. Rappresentano, infatti, una completa risposta alla necessità di «impedire che l'energia del diritto e del processo si sprigioni laddove non ve ne sia bisogno»⁽⁷⁾.

E tale visione è sposata non solo dalla dottrina ma anche dalla giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno definito, infatti, come⁽⁸⁾, «lo scopo primario è quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Proporzione e deflazione s'intrecciano coerentemente».

⁽⁶⁾ M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 104.

⁽⁷⁾ D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 450. Analogamente, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 83. Al riguardo, si consideri anche Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, in *Ced Cassazione*, ad avviso della quale «il nuovo istituto è esplicitamente, indiscutibilmente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce dunque figura di diritto penale sostanziale. Esso persegue finalità connesse ai principi di proporzione ed *extrema ratio*; con effetti anche in tema di deflazione. Lo scopo primario è quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo».

⁽⁸⁾ Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13682, in *Ced Cassazione*.

3. — *La particolare tenuità del fatto: presupposti applicativi e tenuta dell'istituto nell'ambito del diritto penale ambientale.*

Il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 ha inserito nel codice penale il nuovo art. 131-*bis* (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*) che, in quanto causa di non punibilità, trova applicazione in presenza di fatti che, seppur tipici, antigiusuridici e colpevoli, determinano e comportano un'offensività non meritevole di sanzione penale⁽⁹⁾.

L'istituto in analisi vuole dare attuazione, dunque, ai principi di proporzione ed *extrema ratio* attribuendo al giudice il potere di depenalizzare in concreto fatti di minima gravità. Questi, ovviamente, devono essere identificati per mezzo di una selezione che tiene conto non solo del fatto storico ma anche di aspetti di natura soggettiva, in linea con la concezione secondo cui ogni illecito penale è realizzabile in forma graduabile e quindi può risultare, in concreto, anche lieve.

L'istituto è caratterizzato da presupposti e limiti applicativi tanto oggettivi quanto soggettivi la cui sussistenza congiunta viene valutata in parte dal legislatore ed in parte è rimessa all'apprezzamento del giudice.

Sul versante oggettivo, innanzitutto, il legislatore definisce l'ambito di applicabilità della nuova causa di non punibilità prevedendo una soglia sanzionatoria massima («nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena»).

La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto è applicabile ai reati puniti con pena pecuniaria, con pena edittale non superiore nel massimo a cinque anni (sola o congiunta a pena pecuniaria), nonché ai reati per i quali la pena detentiva minima (solo o congiunta a quella pecuniaria) non è prevista⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ M.G. MARZANO, *Gli incerti rapporti tra non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato nella giurisprudenza di legittimità: la soluzione fornita dalle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 11 luglio 2022.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Corte cost., 21 luglio 2020, n. 156, con cui è stato statuito che l'art. 131-*bis* c.p. parzialmente incostituzionale nella parte in cui precludeva l'operatività dell'istituto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena.

La *ratio* è ben chiara: fissare una soglia oltre la quale «l'osservanza scrupolosa della legge è imposta in termini indefettibili e non ammette contemperamenti in chiave di opportunità»⁽¹¹⁾.

Ciò posto, in materia ambientale, possono astrattamente rientrare entro i limiti di pena indicati dall'art.131-*bis* c.p. tutte le fattispecie contravvenzionali, oltre ad alcune ipotesi delittuose.

4. — *Gli indici-criteri della particolare tenuità del fatto ed il diritto penale ambientale: ambiti applicativi.*

L'art. 131-*bis* c.p. contempla due *indici-criteri* della tenuità del fatto: quello oggettivo della “particolare tenuità dell'offesa” e quello soggettivo della “non abitualità del comportamento”.

A sua volta, utilizzando il lessico della Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 28/2015, la particolare tenuità dell'offesa si articola nei due “indici-requisiti” della “modalità della condotta”⁽¹²⁾ e della “esiguità del danno o del pericolo”, entrambi da valutarsi sulla base dei parametri di cui all'art. 133, 1° comma c.p.

Per ciò che concerne l'applicazione del primo criterio, della c.d. “tenuità dell'offesa”, esso presuppone l'individuazione del bene giuridico tutelato dalla singola norma incriminatrice.

Con particolare riferimento ai reati ambientali, tanto la dottrina⁽¹³⁾ quanto

⁽¹¹⁾ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al dir.*, 2015, 15, p. 20, anche se poi viene ritenuta non condivisibile la razionalità di siffatta scelta che guarda al massimo editale, anziché al minimo. Analogamente, R. RAMPIONI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 465.

⁽¹²⁾ Cfr. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 666, il quale rileva come, attraverso il richiamo all'art. 133 c. 1 c.p., «il legislatore abbia lasciato intendere che, proprio riguardo alle modalità della condotta, si viene a determinare un giudizio di bilanciamento complesso e complessivo, entro il quale possono valutarsi anche più indici aventi segni diversi. Importa, al fine, che l'esito disveli la particolare tenuità delle modalità aggressive».

⁽¹³⁾ Tra gli altri, R. BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo pre-*

la giurisprudenza⁽¹⁴⁾ si sono pronunciate ritenendo misurabile l'offesa anche in relazione ai reati di pericolo astratto, particolarmente numerosi nell'ambito ambientale.

Fortemente dibattuto è il comprendere se, per applicare l'istituto ai suddetti reati di pericolo astratto, l'offensività debba essere valutata in relazione al bene finale – quale l'ambiente – oppure se debba essere valutata in relazione ad uno strumentale interesse formale al corretto svolgimento delle funzioni di vigilanza e di controllo da parte della p.a.

Appare senz'altro preferibile la prima strada non solo battuta dalla dottrina ma confermata anche dalla giurisprudenza ad avviso della quale «accertata la situazione pericolosa tipica e dunque l'offesa, resta pur sempre spazio per apprezzare in concreto, alla stregua della manifestazione del reato [...] quale sia lo sfondo fattuale nel quale la condotta si iscrive e quale sia, in conseguenza, il concreto possibile impatto pregiudizievole rispetto al bene tutelato. Per esemplificare, non è per nulla indifferente nella ottica graduistica che qui interessa, che l'irregolare scarico di acque reflue avvenga in un territorio riccamente urbanizzato, magari con fonti di approvvigionamento idrico; o che avvenga, invece, in un luogo assai remoto privo di significative connessioni, dirette o indirette, con oggetti pertinenti alla tutela ambientale»⁽¹⁵⁾.

Sempre sotto il profilo delle caratteristiche dell'offesa, fondamentale è

sunto, cit., spec. p. 1736 ss.; M.B. MAGRO, *Tenuità del fatto e reati di pericolo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4089 ss.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, cit.: a giudizio della Cassazione «non è da credere che tale conformazione della fattispecie faccia perdere il suo ancoraggio all'idea di pericolo ed ai beni giuridici che si trovano sullo sfondo. Al contrario, come ormai diffusamente ritenuto, si tratta di illeciti che presentano un forte legame con l'archetipo della pericolosità e garantiscono, anzi, il rispetto dei principi di tassatività, assicurando la definitiva conformazione della fattispecie alla stregua di accreditate informazioni scientifiche e di razionale ponderazione degli interessi in gioco; ed eliminando gli spazi di vaghezza e discrezionalità connessi alla necessità di accertare in concreto l'offensività del fatto [...]. Dunque, conclusivamente, il doveroso apprezzamento in ordine alla gravità dell'illecito connesso all'applicazione dell'art. 131-*bis* consente anzi impone di considerare se il fatto illecito abbia generato un contesto concretamente e significativamente pericoloso con riguardo ai beni indicati».

⁽¹⁵⁾ Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, cit.

comprendere, inoltre, il rapporto della causa di non punibilità pure in relazione ad altre tipologie di reato diffuse in ambito ambientale.

Il riferimento è, *in primis*, ai reati permanenti. Tali fattispecie sono caratterizzate da una condotta persistente cui consegue la protrazione nel tempo dei suoi effetti e, dunque, dell'offesa al bene protetto. Ciò premesso non sembrerebbe sussistere una originaria incompatibilità tra l'istituto in analisi ed il reato permanente. Nondimeno però sembrerebbe essere preclusa l'applicazione della causa di non punibilità in oggetto finché la permanenza non sia cessata, in ragione della continua compressione del bene giuridico per effetto della condotta illecita. D'altronde, cessata la permanenza, la valutazione dell'*indice-criterio* della particolare tenuità dell'offesa, sarà tanto più difficilmente rilevabile quanto più tardi si sia verificata la stessa cessazione.

Con riferimento all'*indice-requisito dell'esiguità del danno o del pericolo*, l'elemento che sembrerebbe essere destinato ad assumere particolare rilievo in materia ambientale, è quello relativo alla possibilità riconosciuta al giudice di tenere in considerazione, nell'ambito del giudizio di particolare tenuità, condotte risarcitorie o riparatorie successive al fatto di reato. Le suddette condotte sono in grado di determinare, infatti, un'offesa che concretamente ha minore efficacia di quanto non avrebbe assunto in mancanza delle stesse.

Altra categoria di reato che rileva in relazione all'ambito ambientale e che rileva, quindi, in merito a profili di possibile incompatibilità rispetto alla causa di non punibilità, è rappresentata dalle fattispecie incriminatrici che prevedono una soglia di punibilità.

La previsione di soglie rileva sulla valutazione della tipicità⁽¹⁶⁾, esprimendo una precisa scelta del legislatore in merito all'individuazione del *quantum* di offesa necessaria per la punibilità. Ciò, però, può essere vanificato dall'applicazione della causa di non punibilità in oggetto. Al riguardo, le Sezioni Unite, hanno proprio statuito una piena compatibilità del nuovo istituto con i reati costruiti sul superamento di soglie, posto che «il giudice che ritiene tenue una condotta collocata attorno all'entità minima del fatto conforme

⁽¹⁶⁾ Sul punto, M.B. MAGRO, *Tenuità del fatto e reati di pericolo*, cit., p. 4090.

al tipo [...] non si sostituisce al legislatore, ma anzi ne recepisce fedelmente la valutazione»⁽¹⁷⁾.

Al riguardo, però, è bene evidenziare come la questione possa assumere contorni differenti in base al ruolo che il limite soglia assume nella costruzione della fattispecie. Ebbene, se in merito alle ipotesi in cui il limite soglia segna il confine tra illecità penale e liceità non si pongono problemi per l'applicabilità delle ipotesi di lievi superamenti di soglia, differenti sono i casi in cui il limite soglia segna il confine tra differenti fattispecie di reato e quella in esso cui segna il confine tra illecito amministrativo e reato⁽¹⁸⁾.

Infatti, se per la prima ipotesi l'epilogo sarebbe quello di lasciare il soggetto impunito alla stessa stregua di qualsiasi altro soggetto che avesse commesso lo stesso fatto al di sotto dei limiti soglia, la soluzione non è altrettanto netta per le altre due tipologie di casi.

Per ciò che concerne, poi, l'applicazione del secondo indice-criterio circa la *non abitualità del comportamento* si evidenzia che è necessario che il comportamento non risulti abituale, circostanza che è esclusa nelle ipotesi previste dal 3° comma dell'art. 131-*bis* c.p., ossia nel caso in cui il reo sia un delinquente dichiarato abituale, professionale o per tendenza, e abbia commesso più reati della stessa indole (anche se ciascun fatto isolatamente considerato sia di particolare tenuità), nonché nell'ipotesi di reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate.

Sulla scorta dell'interpretazione fornita dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 13681/2016⁽¹⁹⁾ – sulla quale, nel prosieguo della presente analisi si ritornerà – l'indicazione fornita dalla norma deve considerarsi tassativa⁽²⁰⁾, essendo finalizzata ad escludere dall'ambito di operatività della particolare tenuità del fatto solo i comportamenti seriali. Quest'ultimo è un concetto

⁽¹⁷⁾ Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, cit.

⁽¹⁸⁾ A titolo puramente esemplificativo si pensi in materia ambientale, al reato di deposito temporaneo presso il luogo di produzione di rifiuti sanitari pericolosi (art. 256, 6° comma, d.lgs. 152/2006).

⁽¹⁹⁾ Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, cit.

⁽²⁰⁾ Sul punto si consideri che la Relazione al decreto legislativo n. 28/2015, invece, qualificava come soltanto esemplificative le indicazioni fornite dall'art. 131-*bis*, 3° comma c.p.

più ampio dell'occasionalità la quale lascia invece intendere «qualcosa che sia realmente isolato nel tempo»⁽²¹⁾.

È necessario, però, sottolineare che in relazione all'indice-criterio richiamato non vi è unanimità di vedute. In particolare, parte della dottrina ritiene che la particolare tenuità riguardi il disvalore oggettivo del singolo fatto e non la pericolosità sociale dell'autore. Pertanto, bloccare l'applicazione dell'istituto a particolari categorie di soggetti risponderebbe, secondo la dottrina, a determinate esigenze "meramente securitarie"⁽²²⁾.

Le problematiche si riscontrano, in particolare, con riferimento al secondo ed al terzo richiamo operato dall'art. 131-*bis*, 3° comma c.p.

Mentre, infatti, nei casi di cui agli artt. 102 ss. c.p. basterà una formale dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza, già precedentemente intervenuta, più problematici si pongono gli altri casi, nei confronti dell'autore di un'offesa qualificabile come tenue.

Innanzitutto, vi è assoluta concordia nel ritenere che il parametro della non abitualità non coincida con quello della occasionalità⁽²³⁾. Dunque, coerentemente – anche con quanto rilevato dalla Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 28/2015 – «la presenza di un "precedente" giudiziario non» è «di per sé sola ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in presenza ovviamente degli altri presupposti»⁽²⁴⁾.

Ciò che rimane *pending* come determinazione è quella relativa al numero di condotte tali da qualificare il comportamento come abituale, agli effetti della non applicabilità della causa di non punibilità. Tanto che anche la suddetta Relazione ministeriale definisce in maniera sbrigativa questo aspetto osservando che spetterà «naturalmente all'interprete dare tutte le opportune precisazioni contenutistiche al concetto»⁽²⁵⁾.

(21) P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 17.

(22) R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 667.

(23) Relazione allo schema di d.lgs. recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto», punto n. 4.

(24) F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 93.

(25) Relazione allo schema di d.lgs. recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto», cit., punto n. 4.

Tanto premesso, il primo problema concerne l'interpretazione da offrire a quella parte del 3° comma che si riferisce alla «commissione di più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità». Alla luce di quanto elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la predetta formulazione sembra suscettibile di abbracciare due situazioni tra loro diverse.

Da un lato, infatti, essa potrebbe riferirsi all'ipotesi in cui più condotte, integranti una pluralità di reati della medesima indole, siano giudicate nell'ambito dello stesso procedimento. Al riguardo, pertanto, ne deriva come l'abitudine ostativa dovrebbe essere accertata in relazione al reato oggetto del giudizio.

Dall'altro lato, la citata locuzione normativa potrebbe riconoscere rilevanza anche ai precedenti giudiziari per fatti commessi in precedenza (fatti estranei al procedimento in corso, ma accertati)⁽²⁶⁾.

Le Sezioni Unite della Cassazione sembrano attribuire rilevanza ad entrambe le opzioni interpretative⁽²⁷⁾.

Ma a ciò si aggiunge una ulteriore possibile lettura da parte di altra giurisprudenza secondo cui l'illecito diviene abituale (con conseguente esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto) quando l'autore, anche successivamente al reato per il quale si procede, commette altri due reati oltre a quello in questione⁽²⁸⁾.

Tale pronuncia richiama quanto precedentemente affermato in materia dalle succitate Sezioni Unite, aggiungendo un nuovo elemento utile per identificare chiaramente i confini della causa di esclusione della punibilità in questione.

Inoltre, come da precedente giurisprudenza, la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'articolo 131-*bis* c.p. può essere determinata anche in presenza di più reati legati dal vincolo della

⁽²⁶⁾ Sul punto, cfr. C. BERNASCONI, *Reati ambientali e particolare tenuità del fatto*, cit., p. 9, e R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 668.

⁽²⁷⁾ R. BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., p. 1740.

⁽²⁸⁾ Quanto riportato rappresenta una delle possibili letture di Cass., 28 febbraio 2018, n. 9069, in *Ced Cassazione*.

continuazione giacché quest'ultima «non si identifica automaticamente con l'abitudine nel reato, ostativa al riconoscimento del beneficio»⁽²⁹⁾.

5. — *Particolare tenuità del fatto e deflazione processuale nella cd. Riforma Cartabia. Cenni.*

La riforma attuata con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, accanto a talune novità tese ad una maggiore efficienza del processo penale ha previsto, altresì, la rimodulazione di taluni istituti di diritto penale sostanziale tesi a determinare un meccanismo di deflazione processuale⁽³⁰⁾. Tra tali interventi si inserisce l'ampliamento dell'ambito di applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.

In un sistema giuridico come quello italiano improntato – dunque – al principio della obbligatorietà dell'azione penale, la previsione dell'art. 131-*bis* c.p. rappresenta un approdo molto importante rispetto all'alleggerimento del carico sugli uffici giudiziari, consentendo, già con l'archiviazione del procedimento, di evitare la celebrazione di processi per fatti di reato che l'ordinamento non ha interesse a perseguire e punire posta l'esiguità dell'offesa⁽³¹⁾.

In tale prospettiva, pertanto, il legislatore ha ritenuto, nell'ambito della riforma, di valorizzare la portata dell'esimente *de qua*, ampliandone l'ambito applicativo. Più precisamente, in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1, 21° comma, l. n. 134 del 2021, l'intervento ha riguardato la formulazione dell'art. 131-*bis* c.p. in una triplice direzione.

In primis, si è esteso in termini generali l'ambito di applicabilità dell'istituto, attraverso una modifica del limite edittale di pena entro il quale la particolare tenuità del fatto può essere ravvisata (c. 1); attribuendo, *in*

⁽²⁹⁾ Cass. pen., 29 marzo 2017, n. 19932, in *Ced Cassazione*.

⁽³⁰⁾ Sul tema, A. MADEO, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflattiva comune nella "riforma Cartabia"*, in www.lalegislaZIONEpenale.eu.

⁽³¹⁾ Sul tema, C. BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale nella c.d. riforma Cartabia: il restyling alla particolare tenuità del fatto e la nuova procedura estintiva in materia di alimenti e bevande*, in *Discrimen*, 16 gennaio 2023, p. 1 ss.

secundis, rilievo anche alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa (c. 1); bilanciando, infine, il predetto ampliamento dell'ambito di operatività, escludendo il carattere di particolare tenuità dell'offesa in relazione ai taluni specifici reati, riconducibili, da un lato, alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica⁽³²⁾, e, dall'altro lato, ad ulteriori tipologie di delitti ritenuti di particolare gravità (c. 3)⁽³³⁾.

6. — *La procedura estintiva delle contravvenzioni: ambito applicativo e funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale.*

La l. 22 maggio 2015, n. 68, intitolata «Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente», è stata introdotta con la precisa *ratio* di tutelare in maniera compiuta e completa il bene *ambiente*.

Questo viene perseguito attraverso un duplice fronte.

Da un lato, introduce nel nuovo Titolo VI-*bis* del codice penale (rubricato «Dei delitti contro l'ambiente») nuove fattispecie, caratterizzate da un inasprimento della risposta sanzionatoria. Dall'altro, prevedendo l'aggiunta di una Parte VI-*bis* («Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia ambientale») al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, meglio noto come *Codice dell'ambiente*, che delinea un innovativo meccanismo premiale e determina la c.d. “non punibilità” di numerose contravvenzioni ambientali.

Il meccanismo estintivo in esame rappresenta il pilastro attorno al quale ruota la “non punibilità” del reo che abbia provveduto a eliminare le conseguenze dannose della contravvenzione attraverso un comportamento opposto rispetto a quello incriminato.

⁽³²⁾ Convenzione di Istanbul. Trattato internazionale contro la violenza sulle donne e la violenza domestica, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011 ed aperta alla firma l'11 maggio 2011 a Istanbul.

⁽³³⁾ Cfr. C. BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale nella c.d. riforma Cartabia*, cit., p. 2 ss.

Ne deriva, pertanto, come sia agevole desumere il rilievo centrale di tale istituto nel sistema di tutela dell'ambiente, mettendo in luce, peraltro, la progressiva tendenza del diritto penale ambientale ad assumere una funzione sempre più marcatamente ripristinatoria, ed assumendo – di tal fatta – una impostazione tipica del diritto civile e del diritto amministrativo⁽³⁴⁾.

Le disposizioni richiamate (artt. 318-*bis*-318-*octies*) prevedono che è possibile, posti determinati presupposti, l'estinzione delle contravvenzioni ambientali di minor valore che non abbiano cagionato un danno o un pericolo concreto di danno per le matrici ambientali.

È in tale quadro che si inserisce la questione della natura giuridica del meccanismo estintivo in esame e, quindi, del suo inquadramento concettuale, il quale deve tener conto, inoltre, del fatto che lo speciale meccanismo estintivo in esame risulti costruito sulla base di un analogo modello previsto con riguardo alle contravvenzioni infortunistiche (artt. 19 ss., d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758).

Un primo orientamento, valorizzando l'ambito processuale dell'istituto, prevede che lo stesso si ponga come «condizione di procedibilità atipica o speciale»⁽³⁵⁾, prevedendo che il sistema delle prescrizioni e il pagamento della sanzione amministrativa costituiscano delle *precondizioni*⁽³⁶⁾, in assenza delle quali non pare possibile l'esercizio dell'azione penale.

Più nel dettaglio, sembra trattarsi di una “precondizione negativa”⁽³⁷⁾, data l' idoneità del procedimento a limitare la potestà di azione del Pubblico Ministero; le varie fasi della sequenza procedimentale appaiono, cioè, funzionali a “sospendere”, fino al loro completo esperimento, l'esercizio dell'azione

⁽³⁴⁾ F. POMES, *Procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali e funzione ripristinatoria del diritto penale*, in *Lexambiente*, 2019, 4, p. 62.

⁽³⁵⁾ Cass. pen., 18 dicembre 1998, n. 13340, in *Ced Cassazione*. Si veda A. GAITO, voce *Procedibilità*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 813 ss.

⁽³⁶⁾ Cass. pen., 9 febbraio 2005, n. 12294, in *Ced Cassazione*. Per un approfondimento della tematica, R. GIOVAGNOLI, *La definizione in via amministrativa delle contravvenzioni in materia di sicurezza e di igiene sul lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 603 ss.

⁽³⁷⁾ G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, p. 186 ss. L'Autore ricostruisce il dibattito ed enuncia le varie tesi che si sono contese il campo, con riguardo alla procedura estintiva delle contravvenzioni infortunistiche.

penale da parte del p.m. e, di conseguenza, il potere cognitivo del giudice⁽³⁸⁾.

La suddetta impostazione, però, ha lasciato il passo ad una successiva giurisprudenza⁽³⁹⁾, attenta al dato letterale contenuto nel testo normativo che inquadra, così, l'istituto in esame nella categoria delle cause di estinzione.

In tal senso, depone il tenore letterale dell'art. 318-*septies* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che subordina l'estinzione del reato al rispetto di due condizioni: l'adempimento della prestazione impartita dall'organo di vigilanza, da un lato, e il pagamento della somma di denaro in via amministrativa ad opera del contravventore, dall'altro.

La previsione delle suddette condizioni ha portato la dottrina a definire la causa di non punibilità come «condizione di estinzione a formazione complessa»⁽⁴⁰⁾, statuendo che, in assenza di uno dei requisiti citati, non possa verificarsi l'estinzione del reato.

Anche volendo abbracciare la tendenza dottrinale opposta, ne deriva che non si potrebbe qualificare la causa di non punibilità in esame come condizione di procedibilità. Una tale affermazione sarebbe, infatti, incongrua alla luce della possibilità di esercitare l'azione penale pur quando non sia stato attivato il meccanismo di ripristino.

Così ricostruito il quadro dottrinale e giurisprudenziale, non può sottrarsi come il clima ondivago richiamato faccia emergere efficacemente la difficoltà della definizione dello speciale meccanismo estintivo penal-ambientale.

In tale quadro si inserisce una terza impostazione, né sostanziale né processuale, ma “ibrida” della stessa causa di non punibilità; più nel dettaglio,

⁽³⁸⁾ F. POMES, *Procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali e funzione ripristinatoria del diritto penale*, cit., p. 66.

⁽³⁹⁾ Cass. pen., 14 giugno 2000, n. 9772, in *Ced Cassazione*.

⁽⁴⁰⁾ Cass. pen., 24 marzo 2010, n. 11271, in *Ced Cassazione*. In dottrina, S. CAROLLO, *La disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale: luci ed ombre del nuovo procedimento estintivo delle contravvenzioni del T.U.A.*, in A. MANNA (a cura di), *Il nuovo diritto penale ambientale*, Roma, 2016, p. 185; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2019, p. 480, in cui si qualificano come cause di estinzione del reato, strutturalmente affini all'oblazione, quelle previste nella legislazione speciale in materia di sicurezza e igiene del lavoro, nonché in materia di tutela ambientale.

la dottrina propone un inquadramento “sincretistico”⁽⁴¹⁾, in virtù del quale la fattispecie in esame viene definita per metà come causa di non punibilità sopravvenuta, per metà come condizione di procedibilità.

Resta, tuttavia, da precisare che per cause di non punibilità sopravvenuta si intendono quelle disposizioni che premiano con l’impunità il reo che, avendo commesso un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, realizzi successivamente un comportamento idoneo a reintegrare e ripristinare il bene giuridico leso.

Sulla base di questa impostazione è un evento successivo alla commissione del reato che descrive la non punibilità. Lo stesso evento è frutto, in particolare, della condotta dell’autore del fatto illecito di segno opposto e inverso rispetto alla contravvenzione⁽⁴²⁾.

Restano, pertanto, emarginate altre impostazioni, prevalendo quella poc’anzi esposta perfettamente in linea con la funzione propria della pena.

Le ipotesi sopravvenute di non punibilità, invero, proprio perché volte al «ripristino della legalità violata»⁽⁴³⁾ e alla ricomposizione del bene giuridico leso, realizzano una applicazione effettiva della tanto agognata funzione special preventiva positiva della pena stessa.

7. — *Il rapporto tra particolare tenuità del fatto e procedura estintiva delle contravvenzioni: incompatibilità o complementarità?*

Dall’analisi sinora svolta emerge con chiarezza che la previsione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto è destinata, in materia ambientale, a interagire e coordinarsi con la procedura di estinzione applicabile alle contravvenzioni disciplinate dal d.lgs. 152/2006, ai sensi della parte VI-*bis*, introdotta dalla l. 68/2015.

⁽⁴¹⁾ A. GARGANI, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro*, in B. DEIDDA, A. GARGANI (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, p. 380 ss.

⁽⁴²⁾ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., p. 222.

⁽⁴³⁾ L’espressione è di V. PAONE, *La prescrizione dei reati ambientali secondo la l. 68/2015: non mancano dubbi interpretativi*, in *Amb. e sviluppo*, 2016, p. 503.

Infatti, la verifica delle condizioni previste per l'operatività della citata procedura estintiva si concentra, in particolare, sulla mancanza di «danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette», così come richiesto dall'art. 318-*bis* del d.lgs. 152/2006.

Ciò posto, è pressoché immediato dedurre come siffatta valutazione sulla scarsa offensività dell'illecito finisca inevitabilmente per sovrapporsi allo spazio di accertamento della speciale tenuità del fatto.

Il rapporto tra i due istituti merita, perciò, di essere approfondito.

Si necessita, in particolare, di capire come possano effettivamente dispiegarsi i rapporti tra le due discipline in relazione alle fattispecie – contravvenzionali – astrattamente suscettibili di ricadere nello spazio di operatività di entrambe.

Come autorevole dottrina evidenzia, la linea di confine tra i due istituti risulta di immediata comprensione considerato che, da un punto di vista logico-giuridico, alla procedura estintiva prevista dalla parte VI-*bis* del d.lgs. 152/2006 può ricorrersi solo se si ritenga inapplicabile la causa di non punibilità per speciale tenuità del fatto.

In realtà, *de iure condito*, non parrebbero ravvisabili definizioni di tal fatta chiare e nette relativamente ad una così definita alternativa.

Anzi, per come è strutturata la procedura estintiva, il cui impulso è attribuito in sede di primo accertamento del reato alla polizia giudiziaria, il rapporto tra i due istituti sembrerebbe definirsi più in termini di sussidiarietà della non punibilità per particolare tenuità rispetto alla procedura estintiva suddetta.

Tale sussidiarietà è, altresì, confermata dal fatto che non è da escludere che, anche in considerazione del carattere riparatorio e ripristinatorio per il bene giuridico tutelato che contraddistingue l'adempimento delle prescrizioni, venga attraversata questa strada, riservando poi l'eventuale dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità anche a casi in cui la procedura estintiva non abbia avuto esito completamente positivo.

Così definita la disamina dello speciale meccanismo estintivo in materia ambientale, è necessaria una considerazione di più ampio respiro e determinazione.

L'analisi comparativa tra i due istituti consente di evidenziare un elemento di criticità del meccanismo di estinzione delle contravvenzioni ambientali. In particolare, nella disciplina dettata dal codice dell'ambiente non si rinviene alcun limite soggettivo di applicazione, consentendo quindi l'utilizzabilità del beneficio anche ai contravventori abitualmente recidivi.

Dunque, l'analisi complessiva della l. 22 maggio 2015, n. 68 consente di cogliere una condivisibile tendenza al ripristino e alla tutela effettiva del bene *ambiente*. Basti pensare, al riguardo, all'art. 452-*duodecies* c.p., che permette al giudicante di ordinare al reo, al momento della condanna, il recupero e il ripristino dello stato dei luoghi. Ed ancora, si pensi all'art. 452-*decies* c.p., che condiziona la concessione di misure premiali e la riduzione della pena ad interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino dello stato dei luoghi. Od infine si richiami l'art. 452-*terdecies* c.p., che offre uno schema punitivo in cui ad essere incriminata è la stessa inottemperanza alla prescrizione reintegratoria.

Quanto sopra esposto porta ad affermare come, al di là del dettato normativo, obiettivo del legislatore sia quello di inserire una pluralità di istituti che rispondano a una funzione ripristinatoria e che tendano ad un fine unico: preservare il bene "*ambiente*" privilegiando, dunque, l'aspetto di salvaguardia rispetto a quello sanzionatorio.

8. — *Considerazioni conclusive.*

Nel presente lavoro emerge che gli interventi normativi oggetto di analisi si propongono come obiettivo quello di consegnare nelle mani dell'interprete degli strumenti di misurazione in concreto della "necessità di pena" tali da andare oltre, evidentemente, il limite della generalizzazione ritrovabile nella tipizzazione di ogni fattispecie⁽⁴⁴⁾.

Il legislatore valorizza, dunque, il bene giuridico *ambiente* in linea con le

⁽⁴⁴⁾ D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega*, cit., p. 450.

esigenze comunitarie di effettività di tutela⁽⁴⁵⁾, rinunciando così all'applicazione della pena nell'ipotesi in cui gli obblighi ripristinatori siano stati adempiuti.

Il legislatore ha ritenuto, in altre parole, che una tutela effettiva dell'ambiente non possa essere assicurata solo tramite gli strumenti repressivi ma anche facendo leva su misure di reintegrazione del bene giuridico.

Tale costruzione è coerente, d'altronde, con le istanze di sussidiarietà ed *extrema ratio* secondaria del sistema penale⁽⁴⁶⁾ che, in attesa di una sempre più richiesta depenalizzazione legislativa, impongono di concentrare l'intervento punitivo sui soli fatti concretamente lesivi dei beni giuridici di rango costituzionale.

Peraltro, gli istituti in analisi affondano le radici nel terreno del diritto penale-sostanziale e, in particolare, nella necessità di tutelare il bene giuridico “ambiente” in ragione proprio della sua fondamentale importanza nell'assetto dei valori del nostro ordinamento giuridico; importanza oggi ribadita con la legge costituzionale n. 1/2022 dal suo espresso riconoscimento negli artt. 9 e 41 Cost.⁽⁴⁷⁾.

Tale impostazione si pone, altresì, in perfetta linea con la concezione della pena di tipo special-preventivo positivo così come desumibile dall'art. 27, 3° comma Cost. e collima perfettamente con l'idea rieducativa della pena stessa⁽⁴⁸⁾.

Dunque, non bastano più argomentazioni esegetiche ma si necessita di risocializzare l'autore del reato dal momento che il suo tempestivo contegno è chiaramente espressivo di un già avvenuto riallineamento ai valori

⁽⁴⁵⁾ C. RUGA RIVA, *Parte generale*, in M. PELLISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, 2ª ed., Torino, 2019, p. 22.

⁽⁴⁶⁾ Sulla sussidiarietà secondaria si rinvia per tutti a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, spec. p. 259 ss.; ID., *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p. 377 ss.

⁽⁴⁷⁾ In argomento, cfr. G. AMENDOLA, *L'inserimento dell'ambiente in Costituzione non è né inutile, né pericoloso*, in *lexambiente.it*, 4 marzo 2022.

⁽⁴⁸⁾ Per le connessioni con le moderne funzioni della pena si veda G. AMARELLI, *Non punibilità e rieducazione*, in E. MENGHINI, A. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi*, Trento, 2022, p. 115 ss.

dell'ordinamento in precedenza violati e, soprattutto, è in grado di offrire una tutela prolungata e rafforzata ai beni giuridici tutelati dalla fattispecie incriminatrice accertata. Ebbene, il comportamento reintegratorio consente di raggiungere livelli di tutela ambientale ben più elevati rispetto all'inflizione della sanzione spesso – talaltro – abbattuta tramite monetizzazione od eludibile attraverso gli istituti premiali previsti dal nostro ordinamento giuridico⁽⁴⁹⁾.

Le impostazioni poc'anzi esposte, si conclude, potranno produrre effetti favorevoli – però – solo quando saranno pienamente apprezzati i nuovi spazi offerti per una valutazione complessiva e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, alla luce delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza e dell'entità del danno o del pericolo.

⁽⁴⁹⁾ V.B. MUSCATIELLO, *L'entropia ambientale. Dal boia (improbabile) all'esattore (incerto)*, cit., p. 5.

SIMONA FANNI^(*)

THEORIZING A HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH
TO RESOURCES EXTRACTION: ISSUES OF
INTRAGENERATIONAL AND INTERGENERATIONAL
EQUITY AND OF EXTRATERRITORIALITY^(**)

ABSTRACT: The international community has recognized the importance of rethinking the current approach to extractive activities. A change is crucial for several purposes: primarily, for fighting climate change and meeting the goals set by the Paris Agreement; again, for promoting fossil fuel phase-out and energy transition; importantly, for ensuring the fair development of renewable sources of energy, which relies on mineral resources largely extracted in the Global South. On this premise, this study theorizes a human rights-based approach to extractive activities, by drawing inspiration from the rising climate litigation wave in international and domestic jurisprudence. Such concepts as intragenerational and intergenerational equity, extraterritoriality, sustainable development, and distributive justice are used to theorize an innovative approach to extractive activities.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. An innovative wave of climate and environmental litigation. – 3. The (possible) future horizons of litigation on extractive activities. – 4. Conclusions.

1. — *Introduction.*

Since the 1970s⁽¹⁾, the international community has acknowledged and tackled the complexity of the relationship between the humankind and Na-

^(*) Universidad de Sevilla.

^(**) This research was developed in the framework of the “Margarita Salas” Postdoctoral Programme, Universidad de Sevilla, and in the framework of the Research Project PID2021-122143NB-I00, of the Ministerio de Ciencia e Innovación, “Medio ambiente, seguridad y salud: nuevos retos del Derecho en el siglo XXI”, whose Principal Researcher is Prof. Dr. María Isabel Torres Cazorla.

⁽¹⁾ In particular, since the Stockholm Summit and the Stockholm Declaration.

ture, and the need to deeply rethink the way in which we use the resources that “our common home”⁽²⁾ offers. For a very long time, this relationship has been characterized by a relentless exploitation, as «natural resources – notably fossil fuels – have underpinned our global economic system, shaping geopolitics and the course of human development»⁽³⁾, leading to an increasing deterioration of the environment⁽⁴⁾.

In 1987, the *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, also known as the *Brundtland Report*⁽⁵⁾ introduced the concept of sustainable development, that is based on the relationship between the humankind and natural resources, and which was described as the «development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs»⁽⁶⁾. This definition conveys intergenerational equity⁽⁷⁾, distributive justice and solidarity. However, in practice, sustainable development has often been read from an anthropocentric perspective, that was used to perpetuate⁽⁸⁾

⁽²⁾ HOLY FATHER FRANCIS, *Encyclical Letter Laudato Si’ Of The Holy Father Francis On Care For Our Common Home*, Rome, 2015.

⁽³⁾ UNITED NATIONS, *Transforming Extractive Industry for Sustainable Development*, New York, 2021, p. 3. Also see: INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY, *A New World. The Geopolitics of Transformation*, Abu Dhabi, 2019.

⁽⁴⁾ UNITED NATIONS, *Transforming Extractive Industry for Sustainable Development*, cit., p. 3 ss.

⁽⁵⁾ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, United Nations General Assembly document A/42/427, 1987, p. 41.

⁽⁶⁾ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, loc. cit.

⁽⁷⁾ For an in-depth analysis of the concept of intergenerational equity, that this paper discusses further, see E. BROWN WEISS, *Intergenerational Equity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2021; D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (eds.), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, Newcastle upon Tyne, 2018.

⁽⁸⁾ J. JARIA-MANZANO, *Sustainability and Justice: A Constitution of Fragility*, in D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (eds.), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, cit., pp. 6-21.

mankind's voracious approach to the resources that the Earth offers⁽⁹⁾.

Extractive activities are a prominent example of this voracity, especially when one considers the unfair exploitation of the natural resources in the Global South, in particular, fossil fuels and the so called “critical minerals” – that are crucial for the energy transition. This phenomenon has raised important issues of distributive and procedural justice for the local communities affected by extractive activities⁽¹⁰⁾ and, since many extractive companies are domiciled in the Global North, it has also shone a spotlight on the need to ensure human rights' extraterritorial protection. In this regard, the need to prioritize «a reform of States' GHG emissions' responsibilities»⁽¹¹⁾ has emerged, in order to properly discuss an accountability mechanism that would encompass both production-based accountability (PBA) and consumption-based accountability (CBA)⁽¹²⁾, as well as carbon leakage. What is more, as the United Nations have stressed, «[o]n a global scale fossil fuels account for a staggering 73 per cent of the world's green-

⁽⁹⁾ See, again, D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ (eds.), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice: Issues of Theory, Law and Governance*, cit., p. 74, and *Preface*, where it was argued that «Speaking of sustainable development is an exercise in ambiguity».

⁽¹⁰⁾ UNITED NATIONS, *Transforming Extractive Industry for Sustainable Development*, cit., p. 3. T. ADDISON, *Extractives for Development (E4D)- Risks and Opportunities*, UNU-WIDER, 2020.

⁽¹¹⁾ A.A. SHARIATI, L. TEILLET, *COP27 did not seize the opportunity to open the debate around States' greenhouse gases emissions accountability*, in *International Law Blog*, 2022, available at internationallaw.blog/2022/12/19/cop27-did-not-seize-the-opportunity-to-open-the-debate-around-states-greenhouse-gases-emissions-accountability/.

⁽¹²⁾ A.A. SHARIATI, L. TEILLET, *COP27 did not seize the opportunity to open the debate around States' greenhouse gases emissions accountability*, cit. Also see A. FRANZEN, S. MADER, *Consumption-based versus production-based accounting of CO2 emissions: Is there evidence for carbon leakage?*, in *Environmental Science & Policy*, 2018, pp. 34-40; J.-L. FAN, Y.-B. HOU, Q. WANG, C. WANG, Y.M. WIE, *Exploring the characteristics of production-based and consumption-based carbon emissions of major economies: A multiple-dimension comparison*, in *Applied Energy*, 2016, pp. 790-799; S. AFIONIS, M. SAKAI, K. SCOTT, J. BARRETT, A. GOULDSON, *Consumption-based carbon accounting: does it have a future?*, in *WIREs Climate Change*, 2016, pp. 1-19.

house gas emissions, placing the spotlight of climate mitigation efforts squarely on extractive industries»⁽¹³⁾.

On this premise, in Section 2, this study draws inspiration from and explores the rising climate litigation wave that has been spreading before domestic courts all over the world, «asking state and corporate actors to reduce greenhouse gas emissions and redress the harms associated with the impacts of climate change»⁽¹⁴⁾, and seeking innovative ways to close the accountability gap by also relying on intragenerational and intergenerational equity and, although to a lesser extent, on extraterritoriality. This case law, on several occasions, has specifically tackled extractive activities, adopting innovative solutions, as the definition of a States' specific duty of care towards future generations, which can inspire an effective idea of stewardship. In light of the analysis developed in Section 2, Section 3 theorizes the possible future horizons of litigation on extractive activities, by putting special emphasis on the current opportunities for the European Court of Human Rights. Finally, some conclusions are formulated, without overlooking the importance of States' human rights obligations and due diligence, and the growing wave of corporate liability cases.

2. — *An innovative wave of climate and environmental litigation.*

The idea that human rights treaties are the source of mitigation obligations has been affirmed in scholarship. In this sense, Michael Burger and Jessica Wentz have recognized that there is a «growing consensus that a mitigation obligation does exist under international human rights law»⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ UNITED NATIONS, *Transforming Extractive Industry for Sustainable Development*, cit., p. 7, which recalls Climate Watch, which provides the data about the Historical GHG Emissions at www.climatewatchdata.org.

⁽¹⁴⁾ A. SAVARESI, J. SETZER, *Rights-based litigation in the climate emergency: mapping the landscape and new knowledge frontiers*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 2022, pp. 7-34.

⁽¹⁵⁾ M. BURGER, J. WENTZ, *Climate Change and Human Rights*, in M. FAURE (ed.), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Cheltenham, 2015, pp. 198-212.

This perspective seems to be progressively gaining ground also in the innovative domestic and international human rights jurisprudence that was inaugurated by the landmark case *Urgenda*⁽¹⁶⁾, that has been tackling climate change and, on various occasions, the need to phase out fossil fuels. This case law relies on a human rights-based or a constitutional rights-based approach, basically, as scholarship has suggested, for three different purposes: assessing States' failure to comply with their positive obligations in the field of climate change; assessing States' measures adopted to fight climate change; tackling the opposition to polluting projects or activities⁽¹⁷⁾. The approach adopted by this jurisprudence may be helpful for grappling with extractive activities, especially when it relies on the narrative of intragenerational and intergenerational equity, and on extraterritoriality. This is so because it may provide an effective legal paradigm for tackling sustainable development, stewardship of resources, and a fair accountability mechanism – with respect to PBA and CBA.

The judgment of the German Constitutional Court in the renowned case *Neubauer*⁽¹⁸⁾ provides a powerful example of «sustainable development made justiciable»⁽¹⁹⁾, where it affirms that «one generation must not be allowed to consume large portions of the CO₂ budget while bearing a relatively minor share of the reduction effort, if this would involve leaving subsequent generations with a drastic reduction burden and expose their lives to serious losses of freedom»⁽²⁰⁾. The Court expressed this eloquent view by relying

⁽¹⁶⁾ Staat der Nederlanden v. Urgenda, Hoge Raad 20 December 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

⁽¹⁷⁾ In this respect, this study relies on the thorough analysis developed by F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *BioLaw Journal*, 2022, p. 161.

⁽¹⁸⁾ Neubauer, et al. v. Germany, Bundesverfassungsgericht [BVerfG], 24 March 2021, Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20 (hereinafter, Neubauer).

⁽¹⁹⁾ J. BÄUMLER, *Sustainable Development made justiciable: The German Constitutional Court's climate ruling on intra- and inter-generational equity*, in *EJIL:Talk!*, 2021, available at www.ejiltalk.org.

⁽²⁰⁾ Neubauer, cit., para. 192.

on the fundamental rights that «oblige the legislator to manage the CO2 emission reductions that are constitutionally required under Art. 20a [of the Basic Law]». Importantly, this provision contemplates a State duty of care towards future generations, which provides an effective legal paradigm for addressing sustainable development.

However, the existence in the legal order of a future-oriented Constitution or of a Constitution that contains ecological generational justice clauses⁽²¹⁾ is not an indispensable precondition for achieving such results. *Sharma*⁽²²⁾ provides an outstanding example in this sense, since the Federal Court of Australia affirmed that «[t]he [Minister for the Environment] has a duty to take reasonable care [...] to avoid causing personal injury or death to persons who were under 18 years of age and ordinarily resident in Australia at the time of the commencement of this proceeding arising from emissions of carbon dioxide into the Earth's atmosphere»⁽²³⁾. *Sharma* is particularly relevant with regard to extractive activities, as the Court relied on the narrative of intragenerational equity and intertemporality for addressing the State's obligations in relation to the “catastrophic” consequences derived from «digging up and burning coal [that] will exacerbate climate change and harm young people in the future»⁽²⁴⁾. In particular, the «[p]laintiffs sought an injunction to prevent the Minister from approving»⁽²⁵⁾ the extension of the Whitehaven Vickery coal mine, under the Environment Protection and Biodiversity Conservation Act.

⁽²¹⁾ A. D'ALOIA, *Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 651 ss.

⁽²²⁾ *Sharma* by her litigation representative Sister Marie Brigid Arthur v Minister for the Environment [2021] FCA 560, 27 May 2021, (hereinafter, *Sharma*).

⁽²³⁾ *Sharma* by her litigation representative Sister Marie Brigid Arthur v Minister for the Environment (No 2) [2021] FCA 774, VID 607 of 2020, 8 July 2021, para. 58. It should be recalled that the Full Federal Court has overturned the decision of the Federal Court.

⁽²⁴⁾ See how *Sharma* is explored on the website climatecasechart.com; also see J. PEEL, R. MARKEY-TOWLER, *A Duty to Care: The Case of Sharma v Minister for the Environment [2021] FCA 560*, in *Journal of Environmental Law*, 2021.

⁽²⁵⁾ Again, see climatecasechart.com.

What is more, the Court affirmed that his novel common law duty of care applied to all Australian young people, since they share the same interest as the (young) applicants, which echoes the idea of “class” elucidated by the pioneering environmental judgment of the Supreme Court of the Philippines in the *Minors Oposa* case⁽²⁶⁾, in the 1990s. In the Court’s view, the “class” «appear[ed] to embrace everyone living in the country whether now or in the future»⁽²⁷⁾. The Court took a step further where it also specifically recognized the legal standing of the «[p]etitioners minors [...] [as] represent[at]ives [of] their generation as well as generations yet unborn», as it was based on the principle of intragenerational and intergenerational equity and the stewardship of the resources⁽²⁸⁾. This idea may be successfully used by courts to deal with the obstacles related to the legal standing of future generations – that were described by Parfit as the “non-identity problem”⁽²⁹⁾ – and that courts in the United States have been tackling by relying on the public trust⁽³⁰⁾.

The results achieved so far at the domestic level are more opaque with respect to extraterritoriality, “overseas” emission, and the rethinking of PBA and CBA. In the *People v. Arctic Oil* case (from which the *Greenpeace Nordic* case before the European Court of Human Rights originated), the Supreme Norwegian Court held that «if activities abroad over which the Norwegian authorities have a direct control, or against which they can implement measures, cause harm in Norway, they fall within the scope of the provision», and that «[o]ne example is combustion abroad of oil or gas produced in Norway, when it leads to harm in Norway as well». However, «the duty to

⁽²⁶⁾ *Minors Oposa v. DENR*, Supreme Court of the Philippines, 33 I.L.M. 173 (1994) (hereinafter, *Minors Oposa*).

⁽²⁷⁾ *Minors Oposa*, cit., p. 16, Separate Concurring Opinion of Judge Feliciano.

⁽²⁸⁾ *Minors Oposa*, cit., p. 8.

⁽²⁹⁾ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984.

⁽³⁰⁾ In this regard, see *Robinson Twp. v. Commonwealth*, 83 A.3d 901, 974 (Pa. 2013), consistently with article 27(1) of the Constitution of Pennsylvania, which provides that «Pennsylvania’s public natural resources are the common property of all the people, including generations yet to come».

take care under Article 112 [which protects the right to a healthy environment] does not grant corresponding individual rights to challenge petroleum-related activities [and does not apply extraterritorially]»⁽³¹⁾. That being said, the fact that the Court of Appeal had considered that «[e]missions of greenhouse gases after export of oil and gas [...] [fell] under Norwegian Regulation on Impact Assessment (NRIA)»⁽³²⁾, and, therefore, should be taken into account in the environmental impact assessment, has an interesting potential.

Neubauer adopted a less opaque perspective, where the German Constitutional Court «provided for some benchmarks in Germany's global responsibilities»⁽³³⁾. In particular, the Court said that «no violation of a duty of protection arising from fundamental rights is ascertainable *vis-à-vis* the complainants who live in Bangladesh and Nepal»⁽³⁴⁾. Nevertheless, as Bäumler⁽³⁵⁾ has illustrated, «[w]hile not directly confirming Germany's extraterritorial duty to protect, [the Court] still further evaluated the content of such a duty, including by stressing that the duty to protect individuals abroad might be different and, in fact, lower than the duty to protect those living in Germany (para. 181). In arguing that Germany fulfilled its duty to mitigate climate change by partaking in the global effort, by joining the Paris Agreement, but by also pointing towards Art. 9 of the Paris Agreement that obliges developed countries to financially assist developing countries, the Court ulti-

⁽³¹⁾ *Greenpeace Nordic Association v Ministry of Petroleum and Energy* (2020) Case no 20-051052SIV-HRET (Norwegian Supreme Court) (*People v Arctic Oil*), paras. 78-142, 149.

⁽³²⁾ D. SHAPOVALOVA, *Arctic Petroleum and the 2°C Goal: a Case for Accountability for Fossil-Fuel Supply*, in *Climate Law*, 2020, pp. 282-307. Also see Section 21, second paragraph of the Norwegian Regulations on Impact Assessments and the Judgment of the Court of Appeal on *Arctic Oil*, p. 41 (*Greenpeace Nordic Association v Ministry of Petroleum and Energy* (2020), Case no 18-060499ASD-BORG/03 (Borgarting Court of Appeal)).

⁽³³⁾ J. BÄUMLER, *Sustainable Development made justiciable: The German Constitutional Court's climate ruling on intra- and inter-generational equity*, cit.

⁽³⁴⁾ *Neubauer*, para. 173.

⁽³⁵⁾ J. BÄUMLER, *Sustainable Development made justiciable: The German Constitutional Court's climate ruling on intra- and inter-generational equity*, cit.

mately sketched out Germany's global obligations towards individuals living abroad»⁽³⁶⁾.

Otherwise, international human rights bodies have adopted a clear and innovative approach to extraterritoriality. Indeed, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), in its Advisory Opinion OC-23/17 on the Environment and Human Rights (hereinafter, AO OC-23/17)⁽³⁷⁾, has conceptualized a new extraterritorial jurisdictional link that derives from a broad application of the principle of due diligence⁽³⁸⁾, and «departs from the criteria for extraterritorial jurisdiction of effective control over territory/persons»⁽³⁹⁾, as «it is based on the factual – or, as the Court formulates the ‘causal’ – nexus between conducts performed in the territory of the State and a human rights violation occurring abroad»⁽⁴⁰⁾. This conceptualization was taken up by the Committee on the Rights of the Child (CRC), in *Sacchi et al*, to say that, in accordance with «the principle of common but differentiated responsibility, as reflected in the Paris Agreement, the collective nature of the causation of climate change does not absolve the State party of its individual responsibility that may derive from the harm that the emissions originating within its territory may cause to children, whatever their location»⁽⁴¹⁾. As Section 3 discusses, this new extraterritorial link may be particularly helpful in the framework of extractive activities,

⁽³⁶⁾ In this sense, see also Neubauer, para. 101, pp. 175-178.

⁽³⁷⁾ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017 Requested by the Republic of Colombia: The Environment and Human Rights, Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), 15 November 2017, para. 104(h).

⁽³⁸⁾ A. BERKES, *A New Extraterritorial Jurisdictional Link Recognised by the IACtHR*, in *EJIL:Talk!*, 2018, available at www.ejiltalk.org. Also see S. BESSON, *Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations – Mind the Gap!*, in *ESIL Reflection*, 2020, available at esil-sedi.eu.

⁽³⁹⁾ A. BERKES, *A New Extraterritorial Jurisdictional Link Recognised by the IACtHR*, loc. cit.

⁽⁴⁰⁾ A. BERKES, *A New Extraterritorial Jurisdictional Link Recognised by the IACtHR*, loc. cit.; Advisory Opinion OC-23/17, para. 95, pp. 101-102.

⁽⁴¹⁾ Chiara Sacchi et al v Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey, Committee on the Rights of the Child, CRC 104/2019-108/2019 (23 September 2020), para. 10.10 (hereinafter, Sacchi et al).

as it may help not only to better elucidate States' responsibility with respect to the extraterritorial harm caused by the activities carried out in its territory and susceptible to generate GHG emissions (as extraction, for example), but could also be the starting point to better elucidate States' due diligence obligations with respect to the extractive industry for the activities carried out abroad⁽⁴²⁾.

3. — *The (possible) future horizons of litigation on extractive activities.*

In the 1890s, in his masterpiece "Heart of Darkness", Joseph Conrad wrote that «The conquest of the earth [...] is not a pretty thing when you look into it too much». The results achieved by the case law analyzed in Section 2 show a viable way to not ignore Conrad's caveat in the field of extractive activities.

At the moment, the ECtHR has the opportunity to tackle several crucial issues in the pending cases *Portuguese Youth* and *Greenpeace Nordic*⁽⁴³⁾. In *Portuguese Youth* the young applicants have shone a spotlight on intertemporality, where they said that «[the] harms/risks [posed by climate change] are set to increase significantly over the course of their lifetimes», affecting their rights under Article 2 and Article 8 of the ECHR⁽⁴⁴⁾. The first critical issues that the Court is called to assess is the victim status of the applicants, which entails the opportunity to tackle the legal standing of young generations. In the words of Keller and Heri, it will be interesting to see whether the «Court

⁽⁴²⁾ W. TIRUNEH, *Holding the Parent Company Liable for Human Rights Abuses Committed Abroad: The Case of the Four Nigerian Farmers and Milieudefensie v. Shell*, in *EJIL:Talk!*, 2021, available at www.ejiltalk.org.

⁽⁴³⁾ European Court of Human Rights, *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States*, Application no. 39371/20, 2020 (hereinafter, *Portuguese Youth*); European Court of Human Rights, *Greenpeace Nordic and Others v. Norway*, Application no. 34068/21, 2021 (hereinafter, *Greenpeace Nordic*).

⁽⁴⁴⁾ The applicant also argued that «the effects of climate change at its current level and trajectory expose them to harm/risk to their lives, to their health, to their family lives, and to their privacy, now and/or in the future». *Portuguese Youth*, Application, para. 8.

will allow claims from ‘potential victims’^[45] of climate harms by finding that they are ‘[...] directly concerned by the situation and have a legitimate personal interest in seeing it brought to an end’ and, therefore, whether it will «walk [...] an occasionally fine line between ensuring human rights protection and allowing *acciones populares*, meaning public interest litigation that falls outside the scope of the right of individual application in Article 34 ECHR»⁽⁴⁶⁾. What is more, in terms of substantive law, the Strasbourg Court will have the chance to deal with preventive or protective obligations⁽⁴⁷⁾, in relation to which it «has clearly established that states must safeguard against harms to life and limb under Articles 2, 3, and 8 ECHR», with reference to «certain types of harms, especially where dangerous activities such as industrial emissions are concerned»⁽⁴⁸⁾. This may also entail «establishing an appropriate and deterrent legislative and administrative framework»⁽⁴⁹⁾. From this perspective, *Portugues Youth* has a significant potential for the definition of States’ specific preventive or protective obligations related to extractive activities. In fact, the applicants have specifically targeted the harm that climate change poses to them, including in prospective and intertemporal terms, due to States’ incomppliance with their human rights obligations as well as their mitigation obligations under international environmental law, since they continue to extract fossil fuels in spite of the scientific ev-

⁽⁴⁵⁾ The young applicants argued that “the need for “effective protection” of ECHR rights requires that Article 34 not be applied in a «rigid, mechanical and inflexible way”, and that “potential victimhood is sufficient if there is [...] reasonable and convincing evidence of the likelihood that a violation affecting [an applicant] personally will occur», Portuguese Youth, Application, para. 7.

⁽⁴⁶⁾ K. KELLER, C. HERI, *The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, p. 4.

⁽⁴⁷⁾ Protective or preventive obligations are those «obligations to take measures that protect against a given impending or future harm»: K. KELLER, C. HERI, *The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR*, loc. cit.

⁽⁴⁸⁾ K. KELLER, C. HERI, *The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR*, cit., p. 14.

⁽⁴⁹⁾ K. KELLER, C. HERI, *The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR*, loc. cit., referring to *Budayeva and Others v. Russia*, para. 158.

idence⁽⁵⁰⁾. So far, international human rights case law has not yet tackled extractive activities in this way. However, a useful reference on how States' preventive or protective obligations towards young people related to climate change and mitigation obligations may be understood under international human rights law can be sought in *Sacchi*, where the CRC said that «as children, the authors are particularly impacted by the effects of climate change, both in terms of the manner in which they experience such effects as well as the potential of climate change to affect them throughout their lifetime, in particular if immediate action is not taken»⁽⁵¹⁾.

As to young generations' peculiar vulnerability, interestingly enough, when the ECtHR communicated the case, consistently with the *jura novit curia* principle and being the «master of the characterisation to be given in law to the facts of the case»⁽⁵²⁾, it asked the parties to also comment on Article 3 of the ECHR. So far, this provision has not been successfully invoked in the Court's environmental case law, and it could be – promisingly – used to deal with the long-term exposure of young generations to the adverse impact of climate change. In this respect, should the Court consider that the severity threshold has been met⁽⁵³⁾ – which is a challenging point – an important, possible consequence of the application of Article 3 of the ECHR may be the recognition of “extensive positive obligations”⁽⁵⁴⁾, which might imply «adequate legislative and administrative measures to curb carbon emissions, including by corporate actors»⁽⁵⁵⁾. In addition, the Court may additionally

⁽⁵⁰⁾ Portuguese Youth, cit., Application, paras. 3 ff.

⁽⁵¹⁾ Sacchi et al, para. 10.13.

⁽⁵²⁾ As the ECtHR has stated in its case law on various occasions. See, ex multis, Guerra v. Italy and Radomiljia and Oth. v. Croatia.

⁽⁵³⁾ See C. HERI, *The ECtHR's Pending Climate Change Case: What's Ill-Treatment Got To Do With It?*, in *EJIL:Talk!*, 2020, available at www.ejiltalk.org.

⁽⁵⁴⁾ C. HERI, *The ECtHR's Pending Climate Change Case: What's Ill-Treatment Got To Do With It?*, cit.

⁽⁵⁵⁾ The Author of this paper has developed some of these ideas also in relation to the forthcoming chapter *Theorizing a human rights-based approach to energy transition and its justiciability in international and domestic jurisprudence*, in D. IGLESIAS MÁRQUEZ, B. FELIPE PÉREZ, C. ESTEVE JORDÀ (eds.), Palgrave Macmillan, forthcoming.

use Article 14 of the ECHR – which was invoked in *Portuguese Youth* – to address young generations’ peculiar vulnerability.

Importantly, *Portuguese Youth* and *Greenpeace Nordic* give to the ECtHR the opportunity to rethink its narrow concept of jurisdiction, given that «[s]ince its judgment in *Banković v Belgium*, it has largely displayed two models of jurisdiction: one based on territorial control, and one based on personal control»⁽⁵⁶⁾. In *Portuguese Youth* – and, similarly, in *Greenpeace Nordic*, the applicants have “allege[d] specifically that the Respondents are failing to sufficiently reduce their “territorial” emissions and, further, to take responsibility for their contributions to ““overseas” emissions entailed by (a) their export of fossil fuels, (b) the import of goods containing “embodied” carbon and (c) the contributions to emissions abroad of entities domiciled within their respective jurisdictions (e.g. via fossil fuel extraction elsewhere or its financing)»⁽⁵⁷⁾. *Portuguese Youth*, similarly to *Sacchi et Al.*, is a diagonal claim⁽⁵⁸⁾. This kind of claims may be helpful for addressing States’ responsibility for those activities on which they have control, that are carried out within the domestic context but have an extraterritorial impact, as well as «State responsibility [that] may encompass territorial effects of exported GHG emissions under a State’s effective control»⁽⁵⁹⁾.

From this perspective, the applicants used the concept of the *espace juridique* of the ECHR, to affirm that «through their contributions to climate

⁽⁵⁶⁾ K. KELLER, C. HERI, *The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR*, cit., pp. 153-174, 161; also see S. BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, pp. 857-884.

⁽⁵⁷⁾ P. CLARK, G. LISTON, I. KALPOUZOS, *Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case*, in *EJIL:Talk!*, 2020, available at www.ejiltalk.org. See Portuguese Youth, Application, para. 20(iv).

⁽⁵⁸⁾ M. FERIA-TINTA, *Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions*, in *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés*, 2021, pp. 52-71.

⁽⁵⁹⁾ J. SANDVIG, P. DAWSON, M. TJELMELAND, *Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?*, in *EJIL:Talk!*, 2021, available at www.ejiltalk.org.

change, each of the 32 Respondent States exercises significant control over the ECHR-protected interests of the Applicants»⁽⁶⁰⁾, and that «Portugal, through adaptation measures, cannot adequately protect the Applicants from the adverse impacts of climate change»⁽⁶¹⁾. Should «the 32 Respondent States [...] not be held accountable under the Convention for breaches of human rights would result in a vacuum of protection within the legal space of the Convention»⁽⁶²⁾. The idea that «the special character of the ECHR as a treaty for the “collective enforcement of human rights” does lend some support for a duty for Contracting States to “act jointly and to cooperate” in the context of transborder violations within Europe»⁽⁶³⁾ is not new to the ECtHR jurisprudence. Therefore, the Court might take into consideration the arguments of the young applicants on the *espace juridique* of the ECHR⁽⁶⁴⁾.

Secondly, but not less importantly, the Court could rely on judicial borrowing and use the “new extraterritorial jurisdictional link” recognized by the IACtHR in its AO OC-23/17 to successfully address extraterritoriality within and even beyond the *espace juridique* of the ECHR.

In this regard, there are several ways in which States – through legislation and appropriate measures that address fossil fuel corporations – may comply with their obligations of due diligence, and, thus, with their obligation to protect human rights, in relation to extractive activities. For example, some guidance may be sought in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights⁽⁶⁵⁾. States may provide guidance to corporations in relation

⁽⁶⁰⁾ Portuguese Youth, Application, para. 21.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*, para. 21.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, para. 20(vii).

⁽⁶³⁾ J. SANDVIG, P. DAWSON, M. TJELMELAND, *Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?*, cit, that recalls the cases *Güzelyurtlu and Others*, para. 232, and *Castaño* para. 81.

⁽⁶⁴⁾ For some interesting comparison with Neubauer, see L.J. KOTZÉ, *Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?*, in *German Law Journal*, 2021, pp. 1423-1444.

⁽⁶⁵⁾ UNITED NATIONS, *Guiding principles on business and human rights*, December 2011.

to the adoption of codes of conduct, written policies, and risks and impact assessments⁽⁶⁶⁾, which would also be an effective way for improving social corporate responsibility and, furthermore, would help to create corporate accountability and to build trust with the communities affected by the extractive activities, related to either fossil fuels or “critical minerals”. States’ due diligence may as well imply the definition of mitigation standards and duties for extractive corporations, in a similar fashion as Article 15 of the proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence does⁽⁶⁷⁾. This idea might benefit from reference to the recent General Comment No. 26 (2022), where the CESCR clarified that «[m]itigation policies should lead to absolute emissions reductions through the phasing out of fossil fuel production and use»⁽⁶⁸⁾, including through «specific measures to support communities and people to prevent, mitigate and adapt to the consequences of global warming» as a means for «facilitat[ing] the sustainable use of natural resources»⁽⁶⁹⁾, as well as in the human rights-based approach promoted by IACHR in its Resolution n. 3/2021 on «Climate emergency: scope of the Inter-American Human Rights Obligations»⁽⁷⁰⁾.

However, addressing “overseas” emissions from the combustion of exported fossil fuels would require some additional efforts. In this sense, the Court might have to consider whether to extend the notion of “effective control” also to the harm related to the activities of those «companies and other entities domiciled on the [...] territory [of the respondents States]

⁽⁶⁶⁾ J. DRIMMER, *Human rights and the extractive industries: Litigation and compliance trends*, in *The Journal of World Energy Law & Business*, 2010, pp. 121-139.

⁽⁶⁷⁾ See G. FERRARINI, *Corporate Sustainability Due Diligence and the Shifting Balance between Soft Law and Hard Law in the EU*, in *Faculty of Law Blogs/University of Oxford*, 2022, available at blogs.law.ox.ac.uk.

⁽⁶⁸⁾ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 26 (2022), of 24 January 2023, on ‘Land and Economic, Social and Cultural Rights’, E/C.12/GC/26 (hereinafter, CESCR, General Comment No. 26 (2022)), para. 56.

⁽⁶⁹⁾ CESCR, General Comment No. 26 (2022), para. 38.

⁽⁷⁰⁾ Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) Resolution 3/2021 «Climate Emergency: Scope of Inter-American Human Rights Obligations» (hereinafter, IACHR, Resolution n. 3/2021), paras. 44, 55 and 56.

with operations *overseas*⁽⁷¹⁾ which contribute to climate change», that is, for instance, «via fossil fuel extraction elsewhere or its financing»⁽⁷²⁾. This is a view that both *Portuguese Youth* and *Greenpeace Nordic* require the ECtHR to consider with regard to the export of fossil fuels and their combustion abroad, in a fashion which would allow the Court to address CBA as well. Possibly, some support may be sought in the recent General Comment No. 26 (2022) of the CESCR, on the right to land as, when addressing States' obligation to protect, the Committee said that «States parties shall take the necessary steps to prevent human rights violations *abroad*⁽⁷³⁾ in land-related contexts by non-State actors [as business entities, including transnational corporations] over which they can exercise influence, without infringing on the sovereignty or diminishing the obligations of the *host*⁽⁷⁴⁾ States»⁽⁷⁵⁾.

What is more, the ECtHR may embrace the view that there is a «growing consensus that a mitigation obligation does exist under international human rights law»⁽⁷⁶⁾, through a combined reading of States' human rights obligations under the ECHR and under international environmental law, especially the Paris Agreement. Some support may be sought in the Individual Opinion by Committee Member Duncan Laki Muhumuza, in *Daniel Billy*, where he affirmed that the fact that Australia «has not taken any measures to reduce greenhouse gas emissions and cease the promotion of fossil fuel extraction and use»⁽⁷⁷⁾ results in the violation of the authors' rights under Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. A viable way for the ECtHR to adopt the approach under consideration would be to incorporate the language of human rights into nationally determined con-

⁽⁷¹⁾ Emphasis added.

⁽⁷²⁾ P. CLARK, G. LISTON, I. KALPOUZOS, *Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case*, cit. See Portuguese Youth, Application, para. 20(iv).

⁽⁷³⁾ Emphasis added.

⁽⁷⁴⁾ Emphasis added.

⁽⁷⁵⁾ CESCR, General Comment No. 26 (2022), para. 42.

⁽⁷⁶⁾ M. BURGER, J. WENTZ, *Climate Change and Human Rights*, cit., p. 205.

⁽⁷⁷⁾ Daniel Billy, Individual Opinion by Committee Member Duncan Laki Muhumuza, para. 11.

tributions (NDCs), as Desierto has authoritatively suggested⁽⁷⁸⁾, and consistently with the view respectively expressed by the CESCR⁽⁷⁹⁾ and by the IACHR in its Resolution n. 3/2021⁽⁸⁰⁾. From this perspective, including in the NDCs the information related to exported emissions and «the contributions to emissions abroad of entities domiciled within their respective jurisdictions (e.g. via fossil fuel extraction elsewhere or its financing)»⁽⁸¹⁾ may be an effective way for bridging the accountability gap and adequately address CBA, by also ensuring transparency under the Paris Agreement⁽⁸²⁾. Similar considerations may be made, at the domestic level, with regard to EIAs, in the fashion suggested by the Borgarting Court of Appeal in *Arctic Oil*.

Taking such an ambitious step would be a major challenge for the Strasbourg Court, but also a great opportunity to innovate its jurisprudence and pave the way for other human rights bodies to rethink their approach to PBA and CBA, bridge the accountability gap, and promote sustainable development, stewardship and environmental distributive justice.

4. — *Conclusions.*

The words of Joseph Conrad sound prophetic in our days, when the voracity of our productive and, especially, extractive system has become

⁽⁷⁸⁾ D. DESIERTO, *Just Transitions in Climate Change Actions: Are States Respecting, Promoting, and Considering Human Rights Obligations in Setting and Implementing NDCs?*, in *EJIL:Talk!*, 2021, available at www.ejiltalk.org.

⁽⁷⁹⁾ B. MAYER, *Climate change mitigation as an obligation under human rights treaties?*, in *The American Journal of International Law*, 2021, pp. 409-451, refers to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), Statement: Climate Change and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, para. 6, UN Doc. E/C.12/2018/1 (October 31, 2018).

⁽⁸⁰⁾ Resolution n. 3/2021, para. 2.

⁽⁸¹⁾ P. CLARK, G. LISTON, I. KALPOUZOS, *Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case*, cit.

⁽⁸²⁾ J. SANDVIG, P. DAWSON, M. TJELMELAND, *Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?*, cit.

unsustainable. However, the climate case law explored by this study has demonstrated that Courts and human rights bodies can write a different story for the future.

The ECtHR has the chance to be a real game changer and tackle States' responsibilities in the extractive sector in an advanced way, both with regard to young generations and intertemporality, and extraterritoriality. This is a critical opportunity that, in the future, might also benefit other international human rights bodies and domestic courts, through judicial borrowing and dialogue. Addressing States' responsibilities, bridging the gap of accountability by also tackling PBA and CBA, and not overlooking extraterritoriality with regard to overseas emissions as well as "the contributions to emissions abroad of entities domiciled within their respective jurisdictions (e.g. via fossil fuel extraction elsewhere or its financing)", is all the more fundamental, as the challenges are multiplying. This is true for the rush for "critical minerals", especially in the Global South in the context of the energy transition, and for deep-sea mining, the claims of the Arctic States on their respective continental shelf, and the potential risks for Antarctica after 2048, when any of the Antarctic Treaty Consultative Parties will have the possibility to call for a review conference into the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty's operation.

In 2022, a fascinating research published on Nature demonstrated that «The burning of fossil fuels is making Antarctica darker»⁽⁸³⁾. As the voracity and "the darkness" of resource extraction will hardly subside, the responses that courts and human rights bodies have been providing will be more and more fundamental to pave the way to a "brighter" future.

⁽⁸³⁾ R.R. CORDERO, S. FERON, *The burning of fossil fuels is making Antarctica darker*, in *Sustainability* (Springer Nature), 2022.

SERGIO MESSINA^(*)

DALLA GREEN CITY AI “SISTEMI LOCALI”.
PER UN APPROCCIO ECO-GIUS-POLITICO
ALLA RIGENERAZIONE URBANA

ABSTRACT: Cities play an increasing role in shaping what has been referred to at the beginning of the new millennium as “global political space”. The influence they have in terms of ecological footprint questions the effectiveness of local administrative action in governing the metabolic rupture between social systems and the biosphere as a useful field of observation, in order to avoid a disciplinary compartmentalization by administrative-territorial competencies that would lose sight of the overall picture that connects the field of law with that of nature. The purpose of this paper is to investigate the extent to which a “multilevel” action of institutions, both local and supranational, can contribute to an attempt to redefine the arrangement of some administrative competencies, starting from the “multiscalarity” of socio-environmental problems. In particular, attention will be focused on the concepts of “bioregion” and “macro-region” as “radiating” points for a “constitutional-ecological” approach on what can be defined as a “sustainable city,” in the light of an integrated and “systemic” vision of the territory beyond the opposition between the “local” and the “global” and between representative and participatory democracy.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo crescente delle città nella governance ambientale internazionale e locale. – 3. Una visione integrata della pianificazione territoriale: le bioregioni e le macroregioni europee. – 4. La città oltre sé stessa. La rigenerazione urbana nel contesto sovranazionale. – 5. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

A partire dagli anni novanta del secolo scorso il diritto internazionale ambientale ha iniziato ad allargare il suo campo di indagine anche alle città in qualità di “agenti globali”⁽¹⁾ per una integrazione su tutti i piani territoriali di

^(*) Università degli Studi di Salerno.

⁽¹⁾ Cfr. H.P. AUST, J.E. NIJMAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cities*,

politiche finalizzate a realizzare un modello di sviluppo economico, sociale e ambientale, attraverso la promozione di forme e processi di partecipazione incentrati su progetti e iniziative intraprese a livello locale. Le stesse città sono state, infatti, gradualmente considerate di fondamentale importanza parte di istituzioni, *think tank*, associazioni ed enti di ricerca sia al fine di poter concretizzare in modo più efficace gli obiettivi globali, compresi quelli inerenti alla sostenibilità ambientale (nel collegarli alle comunità territoriali di riferimento) sia per poter aprire il campo delle relazioni diplomatiche a reti di coordinamento territoriali vocate al miglioramento delle condizioni dell'ambiente naturale e sociale a livello planetario⁽²⁾.

A fronte del crescente peso assunto dalle città – soprattutto in termini di impronta ecologica⁽³⁾ in cui si manifestano problemi come le alte percentuali di inquinamento pro capite – la gestione di ingenti quantitativi di rifiuti, non-

Elgar, Cheltenham, 2021; W.E. REES, *The conundrum of Urban Sustainability*, in D. DEVUYST, L. HENS, W. DE LANNON (eds.), *How green is the city? Sustainable assessment and the management of urban environments*, Columbia University Press, 2001, p. 37; C. FOLKE, A. GREN, J. LARSON, R. COSTANZA, *Cities and the Biosphere*, *Ambio* (2021), 50:1634-1635.

⁽²⁾ Pioniere di tali reti internazionali di governi locali è il Consiglio Internazionale per le iniziative locali per l'ambiente (ICLEI-International Council for Local Environmental Initiatives). In merito a una panoramica sull'evoluzione storica delle politiche ambientali internazionali avente ad oggetto l'ambiente urbano cfr. M.C. APRILE, *Le politiche ambientali*, Roma, 2008, p. 81 ss. Altro importante esempio è dato dal coordinamento Uclg (*United Cities of Global Network*), che si occupa anche di sviluppo urbano, di contestualizzazione dei diritti umani nel sistema locale e di possibili forme maggiormente inclusive di partecipazione democratica dei cittadini.

⁽³⁾ Tale indicatore esprime in termini numerici la superficie planetaria necessaria alla produzione delle risorse e all'assorbimento dell'anidride carbonica immessa nell'atmosfera e dai rifiuti prodotti dalle attività antropiche. Cfr. W. REES, *L'impronta ecologica*, Milano, 2000. Lo stesso indicatore è utile per avere altresì contezza del "debito" che la specie umana accumula in rapporto crescente rispetto alla capacità rigenerativa della natura, il cui valore soglia (calcolato dal Global footprint network in base alla disponibilità di risorse naturali entro l'anno corrente) è dato dal limite espresso dal cosiddetto "overshoot day globale", il giorno oltre il quale si entra eventualmente in "deficit" rispetto al bilancio tra consumo-soprattutto di origine antropica-di risorse e capacità di rigenerazione delle stesse. Nel 2023 l'*overshoot day* globale cade con netto anticipo rispetto alla fine dell'anno, ovvero il 28 luglio; un giorno prima anche rispetto all'anno trascorso.

ché disuguaglianze socio-economiche⁽⁴⁾, come conseguenza diretta dei processi di crescente urbanizzazione, hanno spinto la Comunità Internazionale ad adottare uno specifico Obiettivo (il nr. 11) nell'ambito del Programma di azione delle Nazioni Unite Agenda 2030⁽⁵⁾ da realizzarsi in continuità con quanto già intrapreso in precedenza con Agenda 21 – mediante un maggiore coinvolgimento da parte delle amministrazioni locali degli attori sociali del territorio (organizzazioni sindacali, associazioni, soggetti economici, gruppi della società civile, etc.)⁽⁶⁾.

Per tale ragione, anche al fine di attuare l'Agenda ONU l'Unione Europea ha avviato, come è noto in occasione della pandemia da Covid-19, una inedita politica di intervento pubblico nell' adottare la *Next Generation EU*⁽⁷⁾, in funzione della quale è stato previsto uno stanziamento di fondi per 235, 14 miliardi di euro (di cui 68,9 a fondo perduto per l'Italia) allo scopo di perseguire un'economia verde, digitale e inclusiva, alla cui strategia ha dato poi seguito a livello nazionale il PNRR (Programma Nazionale di Ripresa e Resilienza)⁽⁸⁾.

Lo stesso PNRR di conseguenza ha proseguito su tale linea di intervento definendo a sua volta un programma di riforme e investimenti⁽⁹⁾ coerenti anche «con le sfide e le priorità individuate nell'ambito del semestre europeo

⁽⁴⁾ Cfr. UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME, *World cities report del 2022. Envisaging the Future of Cities*, 2022.

⁽⁵⁾ Adottato nel 2015 da 193 Paesi membri in relazione al perseguimento di uno sviluppo sostenibile anche all'interno del contesto urbano.

⁽⁶⁾ ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE, Risoluzione Assemblea Generale 70/1: *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, 2015.

⁽⁷⁾ Reg. UE 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19.

⁽⁸⁾ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri del 12 gennaio 2021.

⁽⁹⁾ Per citarne soltanto alcuni tra i più rilevanti ai fini del presente contributo: transizione ecologica, inclusione sociale, tutela del territorio e della risorsa idrica, economia circolare, agricoltura sostenibile, energie rinnovabili ed efficientamento energetico degli edifici, lavoro e welfare sociale, razionalizzazione dei servizi pubblici.

e con le raccomandazioni del Consiglio»⁽¹⁰⁾ che vede coinvolte-in base alle rispettive competenze istituzionali-in maniera diretta o indiretta le Amministrazioni territoriali per il raggiungimento dei risultati auspicati, attraverso una continua azione di monitoraggio-attuata a livello centrale- sugli interventi da realizzare.

Riguardo le città però, ancor più a monte, è stata posta all'attenzione da parte del mondo accademico⁽¹¹⁾ la rilevanza non soltanto di un ambito di azione "interna" al proprio contesto locale di riferimento, ma anche "esterna", ovvero a livello internazionale, tale da evidenziarne il protagonismo sempre più accentuato che le stesse hanno negli anni assunto dal punto di vista soprattutto diplomatico.

Ci si è chiesti, in particolare, se le città possano essere qualificate alla stregua di veri e propri "soggetti" di diritto internazionale⁽¹²⁾, in grado di auto rappresentarsi e di confrontarsi in occasione di Conferenze, Forum, Programmi d'azione ecc., e di poter influire, in una certa misura, sull'esito delle decisioni. Per tale ragione, si può pacificamente sostenere che gli enti locali oltre a essere considerati importanti esecutori di obblighi derivanti dalla normativa convenzionale-non da ultimo in materia di diritti umani- sono diventati anche "partner" nell'ambito delle relazioni internazionali, soprattutto allorquando, in base a una cooperazione "intergovernativa" realizzano di propria spontanea iniziativa programmi di intervento diretti a conseguire standard elevati di sostenibilità ambientale per uno sviluppo socio-economico delle realtà urbane.

⁽¹⁰⁾ S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, p. 199.

⁽¹¹⁾ Cfr. H.P. AUST, J.E. NIJMAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cities*, cit.; A. BODIFORD, *Cities in International Law: Reclaiming Rights as Global Custom*, in *CUNY L. Rev.*, 2020, pp. 1-36; I. PORRAS, *The City and International Law: In Pursuit of Sustainable Development*, in *Fordham Urb. L.J.*, 2009, pp. 537-596; C. SWINEY, *The Urbanization of International Law and International Relations: The Rising Soft Power of Cities in Global Governance*, in *Mich. J. INT'L L.*, 2020, pp. 227-278.

⁽¹²⁾ Cfr. Y. BLANK, *International legal personality subjectivity of cities*, in H.P. AUST, J.E. NIJMAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cities*, Elgar, Cheltenham, 2021; P. LE GALÈS, *European cities. Social conflicts and governance*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002.

Basti pensare, ad esempio, a come influisca sempre più la presenza delle ancor più numerose reti interurbane transnazionali nel sostenere e promuovere le Agende adottate dalle Nazioni Unite, o da enti sovranazionali come l'Unione Europea tanto da aver spinto esponenti del mondo della politica ed Enti di ricerca⁽¹³⁾ ad affermare come le città siano ormai pronte a svolgere un ruolo critico nella concretizzazione degli obiettivi dello sviluppo sostenibile, in quanto divenute espressione di quello spazio socio-politico (una volta appannaggio dei soli Stati-nazione) in cui la lotta per la sostenibilità globale sarà vinta, o persa.

Oggetto del presente contributo sarà quello di indagare in che modo può aversi anzitutto una visione “green” delle realtà urbane che non si esprima solo attraverso potenzialità tecnologiche (smart) e tecnocratiche⁽¹⁴⁾ ma mediante un processo politico di *rigenerazione*⁽¹⁵⁾, ovvero adottando un *metodo deliberativo* finalizzato a legittimare inedite forme di cooperazione che facciano sì che la specifica città non sia percepita alla stregua di una “cellula” isolata, ma in relazione a un “sistema amministrativo” più ampio, a sua volta in grado di porsi in accordo con i meccanismi fisiologici di funzionamento degli ecosistemi che compongono l'intera biosfera⁽¹⁶⁾.

Un esempio di tale paradigma di *governance* transnazionale delle città – da legittimare mediante un costituzionalismo “ecologico”⁽¹⁷⁾ oltre lo Sta-

⁽¹³⁾ Cfr. E. RONCHI, R. MORABITO, T. FEDERICO, G. BARBERIO (a cura di), *Green Economy Rapporto 2013. Un Green new deal per l'Italia*, Milano, 2013.

⁽¹⁴⁾ Cfr. H. MARCH, *Smart city*, in A. KOTHARI, A. SALLEH, A. ESCOBAR, F. DE MARIA, A. ACOSTA (a cura di), *Pluriverso. Dizionario del post-sviluppo*, Nocera Inferiore, 2021.

⁽¹⁵⁾ Con questo termine si intende qui indicare non soltanto il consueto significato di riqualificazione dello spazio urbano, quanto un processo di rinnovamento politico da attuarsi mediante una riappropriazione del su menzionato spazio da parte della cittadinanza, da coinvolgere rendendola partecipe in procedure che conducono a decisioni condivise in rapporto alla gestione beni collettivi.

⁽¹⁶⁾ C. FOLKE, A. GREN, J. LARSON, R. COSTANZA, *Cities and the Biosphere*, cit.; S.P. SEITZINGER, U. SVEDIN, C.L. CRUMLEY et al. *Planetary Stewardship in an Urbanizing World: Beyond City Limits*, in *Ambio*, 2012, pp. 787-794.

⁽¹⁷⁾ Per costituzionalismo ecologico si suol indicare una scuola di pensiero che sposando una visione etica non antropocentrica, in cui la natura rappresenta solo il palcosce-

to⁽¹⁸⁾ – in cui le stesse si configurino anzitutto non come entità a sé stanti ma in funzione di un “sistema locale” di riferimento (non necessariamente coincidente con la delimitazione amministrativa di un dato “territorio”) è la “bioregione urbana”⁽¹⁹⁾ che trova in parte attuazione a livello europeo grazie all’istituzione di “macroregioni”⁽²⁰⁾. Ciò dimostra come l’elemento spaziale, in quanto espressione di coesione solidale tra cittadini-abitanti, luoghi e “beni comuni”, possa anche prevalere su una concezione meramente atomistica dei diritti⁽²¹⁾, in quanto espressione di un interesse col-

nico delle relazioni umane, assume la stessa a fondamento legittimante del potere statale. Esempi di tale rilettura del diritto ambientale possono, come è noto, rinvenirsi in alcuni ordinamenti sudamericani come Ecuador e Bolivia ove si estende la nozione di diritto soggettivo alla *Pacha Mama* (Madre Terra) in quanto espressione della vita comunitaria e dei valori collettivi che sono alla base di un paradigma giuridico non subalterno alle categorie dogmatiche della modernità occidentale (quali individuo, legge, giustizia) ma è ispirato dalle tradizioni ctonie dei gruppi indigeni presenti sul territorio. Gli stessi indigeni rifiutano di considerare la natura come un “oggetto” finalizzato a soddisfare finalità (improntate a una mera analisi economico-utilitarista dei costi e dei benefici) e bisogni esclusivamente umani. Per uno sguardo generale su tale vasta tematica e anche sulle difficoltà che gli stessi fautori incontrano nel dare coerenza argomentativa alle proprie tesi Cfr. M. CARDUCCI, *La solitudine dei formanti di fronte alla natura e le difficoltà del costituzionalismo “ecologico”*, in *DPCE*, 2022, pp. 205-232.

⁽¹⁸⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una costituzione della Terra. L’umanità al bivio*, Milano, 2022; ID., *Manifesto per l’uguaglianza*, Bari-Roma, 2018 e G. AZZARITI, *Democrazia e Costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*, in F. BRANCACCIO, C. GIORGI (a cura di), *Ai confini del diritto. Poteri, istituzioni e soggettività*, Roma, 2017.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. MAGNAGHI, *Il progetto della bioregione urbana. Regole statutarie e elementi costruttivi*, in ID. (a cura di), *La regola e il progetto. Un approccio bioregionalista alla pianificazione territoriale*, Firenze, 2014, pp. 3-42; ID., *La bioregion urbaine. Petit Traité Sur Le Territoire Bien Commun*, Milano, 2014.

⁽²⁰⁾ Ampia anche la bibliografia sulle macroregioni, ragion per cui in questa sede ci limitiamo a citare a più riprese soltanto un saggio che ben definisce le caratteristiche salienti di tale complessa figura ibrida a cavallo tra il diritto e la politica, cfr. L. D’ETTORE, *Le strategie macroregionali dell’Unione europea: tra cooperazione territoriale europea e multi-level governance*, in *Federalismi*, 2018.

⁽²¹⁾ Sul tema cfr. A. LAYARD, J. HOLDER, *Seeking Spatial and Environmental Justice for People and Places Within the European Union*, in A. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS (ed.), *Law and Ecology*, Routledge, Londra, 2011.

lettivo coincidente sia con la sopravvivenza di specie che con il benessere della singola persona⁽²²⁾.

Una tale *struttura amministrativa*, arricchita dalle prospettive che si pongono in un'ottica di superamento dei limiti che la caratterizzano (evidenziati anche nel presente contributo), offre al contempo sia maggiori occasioni di partecipazione democratica alle decisioni inerenti al contesto territoriale di riferimento, sia la possibilità di addivenire a forme inedite di governo locale che vadano sempre più anche nella direzione di una *governance*⁽²³⁾ “esterna” delle città, senza indebolire, ma anzi favorendo una spinta verso un miglioramento della diplomazia sovranazionale e internazionale in materia ambientale. Nel par. 1 sarà brevemente descritto tale ruolo di protagonismo assunto dalle città, evidenziando in modo più specifico il significato che possono assumere concetti come “smart city”, o “green city” a seconda delle modalità in cui siano più o meno facilitate forme di pianificazione partecipata e/o politiche afferenti al territorio attraverso forme deliberative⁽²⁴⁾ e non solo rappresentative di democrazia. Tale prospettiva pone in risalto, soprattutto, la relazione che intercorre, nell'ambito di un dibattito pubblico riguardante quali siano le forme migliori di transizione ecologica da dover attuare nel contesto urbano, tra saperi locali ed esperti di cui si avvalgono in genere gli amministratori locali, la cui mancata dialettica rischia di far ricadere i modelli “smart” e “green” entro un potere tecnocratico e depoliticizzato.

Nel par. 2 saranno illustrate alcune strategie di *governance* “multilivello” in cui possano esprimersi le prospettive politico-amministrative sopra descritte, attraverso l'utilizzo di strumenti di pianificazione ecosostenibile delle aree urbane, come avviene ad esempio nel contesto della amministrazione e cura

⁽²²⁾ Cfr. G. LIMONE, *Dal giusnaturalismo al giuspersonalismo. Alla frontiera geoculturale della persona come bene comune*, Napoli, 2005.

⁽²³⁾ Per un approccio critico al concetto di *governance*, in particolare al rapporto che intercorre con la democrazia tradizionalmente intesa cfr. M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

⁽²⁴⁾ Cfr. L. BOBBIO, *Non proprio politica, non proprio tecnica: la terza via della democrazia deliberativa*, *paper* presentato al Convegno nazionale della Società italiana di filosofia politica tenutosi a Roma il 19 ottobre 2013.

dei “beni comuni, da cui emergerà un’analisi e un confronto con dimensioni ultraterritoriali quali le “bioregioni” e le macroregioni europee. Da questi ultimi esempi si dedurrà l’insufficienza di un approccio alle città considerate in termini di unità autosufficienti, nel momento in cui si pongono al centro dell’attenzione anche i possibili *effetti di scala* di una strategia “locale”⁽²⁵⁾.

Nel par. 3 si proverà a tracciare un sentiero in tale direzione (circoscrivendolo però ai fini del presente contributo soltanto all’ambito europeo) a partire da un già avviato tentativo di “urbanizzare” i concetti politici⁽²⁶⁾, ovvero conferendo un senso o quantomeno un’opportunità a ciò che può essere definita come una sorta di “sovranità delle città”⁽²⁷⁾ pur considerando l’ancora necessario e imprescindibile ruolo dello Stato-nazione (nonostante l’avvenuta “de-nazionalizzazione”)⁽²⁸⁾ sia nell’intervenire pubblicamente con una pianificazione economica conforme agli obiettivi della crescita qualitativa⁽²⁹⁾ inaugurata dal Green Deal europeo⁽³⁰⁾, sia nel facilitare una “codecisione” coerente con una visione ecologica dello “spazio-sistema”, in particolare in rapporto ad alcuni ambiti del diritto e delle politiche “urbane” dell’Unione Europea.

2. — *Il ruolo crescente delle città nella governance ambientale internazionale e locale.*

Da trent’anni or sono le città hanno acquisito un ruolo di protagonismo nel “cogestire” alcuni settori rilevanti delle politiche internazionali, in parti-

⁽²⁵⁾ S.P. SEITZINGER, U. SVEDIN, C.L. CRUMLEY et al., *Planetary Stewardship in an Urbanizing World: Beyond City Limits*, cit.

⁽²⁶⁾ Sul tema, cfr. N. BARAK, A. DE SHALIT, *Urbanizing political concepts for analyzing politics in the city* in H.P. AUST, J.E. NIJMAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cities*, Elgar, Cheltenham, 2021.

⁽²⁷⁾ Cfr. A. BEAUDOUIN, *Sovereignty*, in H.P. AUST, J.E. NIJMAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cities*, Elgar, Cheltenham, 2021.

⁽²⁸⁾ Cfr. S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, tr. it. di N. Malinverni e G. Barile, Milano, 2008.

⁽²⁹⁾ Sul tema Cfr. F. CAPRA, H. HENDERSON, *Crescita qualitativa*, Milano, 2009.

⁽³⁰⁾ EUROPEAN COMMISSION, *Speech by President von der Leyen at the Beyond Growth Conference in the European Parliament Brussels*, 15 May 2023.

colare nell'ambito delle misure da adottare per fronteggiare il cambiamento climatico, non soltanto ponendo talvolta in essere azioni più stringenti a livello "interno" (locale)⁽³¹⁾, ma costituendo anche *network* e "confederazioni" al fine di contribuire fattivamente alla realizzazione degli obiettivi che sono stati posti su un piano globale⁽³²⁾.

Entrambi i campi di azione garantiscono in linea di principio un più efficace perseguimento sia dell'Obiettivo 11 – afferente alla complessa realtà urbana in generale – sia di altri obiettivi e *target* della medesima Agenda 2030 con cui lo stesso Obiettivo 11 è collegato⁽³³⁾, favorendo, inoltre, in questo modo una vera e propria contestualizzazione dei diritti umani nel sistema locale⁽³⁴⁾. Ciò non esime però dal fatto che invocare il mero principio della sostenibilità ambientale non escluda che alla base dello stesso vi sia un inevitabile conflitto di valori (es. sviluppo economico ed equità sociale contro tutela ambientale) cui spetta alla decisione politica dirimere e, non soltanto semplicemente, "bilanciare"⁽³⁵⁾.

In tale direzione anche ciò che è stato definito come "città verde"⁽³⁶⁾

⁽³¹⁾ Un esempio di tale "proattività" da parte delle istituzioni locali è dato dal Patto dei Sindaci; un movimento che vede coinvolte le autorità locali e regionali al fine di assumere impegni condivisi finalizzati al raggiungimento degli obiettivi europei di riduzione delle emissioni di anidride carbonica attraverso l'aumento dell'efficienza energetica e l'utilizzo di fonti energetiche rinnovabili. Cfr. A. LUMICISI, *Il Patto dei Sindaci. Le città come protagoniste della green economy*, Milano, 2013.

⁽³²⁾ Con l'adozione della Carta di Aalborg molte amministrazioni hanno accolto l'idea di dotarsi di una propria Agenda 21 ponendosi obiettivi comuni e azioni da intraprendere sul piano della sostenibilità ambientale e sociale e dunque proponendosi «come unità politico-amministrative in grado di affrontare i diversi e molteplici squilibri umani [...] che concorrono ad alimentare il processo di degrado dell'intero pianeta». Cfr. M.C. APRILE, *Le politiche ambientali*, cit., pp. 85-86.

⁽³³⁾ Per un approfondimento su tali connessioni, cfr. F. RICCI, G. SATERIALE, *Ripartire dalla città. Per uno sviluppo sostenibile dell'economia, della società, dell'ambiente*, Milano, 2022.

⁽³⁴⁾ Per una panoramica sul tema cfr. G. TIEGHI, *Città, diritti umani e tutela glocal*, in *Federalismi*, 2019, p. 2.

⁽³⁵⁾ I. PORRAS, *The City and International Law: In Pursuit of Sustainable Development*, cit., p. 569.

⁽³⁶⁾ Sulle origini del termine Cfr. M. ROSELAND, *The eco-city approach to sustainable development in urban areas*, in D. DEVUYST, L. HENS, W. DE LANNOY (eds.), *How green is the city?*

presuppone in ogni caso una via *integrata*⁽³⁷⁾ tra aspetti ambientali, economici e sociali che può da un lato richiamare anche a una definizione “forte “di sostenibilità⁽³⁸⁾, dall’altro dovrebbe tener conto delle peculiarità dei luoghi, delle culture e delle vocazioni territoriali⁽³⁹⁾.

Ma l’urgenza del richiamo alla città è diventata dirimente anche per un ulteriore motivo che trascende ciò che potremmo definire come “micropolitica”⁽⁴⁰⁾.

Il piano di azione locale contiene in sé, infatti, un potenziale di automiglioramento per un sistema socio-ecologico⁽⁴¹⁾ più grande che può eccedere

Sustainable assessment and the management of urban environments, cit., pp. 86-87, il quale ripercorre la storia delle “eco-città” fin dalla fondazione dell’associazione *Urban Ecology* a Berkeley, per arrivare alle prime pubblicazioni e conferenze tenute sul tema a partire dagli anni Novanta del secolo scorso.

⁽³⁷⁾ D. DEVUYST, L. HENS, W. DE LANNOY (eds.), *How green is the city? Sustainable assessment and the management of urban environments*, cit., p. 87 ss.

⁽³⁸⁾ A differenza degli approcci deboli sulla sostenibilità ambientale basata sulla sostituzione del capitale umano (economico e tecnologico) a quello naturale, gli approcci forti auspicano al contrario limiti stringenti allo sviluppo e alla crescita considerando prevalente l’esigenza del mantenimento dello stock di capitale naturale. In tale direzione lo sviluppo dovrebbe riguardare prevalentemente il capitale etico-morale e culturale. Cfr. G.B. CIPOLOTTI, *Economia dell’ambiente*, Roma, 2005; T. JACKSON, *Post-crescita. La vita oltre il capitalismo*, Milano, 2022 e l’ormai classico K. RAWORTH, *L’economia della ciambella. Sette mosse per pensare come un economista del XXI secolo*, Milano, 2017.

⁽³⁹⁾ In tal senso come afferma Franco La Cecla «L’ecologia è la riscoperta delle ragioni dell’alterità-siano questa gli animali, le altre forme viventi, le stesse pietre, le culture differenti, ciò che in noi è alieno a noi stessi e non va però cancellato»: F. LA CECLA, *Le tre ecologie più una: la pornoecologia*, in F. GUATTARI, F. LA CECLA, *Le tre ecologie*, Milano, 2019, p. 91.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *È (im)possibile la repubblica dei beni comuni? Da Kouroukanfonga alle autogestioni locali e ritorno*, in *Hermes. Journal of Communication*, 11 (2018), pp. 41-62.

⁽⁴¹⁾ Per sistemi socio-ecologici si intende: «quell’insieme di sub-sistemi ecologici e sociali che si configurano, propriamente, come dei sub-sistemi i cui meccanismi di inscindibile interazione e reciproca influenza si svelano soltanto quando essi vengano integrati e studiati come “parti” del “tutto” rappresentato da super-sistemi che li includono, qualificabili appunto come sistemi socio-ecologici; in essi le società umane sono a pieno titolo “dentro” gli ecosistemi e “convivono” con i limiti di espansione che questi ultimi pongono alle condotte umane, ricevendone, per converso, i benefici rappresentati dai servizi ecosistemici, i quali in grande parte si ascrivono socialmente alla categoria dei commons». Cfr. M. MONTEDURO,

linee di confine politico-amministrative al fine di costituire un'omnicomprensiva "infrastruttura legale" coerente con il funzionamento della biosfera e dei suoi sottocomponenti⁽⁴²⁾. Ciò richiede però un approccio "olistico"⁽⁴³⁾ al diritto ambientale che colleghi singole unità discrete, quali possono essere tanto le parcellizzazioni settoriali, quanto le stesse città considerate solo nella loro singola realtà al fine di comprendere più efficacemente gli impatti cumulativi e gli effetti di scala legati all' aumento dei flussi di materia ed energia che hanno accompagnato la crescita entropica delle attività economiche⁽⁴⁴⁾.

Da qui il richiamo alla "città verde" nei termini di un vero e proprio approccio (*green city approach*) finalizzato a rilanciare su un piano sia organizzativo, sia politico «le priorità della conversione ecologica, alla luce dei più recenti sviluppi della *green economy* e della *circular economy* nell'era della crisi climatica»⁽⁴⁵⁾. Fondamentali a tal fine risultano le 15 Linee Guida per le Green City supportate da misure concrete per realizzare la "rivoluzione verde" delle città, adottate in occasione della prima Conferenza sulle Green City tenutasi a Bologna il 28 settembre del 2018, suddivise in quattro obiettivi generali (assicurare un'elevata qualità ambientale, utilizzare le risorse in modo efficiente e circolare, adottare misure per contrastare il cambiamento climatico, promuovere l'eco-innovazione, la *green economy* e il miglioramento della governance) e la Carta per la rigenerazione urbana che assume le green city per implementare nel modo più efficace il Green Deal europeo⁽⁴⁶⁾.

Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette», Atti del XV Convegno del "Club Giuristi dell'Ambiente" a Pescasseroli, 2013, pp. 15-16. In relazione al tema anche E. OSTROM, *A General Framework for Analyzing Sustainability of Social-Ecological Systems*, in *Science*, 2009, p. 419 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. G. GARVER, *The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics*, in *Sustainability*, 2013, pp. 316-337.

⁽⁴³⁾ Report del Segretario Generale delle Nazioni Unite del 30 Novembre 2018, *Gaps in International Environmental Law and Environment-related Instruments: Towards a Global Pact for the Environment*, disponibile in wedocs.unep.org.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. G. GARVER, *The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics*, cit., p. 321.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. E. RONCHI, *Le sfide della transizione ecologica*, Milano, 2021, p. 256.

⁽⁴⁶⁾ E. RONCHI, *Le sfide della transizione ecologica*, cit., pp. 272-273; cfr. anche greencitynetwork.it.

Tale approccio costituisce a nostro avviso un punto di riferimento per creare un'organizzazione sociale e giuridica che non abbia ad oggetto soltanto l'efficienza economica e tecnologica entro il contesto più prossimo alla comunità locale⁽⁴⁷⁾, ma una pianificazione più ampia dal punto di vista geografico, senza ridurre al contempo tale metodica a una mera tecnica "neutrale".

Per tale ragione una visione che si concentri unicamente su una attitudine "smart" o "green" indipendentemente dai processi politici che le sostengono, non tiene conto del fatto che le *expertise* non possono essere mai del tutto separate rispetto sia alle rappresentazioni simboliche, sia alle concezioni del mondo-e quindi ai valori- che le accompagnano⁽⁴⁸⁾.

Non a caso, nell'ambito del concetto più circoscritto di *smart city*⁽⁴⁹⁾ tendono a contrapporsi due differenti modi di costruire anche dal punto di vista politico la città: una tecnocratica (*top-down*), l'altra (*bottom-up*) legata a forme di pianificazione partecipata.

«Il primo approccio quello top-down (dall'alto e centralizzato) si basa su una *smartness* che è espressione soltanto dell'amministrazione centrale e/o del leader di comando. Secondo questo modello la smart city è costruita completamente ex-novo, da zero, dove tutto è pensato, progettato e realizzato minuziosamente dall'inizio (a prescindere dai bisogni della popolazione residente). In un modo tale che ciò che ne nasce sia il più armonioso possi-

⁽⁴⁷⁾ Resta in ogni caso di fondamentale importanza il tema sulla "sostenibilità urbana", termine che indica i processi di sviluppo e gestione delle risorse naturali, anche in rapporto alla qualità della vita e al benessere degli abitanti, cfr. R. LORENZO, *La città sostenibile*, Milano, 1998, p. 15.

⁽⁴⁸⁾ Sul tema cfr. più ampiamente L. PELLIZZONI, *Conflitti ambientali, Esperti, politica, istituzioni nelle controversie ecologiche*, Bologna, 2011.

⁽⁴⁹⁾ Concetto anch'esso a carattere multidimensionale che fa riferimento ai punti indicati nella nt. 48, con in più un'accentuata propensione per l'utilizzo delle tecnologie digitali nell'espletamento dei servizi al cittadino e in generale per la gestione sostenibile e "intelligente" del territorio, il cui grado di efficacia è valutato altresì-in base alle *best practices* adottate- attraverso indicatori quanto più possibili oggettivi e attendibili. Per un'illustrazione generale della tematica delle smart cities, cfr. G. DALL'O, *Smart city. La rivoluzione intelligente delle città*, Bologna, 2014.

bile e rispettoso dei principi su cui si basa il concetto di smart-city, rigorosamente in linea con mobilità smart, sostenibilità ed efficienza energetica, connettività massima ma anche sottoposta ad uno stretto controllo centrale dall'alto. Ciò che infatti non viene preso in considerazione è l'aspetto sociale: i cittadini e la comunità nel suo complesso non partecipano alle decisioni e non vengono normalmente interpellati o particolarmente ascoltati permettendo la libera azione di un'amministrazione sovrana o di grandi aziende produttrici di infrastrutture e garanzia di fondi e investimenti di medio e lungo termine»⁽⁵⁰⁾.

Il modello *bottom-up* consiste al contrario «in un approccio che parte dal basso e [che] vede la nascita di una smart-city non tanto come una creazione da zero in un ambiente urbano, studiato e progettato dall'alto e poi calato sugli utilizzatori, quanto una graduale trasformazione di una realtà già esistente e viva, dove l'ascolto e la partecipazione delle comunità sono essenziali al suo buon funzionamento, in quanto queste possono fornire idee e creatività utili allo sviluppo di una smartness su misura su culture e tradizioni consolidate. Da qui deriva il concetto di bottom-up, proprio per l'esistenza di una spinta dal basso data dalla collettività locale nel processo di sviluppo e nella fiducia delle amministrazioni nelle facoltà dei cittadini nel proporre soluzioni a problemi concreti, dove far convergere micro e macro proprio a partire dai bisogni in continuo cambiamento delle persone e del loro modo di stare insieme nel lavoro, nei consumi, e nel entertainment. In ultima analisi l'approccio bottom-up fa: avanzare la consapevolezza di un intero ecosistema sociale, prima che tecnologico [...] con una grande disponibilità da parte di una leadership democratica e convolta che consolidi in senso civico e istituzionale quanto realizzato attraverso progetti comuni»⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. PILOTTI, C.A. RINOLFI (a cura di), *Management e governance dell'ambiente e valorizzazione delle risorse naturali e umane*, 1, *Scenari tra storia, filosofie della natura e bio-economia*, Milano, 2022, p. 77.

⁽⁵¹⁾ L. PILOTTI, C.A. RINOLFI (a cura di), *Management e governance dell'ambiente e valorizzazione delle risorse naturali e umane*, 1, *Scenari tra storia, filosofie della natura e bio-economia*, cit., p. 80: «Se l'approccio top-down ha avuto piena applicazione in situazioni di abbondanza di spazio,

Entrambi i modelli riflettono a ben vedere l'inestricabile conflitto che si dipana tra una visione "tradizionale" del diritto e della politica-intese come mere "tecniche" di regolazione sociale, hard o soft che siano- e un approccio metodologico che assuma un uso corretto delle scienze naturali⁽⁵²⁾ quale presupposto fondante un nuovo "costituzionalismo ecologico" a sua volta fonte di un possibile rinnovato ben-essere individuale e collettivo.

Non a caso in tale direzione alcuni studi evidenziano ad esempio che una rivoluzione ecologica del diritto potrebbe avvenire grazie a una *riappropriazione* dello strumento giuridico in contrapposizione sia a una visione utilitaristica ed esecutiva di appannaggio dello Stato, sia ad una contrattualistica, funzionale a interessi privati⁽⁵³⁾.

3. — *Una visione integrata della pianificazione territoriale: le bioregioni e le macro-regioni europee.*

Per le ragioni su indicate una visione "eco-giuridica" tende a rifiutare una netta contrapposizione tra "città" e natura, ove il primo termine della polarità è comunemente inteso come mera espressione dell'opera umana, quindi artificiale⁽⁵⁴⁾, rimarcandone al contrario gli specifici intrecci: «l'Urbs, con le

il modello bottom-up è il caso tipico di molte città europee, dove densità di popolazione e graduale apertura alle innovazioni sono i fattori caratterizzanti che pongono al centro il protagonismo e l'intelligenza collaborativa dei cittadini. Tra le città del vecchio continente che spiccano per la loro smartness da questo punto di vista sono soprattutto quelle del Nordeuropa, come Copenaghen, Amsterdam e Oslo».

⁽⁵²⁾ Cfr. Y. EPSTEIN, A. M. ELLISON, H. ECHEVERRÍA, J. K. ABBOTT, *Science and the legal rights of nature*, in *Science*, 19 May 2023, Vol. 380, Issue 6646.

⁽⁵³⁾ Cfr. F. CAPRA, U. MATTEI, *L'ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, San sepolcro, 2017.

⁽⁵⁴⁾ Come è stato osservato la visione antica si basava al contrario su una integrazione tra la tecnica e ambiente naturale, di cui la prima era interamente assorbita dal fine per cui era impiegata, all'interno della città, concepita come un'enclave all'interno della natura, M. SIRIMARCO, *Ecosistema, diritto e ambiente*, in T. SERRA (a cura di), *L'uomo programmato*, Torino, 2003. Sul tema cfr. anche E. CANTARELLA, *Il diritto greco. Appunti delle lezioni*, Milano, 1994, pp. 333-334.

sue architetture e infrastrutture, la Civitas, ossia la comunità delle persone che la abitano, e la Polis, ove si svolgono le funzioni politiche e amministrative. Se nella Civitas non sono comprese le attività economiche e di servizio necessarie al vivere dei cittadini si dovrebbe aggiungere una quarta entità: il Forum (l'area di incontro e scambio attorno a cui spesso sono nate le città che conosciamo). Non è pertanto immaginabile intervenire in una logica di rigenerazione sostenibile (*rectius*: politica) della città senza agire su tutte le sue diverse entità»⁽⁵⁵⁾.

In tale ottica, non si può, pertanto, parlare allora neanche di città e territorio come di due realtà antitetiche⁽⁵⁶⁾ così come di un “interno” giustapposto a un “esterno”.

Questo discorso si declina, ad esempio, allorquando si debba tener conto di un'azione efficace e coerente per la tutela della biodiversità superando la suddivisione tra aree protette rispetto al resto del territorio cittadino – ecosistemi agricoli, paesaggi antropizzati ecc.⁽⁵⁷⁾ – che farebbe perdere di vista le più profonde e reali *interrelazioni* (antropiche e naturali) che costituiscono l'insieme del “sistema urbano” nel suo complesso, da assumere in prospettiva quale privilegiato integrato campo di osservazione.

In tale contesto risulta allora intuitivo inquadrare il superamento della dicotomia città-natura nell'ambito della nozione di sistema “socio-ecologico” in cui si manifesta una reciproca influenza, tra società umane ed ecosistemi entro cui le prime (con)vivono dovendone necessariamente rispettare i limiti in termini di espansione «ricevendone, per converso, i benefici rappresentati dai *servizi ecosistemici*, i quali in grande parte si ascrivono socialmente alla categoria dei *commons*»⁽⁵⁸⁾ (corsivo nostro).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. F. RICCI, G. SATERIALE, *Ripartire dalla città*, cit. p. 90.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. P. MADDALENA, F. TASSI, *Il diritto all'ambiente. Per un'ecologia politica del diritto*, Napoli, 2020, p. 106.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette*, cit., p. 44.

⁽⁵⁸⁾ M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette*, cit., pp. 15-16.

Ciò nondimeno quest'ultima categoria, al di là delle polivalenze e ambiguità definitorie⁽⁵⁹⁾ che l'hanno sempre accompagnata, ha generato, come è noto, modalità innovative di governo del territorio, mediante l'apporto di una vera e propria azione amministrativa proveniente dalla società civile⁽⁶⁰⁾. Così come accade, ad esempio, con la "urbanistica partecipata"⁽⁶¹⁾, ove il processo di formazione degli atti di pianificazione si realizza mediante il coinvolgimento di una comunità allargata di abitanti interessati per far sì che sia garantita in questo modo una quota di rappresentanza finalizzata a rivendicare differenti modi di concepire la sostenibilità ambientale dello sviluppo economico e tecnologico del territorio.

Pur tuttavia, nell'ottica esclusiva della dimensione partecipativa, l'utilizzo della "co-amministrazione" non risulta sufficiente di per sé ad assicurare una rispondenza di tipo istituzionale alla complessità del sistema-Terra⁽⁶²⁾ giacché come è stato anche sopra evidenziato la mera somma di micro-decisioni non sarebbe in grado né dal punto di vista metodologico, né politico di sradicare i problemi insostenibili di sfruttamento della natura che richiederebbero non semplicemente una maggiore partecipazione, ma una riconversione ecologica dei poteri pubblici e privati a tutti i livelli di governo⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁹⁾ Come evidenzia Lucarelli «I *beni comuni* sono beni che, al di là della proprietà, che è tendenzialmente dello Stato, o comunque delle istituzioni pubbliche, assolvono, per vocazione naturale ed economica, all'interesse sociale, servendo, quali beni di appartenenza collettiva immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma gli stessi cittadini». Cfr. A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013, p. 65.

⁽⁶⁰⁾ Un esempio è dato dagli ormai noti Patti di collaborazione in cui «Le stesse pubbliche amministrazioni si sono avvalse [...] quale forma di legittimazione a una 'co-gestione' partecipata in riferimento alla propria funzione di servizio e cura dell'interesse pubblico, in attuazione diretta (ovvero senza la necessaria mediazione di ulteriori fonti normative sovraordinate) del principio di sussidiarietà orizzontale previsto dall'art. 118 della Costituzione ultimo comma». Cfr. S. MESSINA, *Da parco urbano ad 'agorà' pubblica: Scienza in azione un progetto multifunzionale per la costruzione di un'identità civica 'glocale'*, in *Scienze del territorio*, 2020, p. 147.

⁽⁶¹⁾ Cfr. D. CIAFFI, A. MELA, *Urbanistica partecipata. Modelli ed esperienze*, Roma, 2011.

⁽⁶²⁾ Cfr. L.J. KOTJÈ, E.R. KIM, *Earth system law: the juridical dimensions of earth system governance*, in *Earth system governance*, 2019, p. 365.

⁽⁶³⁾ Cfr. M. CARDUCCI, «*Demodiversità e futuro ecologico*», in S. BAGNI (a cura di), *How to govern the Ecosystem? A Multidisciplinary Approach*, Bologna, 2018, p. 69.

Basti solo pensare a quanto talvolta possa essere incerto il sistema di coordinamento amministrativo di fronte all'esigenza di gestire ambiti di intervento che necessitano di andare oltre l'area le rispettive competenze territoriali come può accadere ad esempio in sede di azione dei PAESC (Piani d'Azione per l'Energia Sostenibile)⁽⁶⁴⁾ o in relazione a una pianificazione ambientalmente sostenibile del suolo, conducendo sovente a inevitabili frammentazioni decisionali⁽⁶⁵⁾.

A tal fine è stata proposta una strategia per un governo "multilivello" del territorio chiamata "bioregione urbana" che presuppone una visione integrata di tutte le componenti del territorio, sia fisiche-, idrografiche, orografiche, agricole, industriali ecc.), sia "immateriali" (economiche, cultura locale, memoria storica, reti di cooperazione), al fine di valorizzarne peculiarità e vocazioni.

Tale "area" non è però identificabile completamente né con una dimensione puramente naturale, né con una meramente "artificiale", ma presuppone una riprogettazione geografico-amministrativa maggiormente coesa dal punto di vista intersettoriale, al fine di rispondere all'esigenza di (ri)definire potenziali riequilibri dei rapporti fra insediamento umano e ambiente⁽⁶⁶⁾.

In tale direzione, codesto approccio "multiscalare" del territorio – tradizionalmente inteso come una porzione di ambiente delimitata da un confine amministrativo – è stata fatto proprio dall'Unione Europea a partire dal Libro Bianco⁽⁶⁷⁾ e dalla strategia dell'ambiente urbano del 2004⁽⁶⁸⁾ nell'in-

⁽⁶⁴⁾ Allorquando risulti difficoltoso individuare chi sia il soggetto deputato a definirlo (prima ancora che ad attuarlo). Per una discussione più approfondita sul tema cfr. G. TORELLI, *Il contrasto ai cambiamenti climatici nel governo del territorio. Un PAESC per la laguna di Venezia*, in *Federalismi*, 2020.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. P. PILERI, *La forma del suolo. Nuove risposte per salvare il territorio dalla frammentazione amministrativa*, working papers, in *Rivista online di Urban@it*, 2015, 1.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. A. MAGNAGHI, *Il progetto della bioregione urbana*, cit.

⁽⁶⁷⁾ Comunicazione della Commissione, del 25 luglio 2001, «Governance europea - Un libro bianco» [COM (2001) 428 def. - Gazzetta ufficiale C 287 del 12.10.2001].

⁽⁶⁸⁾ Comunicazione della Commissione, dell'11 febbraio 2004, dal titolo «Verso una strategia tematica sull'ambiente urbano» [COM (2004) 60 def. - Gazzetta ufficiale C 98 del 23.04. 2004].

tento di porsi per l'appunto nell'ottica di una ricomposizione del quadro frammentato delle varie partizioni che lo riguardano al fine di recuperarne una visione trasversale, mediante un'azione concertata e coinvolgente tutti i livelli di governo⁽⁶⁹⁾.

Una delle strategie poste in campo dall'Unione, anche se al diverso fine di favorire una maggiore cooperazione tra gli Stati membri e tra enti subnazionali, sono le macroregioni europee.

La Commissione europea ha, infatti, specificato che per macroregione si deve intendere «uno spazio costituito da una serie di regioni amministrative, le quali presentano sufficienti problematiche comuni da giustificare l'adozione di un approccio strategico unico»⁽⁷⁰⁾.

Nel riprendere a grandi linee un'ispirazione riconducibile al paradigma della bioregione su menzionato, la macroregione europea – come è stato chiarito⁽⁷¹⁾ – non si identifica con una Regione amministrativa classicamente intesa.

«Se quest'ultima, è un ente territoriale di governo previsto dalla Costituzione di uno Stato, la macroregione non è contemplata dai trattati dell'Unione europea [...]. Infatti, le Regioni tradizionalmente intese hanno propri Statuti e godono di autonomia politica, amministrativa, legislativa e finanziaria (entro certi limiti ovviamente) e sono parte integrante della struttura della multi-level governance dell'Unione [...]. Al contrario, la macroregione non è dotata di caratteristiche politiche, amministrative e finanziarie autonome, ma rappresenta *un'unità politico-territoriale che si basa sul criterio della funzionalità*, il quale supporta una prospettiva orientata al raggiungimento di risultati ben precisi fissati dai soggetti che ne fanno parte. In sostanza, si fonda “sull'esistenza di problematiche comuni a più territori, da affrontare secondo un *approccio integrato*, che permetta di coordinare meglio i programmi (anche quelli già esistenti) e di utilizzare in modo più strategico le risorse disponibili [...]. Gli elementi essenziali rintracciabili

⁽⁶⁹⁾ M.C. APRILE, *Le politiche ambientali*, cit., p. 89.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. L. D'ETTORE, *Le strategie macroregionali dell'Unione europea: tra cooperazione territoriale europea e multi-level governance*, cit., p. 10.

⁽⁷¹⁾ L. D'ETTORE, *Le strategie macroregionali dell'Unione europea: tra cooperazione territoriale europea e multi-level governance*, cit., p. 10 ss.

in una strategia macroregionale sono essenzialmente tre ossia: l'approccio multi-livello e multi-attoriale, l'approccio place-based e l'approccio integrato. Con riferimento al primo, si vuole significare che nell'elaborazione e nell'attuazione delle strategie partecipano tutta una serie di attori, europei, nazionali, sub-nazionali, pubblici e privati, comprese le organizzazioni della società civile e altri stakeholders. Circa il secondo elemento, [...] le strategie devono tenere in stretta considerazione gli interessi, i bisogni e le sfide del territorio intorno al quale vengono a organizzarsi e in base a questi predisporre delle soluzioni concordate per raggiungere obiettivi comuni. Infine, il terzo approccio attiene a una risposta comune di tutti gli attori che, nel perseguire gli stessi interessi e perseguire i medesimi obiettivi, integrano le azioni, le politiche e i programmi di finanziamento al fine di migliorare la loro efficacia nel reagire a sfide e problematiche transnazionali e transfrontaliere difficilmente risolvibili da soli⁽⁷²⁾».

Lo scopo della macroregione è, quindi, proprio quella di superare l'ottica del confine amministrativo locale per riarticolarlo in base a esigenze comuni, laddove il processo di costituzione flessibile e a carattere chiaramente politico che la caratterizza, permetterebbe altresì di attuare potenzialmente una più coerente progettazione istituzionale da un punto di vista ecologico favorita sia dal coordinamento, sia dalla cooperazione rafforzata a un cui sembrano essere ispirate alcune delle più innovative strategie europee per la coesione territoriale⁽⁷³⁾.

Risulta in tal modo evidente che dovendosi anche in tale contesto le città proporre come “subnational network”, emerge da questo esempio l'insufficienza del richiamo alla stessa città quale unità autosufficiente, sia dal punto di vista politico, sia ecologico, tanto che la sua identità come soggetto non può appunto che confrontarsi con la sua imprescindibile rilevanza “esterna” (*rectius*: sovranazionale e internazionale).

⁽⁷²⁾ L. D'ETTORE, *Le strategie macroregionali dell'Unione europea: tra cooperazione territoriale europea e multi-level governance*, cit., pp. 9-14.

⁽⁷³⁾ Cfr. https://ec.europa.eu/regional_policy/whats-new/panorama/2023/05/17-05-2023-relevance-the-eu-macro-regional-strategies-week-2023-in-brussels_en (ultimo accesso 22/07/2023).

4. — *La città oltre sé stessa. La rigenerazione urbana nel contesto sovranazionale.*

Alla luce dei diversi studi dedicati al tema su esposto, gli stessi hanno evidenziato che specularsi a uno “sguardo interno” alle città, cui corrisponde un “diritto alla città”, emerge anche un campo di azione “esterno”, ragion per cui si parla altresì di un “diritto *delle* città”.

Il primo dei due costituisce una «rielaborazione concettuale [...] che vede interrelati in un unico complesso diritti civili, politici, sociali, economici e ambientali [la quale ne evidenzia] la portata non soltanto individuale [attraverso] un rinnovato diritto delle autonomie ad autodeterminarsi a sua volta] modellat[o] da un recupero e da un'intensificazione delle capacità di integrazione e partecipazione da parte di cittadini-abitanti⁽⁷⁴⁾».

La seconda accezione (diritto *delle* città) indica, invece, un possibile sviluppo pluralistico del diritto in cui si intrecciano istituzioni, fonti e strumenti di governo attraverso i quali potrebbe delinarsi gradualmente un ordinamento in cui il coordinarsi delle rispettive politiche (locali, nazionali ed europee) avvenga su un piano di negoziazione non riconducibile al solo comando giuridico, ma anche a forme sperimentali di partenariato innovativo.

In entrambi i casi non solo si avrebbe una maggiore possibilità affinché una visione “smart” o “green” possa confrontarsi con aspetti cruciali della vita pubblica che riguardano dinamiche di partecipazione politica e di conflitto, ma anche di collocare il loro carattere spontaneo entro un quadro normativo più coerente e stabile da costruire oltre la dimensione locale.

Di per sé, infatti, realtà come i network cittadini appaiono ancora troppo fluide, specie in un contesto “de-spazializzato” come quello “globale”. Ragion per cui necessitano ad oggi ancora del ruolo “antagonista”⁽⁷⁵⁾ dello

⁽⁷⁴⁾ Cfr. F. GIGLIONI, *Beni comuni e autonomie nella prospettiva europea: città e cittadinanze*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, Trento, 2016.

⁽⁷⁵⁾ È stato giustamente osservato che: «[I] soggetti (in vista di un cambiamento) [...] hanno bisogno di “contenitori” effettivi, dove sia agibile il conflitto per la distribuzione delle risorse, e sulla tutela e la gestione collettiva di beni ambientali e civili». Cfr. G. PRETEROSSO, *Residui, persistenze e illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza e politica*, 29, 57, 2017, p. 117.

Stato ed eventualmente delle macroregioni-qualora dovessero crescere e influire anche nel panorama geopolitico- al fine di poter far valere visioni diverse della sostenibilità ambientale, benché il primo sia stato indubbiamente anche protagonista sia di una politica irresponsabile in rapporto alla distruzione ambientale, sia di una legittimazione dell'interesse privato finalizzato all'accumulazione del capitale piuttosto che alla tutela dei beni collettivi⁽⁷⁶⁾.

D'altro canto di tale ambito critico sarebbe auspicabile un certo suo superamento, qualora si voglia efficacemente perseguire l'adozione di responsabili politiche pubbliche che le autorità pubbliche dovrebbero porre in essere non già nella qualità di "proprietarie", ma in quanto "tutrici" di un più ampio interesse generale coinvolgendo attivamente (senza che ne diventi un surrogato) la cittadinanza affinché possa contribuire alle prime esercitando una funzione di stimolo, arricchimento e controllo.

Ciò ancor di più se si pensa al fatto che a più riprese si è affrontata in tal senso la problematica del se esista una vera e propria configurazione di una *tematica europea dei beni comuni*, allorquando mediante soprattutto i principi di sussidiarietà verticale e orizzontali⁽⁷⁷⁾, le politiche locali ne potrebbero risultare inevitabilmente condizionate, avendo però la possibilità anche di autodeterminarsi alla luce di un assetto di principi sovranazionali a carattere prescrittivo e non meramente programmatico⁽⁷⁸⁾.

Come è stato, infatti, rimarcato in alcuni studi⁽⁷⁹⁾, il diritto dell'Unione europea non contempla soltanto il principio di concorrenza, ma delinea seppur in forme ancora non ancora compiute un *diritto dell'economia, sociale e pubblico, a carattere sovranazionale* attraverso i principi come quello di solidarietà, di neutralità dei regimi proprietari, nonché di sostenibilità ambientale

⁽⁷⁶⁾ Cfr. sul punto F. FISHER, *Climate Crisis and the Democratic Prospect: Participatory Governance in Sustainable Communities*, Oxford University Press, 2017, p. 118.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. F. GIGLIONI, *Beni comuni e autonomie nella prospettiva europea: città e cittadinanze*, cit., e A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 142.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, loc. ult. cit.

da attuare anche mediante un'agenda urbana europea⁽⁸⁰⁾. Quest'ultima è poi, sebbene solo a grandi linee, già a sua volta finalizzata alla promozione e alla realizzazione dello sviluppo sostenibile locale e al miglioramento dell'azione politica delle autonomie volto a perseguirlo.

Tuttavia, è stato giustamente rilevato che solo all'interno della cornice statale sarebbe ancora possibile costituzionalizzare una vera e propria "azione delle città"⁽⁸¹⁾ ma allo scopo di codificare a *livello europeo* un'impostazione sistematica e meno settoriale del diritto ambientale che tenti di superare al contempo una visione eccessivamente focalizzata sulla dimensione economica del bilanciamento degli interessi⁽⁸²⁾. Una tale visione dovrebbe invece far emergere chiaramente un'adesione convinta a una sostenibilità di tipo "forte"⁽⁸³⁾ alla stregua di un *prins* epistemologico, politico e normativo.

5. — *Conclusioni.*

Le città, pur avendo acquisito un ruolo di protagonismo nell'ambito delle politiche internazionali, sia nell'attuare gli obblighi derivanti da impegni assunti a livello diplomatico, sia ponendo in essere misure più rigide, sia infine organizzandosi in specifici network, non possono essere considerate soltanto nella loro singolarità ma nell'ambito di un contesto amministrativo,

⁽⁸⁰⁾ Cfr. https://commission.europa.eu/eu-regional-and-urban-development/topics/cities-and-urban-development/urban-agenda-eu_it.

⁽⁸¹⁾ Cfr. A. BEAUDOUIN, *Sovereignty*, in H.P. AUST, J.E. NIJMAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cities*, cit., pp. 180-181.

⁽⁸²⁾ Sul tema cfr. A.S. BRUNO, L. CASSETTI, *La tutela dell'ambiente tra incertezze globali e valore prescrittivo delle Costituzioni nazionali*, in *Federalismi*, 21 dicembre 2018.

⁽⁸³⁾ Studi scientifici più recenti sulla sostenibilità ambientale rappresentano l'intreccio tra società e natura come un diagramma a cerchi concentrici in cui i bisogni individuali e sociali presuppongono la stabilità degli ecosistemi naturali, quale supporto alla sopravvivenza di specie. Cfr. sul punto Cfr. M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»*, cit. Per un possibile impianto "eco-centrico" nel contesto del diritto dell'Unione europea cfr. EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, 2019.

quanto territoriale più ampio, se si vogliono tenere conto dei meccanismi di funzionamento della biosfera.

Una soluzione è data al contempo da un allargamento del significato da attribuire alla “green city” da intendersi alla stregua di un “sistema ultra-locale” in cui considerare le caratteristiche ecologiche di un determinato territorio in cui la città in senso stretto è ricompresa e dal coordinamento multilivello tra pianificazioni territoriali, fino ad arrivare a veri e propri ambiti amministrativi più estesi come le macroregioni che rappresentano un esempio su come i criteri artificiali del diritto (in questo caso amministrativi) possano non corrispondere a quelli della natura⁽⁸⁴⁾.

Vi è d'altra parte l'esigenza di rendere gli obiettivi dell'Agenda 2030 meno astratti e distanti dal comune sentire del cittadino in rapporto alle problematiche ambientali da un lato e alle esigenze di equità socio-economica dall'altro.

In tale frangente sembra essere come si è visto ancora irrinunciabile il ruolo dello Stato la cui funzione dovrebbe poter consistere da un lato in un “interventismo ambientale”- tanto al suo interno (*Green Deal*), quanto in funzione di raccordo con l'ordinamento sovranazionale al fine di sposare una visione politica conforme a criteri ecologici nella scelta di determinati modelli di organizzazione socio-economica non subordinati al solo mercato e/o al potere finanziario,- dall' altro di poter gradualmente favorire mediante, espressa costituzionalizzazione, istituti deliberativi simili ad esempio alle consulte previe in Ecuador e Bolivia⁽⁸⁵⁾ e sistemi di reti cittadine e regionali che possano farsi garanti di un governo *con* la natura⁽⁸⁶⁾ fino a un ripensamen-

⁽⁸⁴⁾ Ho affrontato questo tema più approfonditamente in S. MESSINA, *Sovranità e crisi ecologica. Per una democrazia verde oltre lo Stato*, in questa *Rivista*, 2019, pp. 279-310, cui mi permetto di rinviare.

⁽⁸⁵⁾ La consulta previa nei citati contesti ordinamentali è descritta come un meccanismo di consultazione, partecipazione e conciliazione tra le parti dal carattere preventivo, sebbene a carattere non vincolante, ma utile forse a un futuro sviluppo sia delle procedure, sia delle forme politico-associative che potrebbero costituirsi all'interno della società civile per incidere maggiormente a livello decisionale. Sul tema cfr. S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, Torino, 2019.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *Prefazione* a S. MESSINA, *Eco-democrazia. Per una fondazione ecologica del diritto e della politica*, Orthotes, Napoli-Salerno 2019.

to della stessa forma democratica⁽⁸⁷⁾ alla luce delle sfide socio-ecologiche.

In questo ambito-ovvero attraverso un rinnovato ruolo dello Stato- quale “fiduciario ambientale”⁽⁸⁸⁾ a tutti i livelli territoriali-sarebbe forse possibile aprire qualche spiraglio non solo per “pensare globalmente e agire localmente” ma anche per “agire globalmente”, secondo un orizzonte in cui il locale non è più soltanto “ancella” del globale, purché tale “autonomia” tenga conto dell’urgenza di una diplomazia che si faccia carico dell’*unità* di un pianeta in cui *tutte* le città vivono e prosperano.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. M. DERIU, *Rigenerazione. Per una democrazia capace di futuro*, Roma, 2022, e S. MESSINA, *Eco-democrazia. Per una fondazione ecologica del diritto e della politica*, cit.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. S. MESSINA, *Eco-democrazia. Per una fondazione ecologica del diritto e della politica*, cit., p. 170.

ROBERTO CIPPITANI^(*), ISABEL CORNEJO-PLAZA^(**)

MODELOS DE REGULACIÓN DE NEUROTECNOLOGÍAS FARMACOLÓGICAS: LOS CASOS DE CHILE Y DE LA UNIÓN EUROPEA^(***)

ABSTRACT: Regulating pharmacological neurotechnologies should adhere to the precautionary principle of health risks and the principle of distributive justice. The essay analyses and evaluates the most common models of regulating pharmacological neuroenhancement in the comparative literature, comparing them with specific cases of regulation in both Chile and the European Union. Ultimately, a pharmacological neuro-enhancement regulation based on the proposed principles is presented.

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Evaluación de los modelos de reglamentación. – 3. Modelo de aproximación del libre mercado (Free Market Approach). – 4. Modelo de regulación por el mercado (Market Regulation). – 5. Modelo de licencias para usuarios (Licenses for Users). – 6. Modelo de sistema de prescripción (Prescription System). – 7. Modelo de uso no aprobado (Off Label Use). – 8. Modelo de prohibición de todo uso de mejoramiento (Prohibition of All Enhancement Use). – 9. Modelo de uso explícito de neurofármaco como mejorador (Explicit Enhancement Use of Neuropharmaceuticals). – 10. Enfoque europeo a la reglamentación neuromejoras: prescripciones y principios éticos. – 11. Modelo Chileno de Neuromejora. – 12 Conclusiones.

1. — *Introducción.*

Existen distintos tipos de neurotecnologías, terapéuticas y otras lúdicas.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

^(**) Universidad Autónoma de Chile.

^(***) Artículo de Investigación que hace parte de las actividades del Módulo Jean Monnet de IA y Derecho Privado Europeo, financiado por el programa Erasmus + de la Unión Europea. Forma parte de los productos del XXIV Congreso Anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía - ALACDE celebrado del 23 al 27 de octubre del 2023 en coorganización con la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia (Sedes Bogotá y Cali).

Algunas muy en ciernes y de impacto a nivel experimental y otras de masificación silenciosa cuando no se encuentran reguladas, como las neurotecnologías farmacológicas (nootrópicos). Entre las primeras tenemos por ejemplo estimulación magnética transcraneal, la estimulación transcraneal de corriente continua, que además de su relevancia para el tratamiento de afecciones como depresiones y esquizofrenias, muestran potencial para mejorar tanto el estado de ánimo de las personas como las funciones cognitivas de la memoria, habilidades matemáticas, aprendizajes del lenguaje⁽¹⁾.

Las formas más futuristas de mejora cognitiva dan paso a otras distópicas posibilidades que incluyen implantes neuronales conectados directamente a internet y la hibridación máquina humano permitiendo así que nuestras capacidades entre ellas la cognitiva, se beneficien exponencialmente de la tecnología de la inteligencia artificial⁽²⁾. Conocemos por cierto los provocativos experimentos de Elon Musk y Neuralink entre otros como la ciborgización del ser humano.

Ya hay ejemplos de interfaces cerebro-ordenador (brain-to-computer, BCI) que pueden tener diversas aplicaciones clínicas, como dispositivos de ortografía para diversas parálisis, prótesis motoras para parapléjicos, neurorehabilitación en pacientes con stroke, control para sillas de rueda. Así como aplicaciones fuera del uso clínico: desarrollos para expresiones creativas en pacientes paralizados, pinturas cerebrales usados por artistas (pingo-ergo-sum.com), controlar juegos de video etc⁽³⁾.

Además, en literatura se han descrito las interfaces cerebro-cerebro (brain-to-brain interfaces, BBI)⁽⁴⁾ que permiten la comunicación directa entre

⁽¹⁾ M.I. CORNEJO-PLAZA, C. SARACINI, *On pharmacological neuroenhancement as part of the new neurorights' pioneering legislation in Chile: a perspective*, *Front. Psychol*, 14:1177720 (2023).

⁽²⁾ M.I. CORNEJO-PLAZA, *Chilean neurorights legislation and its relevance for mental health: criticisms and outlook*, 46 *Revista Salud Mental*, Issue 5 September-October 2023, pp. 269-273 (2023).

⁽³⁾ M.I. CORNEJO-PLAZA, F. GUIÑAZÚ, *Límites éticos y legales (neuroderechos), a la utilización de las interfaces cerebro computadora (bcis) para aumentar las capacidades cognitivas*, en M. AZUAJE (ed.), *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, pp. 101-115 (Editorial La Ley, Madrid, 2023).

⁽⁴⁾ L. JIANG, A. STOCCO, D. M., LOSEY, J.A. ABERNETHY, C.S. PRAT, R.P.N. RAO, *BrainNet: a multi-person brain-to-brain interface for direct collaboration between brains*, 9:6115, *Sci. Rep.* (2019).

dos cerebros a través de la tecnología, sin intervención del sistema nervioso periférico⁽⁵⁾.

A estas neurotecnologías deberían apuntar los proyectos de neuroderechos, porque en muchos casos escapan a la regulación biomédica y sin embargo al dejarlas entregadas al mercado, descuidamos el impacto que generan en la salud, y en la identidad, agencia, privacidad de las personas, con consecuencias desconocidas, que podrían derivar no solo en futuras adicciones, sino en Alzheimer u otras enfermedades neurodegenerativas. Por su parte la neurotecnología farmacológica es una realidad actual y no una eventualidad como el *hackeo* de cerebro u otras tecnologías disruptivas para la dignidad, salud, privacidad e integridad mental de las personas.

La neurotecnología farmacológica es una realidad silenciosa, entre estudiantes, médicos fatigados, académicos, gerentes, directores y en general, aquellos sometidos a altas exigencias cognitivas asociadas a metas. La neurotecnología farmacológica es sin duda más masiva que otras neuromejoras, por ser de más bajo costo comparativo y además de fácil acceso y uso, todo lo cual requiere ser considerado dentro de lo que el proyecto de neuroderecho ha definido como neurotecnología, puesto que la neurotecnología comprimida en una píldora por ahora es de mayor impacto en la población y la que verdaderamente necesitaría regulación. Además su riesgo es actual y no eventual como muchas de otras neurotecnologías aún en ciernes y de escaso impacto por ser muy elitistas.

2. — *Evaluación de los modelos de reglamentación.*

El presente artículo pretende examinar los modelos de regulación de neuromejoradores, desde la perspectiva del principio de prevención de riesgos a la salud y del principio de justicia distributiva.

Se ha escogido el principio de justicia distributiva porque la práctica de

⁽⁵⁾ E. HILDT, *Multi-Person Brain-To-Brain Interfaces: Ethical Issues*, 13, 2019, *Front. Neurosci.* (2019).

la neuromejora farmacológica es una línea de investigación cuya tradición establece que existe una desigual distribución de las capacidades, e incluso de la agencia entre quienes tienen accesos a estas neurotecnologías, siendo más aventajados que quienes no poseen la opción de consumirlas o incluso de decidir hacerlo⁽⁶⁾. Esta desigual distribución de la agencia debe corregirse para evitar e incrementar desigualdades derivadas no solo de una asimetría en el mercado de los fármacos de esta índole, sino además en la forma en que se distribuyen las consecuencias de dichas desigualdades, como son los incentivos al mérito, al esfuerzo, los beneficios, deberes y las oportunidades en diversas actividades cruciales, como son la educación y la salud por mencionar algunas. La literatura anglosajona utiliza los conceptos rawlsianos de justicia distributiva para aplicarlos a esta práctica. Según Rawls, la justicia distributiva se refiere a la distribución equitativa de los bienes y cargas en una sociedad determinada a través de dos principios: el principio de igualdad de oportunidades y el principio de diferencia. El principio de igualdad de oportunidades establece que todas las personas deben tener igualdad de oportunidades para acceder a los bienes y cargas de la sociedad. El principio de diferencia establece que las desigualdades económicas y sociales deben ser diseñadas de tal manera que beneficien a los menos favorecidos de la sociedad. Rawls argumenta que estos principios deben ser aplicados en una situación hipotética llamada “posición original”, en la que las personas tras “el velo de la ignorancia” no conocen su posición social o económica en la sociedad. Desde esta posición, las personas elegirían los principios de justicia que regirían la sociedad⁽⁷⁾.

Por su parte, la aplicación del principio de precaución de riesgo a la salud se refiere a un manejo integral de gestión de los riesgos en salud, con el objetivo de prevenir o minimizar los efectos adversos en la salud de la población. Se aplica este principio porque la práctica de la neuromejora posee riesgos estudiados principalmente en población anglosajona. La neu-

⁽⁶⁾ Véase, por ejemplo, D. LOEWE, *Metilfenidato y Modafinilo: Justicia Igualitaria y Políticas de acceso al mejoramiento cognitivo farmacológico*, 23(1) *Acta Bioethica*, pp. 179-188 (2017).

⁽⁷⁾ J. RAWLS, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971).

romejora se origina en países anglosajones donde los estudios empíricos más relevantes se han desarrollado en esas latitudes. Según estos estudios, la neuromejora no es inocua. En efecto, las investigaciones muestran que podría causar adicciones o predisposiciones a las adicciones y además en poblaciones con prevalencia a desarrollar enfermedades neurodegenerativas podría incrementarla⁽⁸⁾.

Como se ha mencionado antes, se utilizarán los principios de precaución y de justicia distributiva para discutir los posibles modelos de reglamentación de las neuromejoras planteados, por un lado, por la literatura anglosajona (*Free Market approach; Market regulation; Licenses for user; Prescription System; Off Label Use; Prohibition of all Enhancement use; Explicit Enhancement Use of Neuropharmaceuticals*, utilizando la clasificación de J. Lucke de la Universidad de Queensland, Australia, y de C. Forlini y E. Racine de las universidades de Montreal y McGill en Canadá, respectivamente)⁽⁹⁾ y, por otro lado, estos se compararán con el enfoque regulatorio europeo.

3. — *Modelo de aproximación del libre mercado (Free Market Approach).*

Julian Savulescu es el principal exponente de este modelo, que defiende la idea de que no deberían imponerse restricciones ni sanciones legales al uso de los fármacos para el mejoramiento cognitivo. Más aún, estas sustancias deberían ser accesibles sin prescripción médica, e incluirse en la educación general en la misma categoría que los hábitos de salud y la información tecnológica, como «formas que nuestra especie, única e innovadora, tiene para tratar de mejorarse a sí misma»⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ D. REPANTIS, P. SCHLATTMANN, O. LAISNEY, I. HEUSER, *Modafinil and methylphenidate for neuroenhancement in healthy individuals: A systematic review*, 62 *Pharmacological Research*, 187-206 (2010).

⁽⁹⁾ Véase L. LUCKE, B. PARTRIDGE, C. FORLINI, E. RACINE, *Using Neuropharmaceuticals for Cognitive Enhancement: Policy and Regulatory Issues*, en J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, pp. 1185-1097 (Springer, Dordrecht, 2014).

⁽¹⁰⁾ Véase J. SAVULESCU, N. BOSTROM, *Human Enhancement*, 333, Oxford University Press, 2009. Otros autores relevantes de esta visión liberal son Sandberg y Greely.

Savulescu señala que la automejora es un deber moral de la humanidad, para evitar la extinción de la especie *Homo Sapiens*, debido al alto grado de tecnología alcanzado por la industria de las armas bacteriológicas⁽¹¹⁾.

Esta aproximación, sin embargo, es inconsistente con el control internacional de las drogas y estupefacientes. La *United Nations Drugs Conventions* de EE.UU., prohíbe el comercio de sustancias psicoactivas, si son ilícitas, incluso si tienen carácter medicinal, y decreta el control estricto de las drogas recreacionales⁽¹²⁾. La contravención a esta prohibición se encuentra penada por ley. Otro aspecto relevante es que este modelo no es compatible con las regulaciones internacionales, especialmente las de la *Food Drugs Administration* de EE.UU. (FDA)⁽¹³⁾.

La propuesta de Savulescu es de corte utilitarista, contraria a los fundamentos rawlsianos, de tradición constructivista kantiana. Sin embargo, se puede advertir claramente en ella que las sustancias de mejoramiento son vistas como bienes primarios que deben ser distribuidos para todos sin matices, lo que también resulta problemático. En efecto, no distinguir el consumo de neuromejoradores entre niños, niñas y adolescentes (NNA) y personas adultas deja en evidencia un tratamiento demasiado liviano del principio de precaución de riesgo a la salud. Este principio no aparece como relevante ni siquiera a modo de excepción. El caso de los cerebros de (NNA), mucho más vulnerables a las adicciones, es en definitiva lo más preocupante⁽¹⁴⁾.

Otro problema de la teoría de Savulescu es que no deja clara la relación entre mejora cognitiva y mejora moral. La presencia de la primera no necesariamente implica la de la segunda. Un sujeto puede ser inteligente y

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁾ Se entiende por drogas recreacionales o “lúdicas” cualquier sustancia con efectos farmacológicos que se ingiere de manera voluntaria para el placer o satisfacción personal y sin fines médicos. El término generalmente se aplica al alcohol, barbitúricos, anfetaminas, el THC, PCP, cocaína, heroína, pero también incluye la cafeína en el café y las bebidas cola (traducción propia). *Mosby's Medical Dictionary*, 9th edition (Elsevier, 2009).

⁽¹³⁾ Véase B. HUGHES, A.R. WINSTOCK, *Controlling new drugs under marketing regulations*, 107 (11), *Addiction*, pp. 1894-1899 (2012).

⁽¹⁴⁾ Véase J. CARBONE, *Neuroscience and Ideology: Why Science Can Never Supply a Complete Answer for Adolescent Immaturity*, Oxford University Press, 2011, pp. 231-254.

no actuar de manera moralmente correcta. Incluso puede disimular su perversidad con fines inmorales. Hay psicopatologías y rasgos de personalidad asociados a una moralidad inadecuada, independientemente del potencial cognitivo del individuo. La psiquiatría del pasado, especialmente en autores como Morel, hablaba de la “idiocía moral” para referirse a la forma laxa de obedecer las normas sociales que manifiestan algunos enfermos⁽¹⁵⁾. Bondad y altruísmo no se encuentran necesariamente en personas de alto cociente intelectual. Como dice Ludwig Klages, «una gran alma no necesariamente supone un gran espíritu»⁽¹⁶⁾.

4. — *Modelo de regulación por el mercado (Market Regulation).*

Si el uso de neurofármacos sin prescripción médica fuera legal, entonces sería regulado por el mercado, tal como ocurre con el consumo de tabaco o alcohol, los que sin requerir prescripción médica, son controlados por límite de edad, impuestos, límites de disponibilidad, restricción publicitaria, geográfica y oportunidad de consumo. A menor regulación legal, las compañías tendrían un mayor interés comercial en difundir la industria de la mejora, apuntando a una publicidad que ciertamente impactaría en la percepción de bajo riesgo de esta práctica. Otra dificultad que se observa en este modelo, en cuanto al principio de precaución de riesgo a la salud, es que el mercado suele regirse primordialmente por la eficiencia en la maximización de sus utilidades, lo que puede afectar el derecho de los consumidores a ser informados adecuadamente sobre los riesgos. Asimismo, esto podría desalentar y desfinanciar las investigaciones adecuadas para identificar efectos secundarios no deseados.

Otro aspecto importante es que este modelo no restringe su consumo en (NNA), y además, a través del neuromarketing, distorsiona los reales efectos

⁽¹⁵⁾ Véase B. MOREL, *Traité des maladies mentales*, Victor Masson, París, 1860, pp.1852-1853.

⁽¹⁶⁾ Véase L. KAGLES, *Der Geist als Widersacher der Seele*, Bouvier Verlag, Bonn, 1981. Kagles utiliza la palabra *espíritu* en sentido de *inteligencia*.

de estos fármacos, modelando la percepción de la población en su favor. Así entonces, es muy posible que los efectos directos y piramidales de una regulación entregada al mercado privilegien a las empresas farmacéuticas, a su *lobby* político y financiero, dejando la protección del consumidor a agrupaciones con desiguales herramientas para proteger la salud de las personas⁽¹⁷⁾. La efectividad a largo plazo de este modelo regulatorio depende de la vigilancia y preparación de los gobiernos en cuanto a la efectiva protección de los intereses públicos⁽¹⁸⁾.

En cuanto al principio de justicia distributiva, este modelo presenta las mayores dificultades en su protección, puesto que dejar el consumo de los neuromejoradores al arbitrio del mercado puede generar un sesgo aún mayor en una sociedad desigual, toda vez que los individuos de las clases privilegiadas son precisamente los que conocen las virtudes de estas pastillas y pueden comprarlas, dejando atrás a los peor situados. Este modelo no cumple con el segundo principio de justicia de Rawls.

5. — *Modelo de licencias para usuarios (Licenses for Users)*.

Sandberg y Bostrom han sugerido que la licencia para uso de las drogas inteligentes debe otorgarse a personas que demuestren comprensión de los riesgos y posean capacidad para su uso responsable⁽¹⁹⁾.

Dubljevic propone un modelo económico, a través de tasas que desincentiven su consumo, de manera que los usuarios interesados que cumplan ciertos requisitos obtengan licencia para su consumo, pagando un precio por cursos

⁽¹⁷⁾ Sobre la protección de consumidores frente a las nuevas tecnologías, vid. S. BOZZO HAURI, *El uso de las nuevas tecnologías como forma de disminuir las barreras de acceso a la justicia del consumidor en Chile*, 72 *Vniversitas Jurídica* (2023).

⁽¹⁸⁾ Véase R. ROOM & W.D. HALL, *Population approaches to alcohol, tobacco and drugs: Effectiveness, ethics and interplay with addition neuroscience*, en A. CARTER, W. HALL, J. ISLES (eds.), *Addiction Neuroethics: The Ethics of Addiction Neuroscience Research and Treatment*, Oxford, Academic Press, 2012, pp. 247-260.

⁽¹⁹⁾ Véase N. BOSTROM, A. SANDBERG, *Cognitive enhancement: Methods, ethics, regulatory challenges*, *Science and Engineering Ethics*, 15(3), pp. 311-341 (2009).

informativos sobre los efectos adversos para la salud. Incluso, asevera, es altamente recomendable que los usuarios rindan un examen de conocimiento de los efectos adversos y riesgos que se deben tener en cuenta en el consumo de estas sustancias. Además, recomienda dejar registrados a los usuarios de estas drogas, aumentándo los costos de sus seguros de salud⁽²⁰⁾.

La principal deficiencia de este modelo en relación con los principios en juego es en lo referente al principio de justicia distributiva, porque no existen políticas concretas para beneficiar a los peor situados. Se trata de un modelo que apunta a aquellos que conocen los riesgos de estos fármacos y que se encuentran incluso en posición de costear un seguro de salud para consumir estas sustancias. No existe mención a destinar v.gr. la totalidad o un porcentaje de los impuestos a financiar el consumo de estas sustancias para aquellos que, cumpliendo los requisitos, no puedan pagarlas, de modo que esta regulación presenta un claro sesgo que perjudica a los peor situados.

El desincentivo a su consumo no constituye *per se* un enfoque basado en los lineamientos de justicia distributiva, tal como se vio en el desarrollo del análisis del principio de justicia distributiva rawlsiano. En efecto, la idea no es poner cargas o patines de plomo a los que quieren avanzar más rápido, sino adelgazar la brecha que impide a los más desaventajados correr en mejores condiciones.

Desincentivar las mejoras cognitivas es privar de una posibilidad tecnológica para alcanzar las metas propuestas por algunos, en un estilo de vida altamente competitivo, en el que estas sustancias han evidenciado ser útiles.

6. — *Modelo de sistema de prescripción (Prescription System).*

Este modelo estipula que las drogas inteligentes pueden ser adquiridas solo por prescripción médica, con el fin de controlar los posibles efectos adversos, lo que permitiría vigilar tanto la prescripción irregular de los mé-

⁽²⁰⁾ Véase V. DUBLJEVIC, *Toward a legitimate public policy on cognition-enhancement drugs*, 3(3) *American Journal of Bioethics Neuroscience*, pp. 29-33 (2012).

dicos, como el uso apropiado de los pacientes autorizados. El control se da también en el hecho de que solo ciertos médicos especialistas tienen la facultad exclusiva de prescribir estos medicamentos mediante receta, con venta en las farmacias y en cantidades limitadas.

Obviamente, este modelo no impide que los medicamentos sean utilizados de manera recreativa, y distribuidos a través del mercado negro, pero favorece claramente el control del regulador. Por ejemplo, en EE.UU., en 2011, el Plan de Prevención de Abuso de Drogas redujo la circulación de las sustancias no prescritas. Esta política incluía un plan de educación obligatoria, tanto para médicos como para farmacéuticos que prescriben drogas.

El sistema de registro de prescripción previene que el paciente vaya a sucesivos médicos (práctica conocida en EE.UU. Como *doctor shopping*) por múltiples prescripciones médicas⁽²¹⁾, y tiende a un mayor control de los riesgos asociados al fármaco, toda vez que el consumidor debe tomar contacto con un especialista que puede presumiblemente medir si es apto para su consumo, informándole de los riesgos.

Respecto de los conflictos de intereses entre médicos y farmacéuticas, existe todavía mucho camino por recorrer.

No hay una aplicación desde el punto de vista del principio de justicia distributiva, a menos que se considere al médico como el agente de distribución de justicia. Sin embargo, esta posibilidad necesitaría apoyo en cuanto a la información y financiamiento del fármaco para beneficiar realmente a los que no puedan costearlo.

7. — *Modelo de uso no aprobado (Off Label Use).*

Esta posibilidad ocurre cuando un médico prescribe un medicamento por una razón distinta a la indicada por la licencia farmacológica. Por ejemplo, cuando se prescribe aspirina para realizar un aborto. La American Academy

⁽²¹⁾ Véase D. HOLMES, *Prescription drug addiction: The treatment challenge*, 379 (9810) *Lancet*, pp. 17-18 (2012).

of Neurology de EE.UU., cuenta con guías fundadas, en una aproximación de *laissez-faire*, que permite a los médicos prescribir un mejorador neural indicado para otros usos terapéuticos, pero bajo la expresa advertencia de que no se asegura su efectividad. Estas guías han sido fuertemente criticadas debido a que no son útiles para prevenir las negligencias por mala práctica médica⁽²²⁾.

Se trata de una práctica temeraria porque si bien existe un especialista de por medio, este no cuenta con el respaldo de la práctica médica ni de la industria farmacéutica, en una prescripción que puede ser incluso innovadora, pero que también tiene rasgos de experimentación, careciendo de los protocolos que autorizan un uso terapéutico determinado. Se observa además que no existe una aplicación del principio de justicia distributiva, por lo que ya se ha explicado.

8. — *Modelo de prohibición de todo uso de mejoramiento (Prohibition of All Enhancement Use).*

Este modelo se relaciona con las políticas antidopaje en los deportes competitivos. Un ejemplo serían las pruebas médicas a que deben someterse los estudiantes en universidades de Australia⁽²³⁾. En este sentido, existen múltiples razones de peso para no realizar exámenes de drogas a los estudiantes. Además de la criminalización, se puede estigmatizar e incluso desalentar a aquellos que utilizan las drogas por motivos terapéuticos. Finalmente, el problema de implementar *test* de drogas inteligentes implica un costo financiero que se debe evaluar.

⁽²²⁾ Véase D. LARRIVIERE, M.A. WILLIAMS, M. RIZZO, R.J. BONNIE (on behalf of the AAN Ethics, Law and Humanities Committee), *Responding to request from adult patients for neuroenhancement: Guidance of ethics, law and humanities committee*, 74(19) *Neurology*, pp. 1555-1556 (2010)

⁽²³⁾ A. ROCHE, P. BYWOOD, K. PIDD, T. FREEMAN, T. STEENSON, *Drug testing in Australian school: Policy implications and considerations of punitive, deterrence and/or prevention measures*, 20(6) *The International Journal on Drugs Policy*, pp. 521-528 (2009).

Los modernos fundamentos de las regulaciones se han adentrado en la psicología del comportamiento humano, reemplazando las prohibiciones por sutiles persuasiones o *nudge*, que respetan la libertad de decisión de las personas. Además, se ha observado la inutilidad de las políticas prohibitivas, que producen más bien el efecto contrario: el deseo de transgredir la prohibición, un comportamiento que genera descargas de dopamina en el cerebro.

Además de ir contra la tendencia actual a no adoptar políticas regulatorias prohibitivas, excepto si se trata de proteger a NNA, este modelo tampoco se hace cargo de los principios de precaución y de justicia distributiva. La prohibición *per se* incentiva el mercado negro y no otorga información y políticas adecuadas de precaución de riesgo a la salud, además de desconocer enteramente el sesgo que se produce entre aquellos que pueden comprar estas sustancias versus aquellos que no tienen ni siquiera conocimiento de su existencia.

9. — *Modelo de uso explícito de neurofármaco como mejorador (Explicit Enhancement Use of Neuropharmaceuticals).*

Se ha señalado que este modelo podría ser muy fácil de implementar. Bastaría que en los sistemas de regulación farmacéutica se incorporara explícitamente su uso en la categoría de optimizadores o mejoradores. No obstante, el problema surge porque, en general, las compañías farmacéuticas tienen dificultades para encontrar médicos dispuestos a recetar una droga para un uso no terapéutico. La idea de que la medicina es para tratar una enfermedad está en el ADN de la ética médica.

Otro problema que surge es el costo en *marketing* que las farmacéuticas deberían realizar para apuntar a este nuevo mercado, lo cual nuevamente conculca con la ética médica. ¿Qué clase de médico estaría dispuesto a admitir que consume y alienta neuromejoradores?; ¿sería moral no distinguir entre actividades, incentivando el consumo entre médicos de turno en una pandemia y no entre estudiantes universitarios? Por otro lado, las farma-

céuticas no están dispuestas a incurrir en riesgos a la salud de las personas por permitir un uso no fundado en razones meramente terapéuticas⁽²⁴⁾. Un mercado desregulado podría mantener el consumo en una especie de *tabú*, donde los esfuerzos, más que a captar nuevos consumidores, se dirijan a mantener los consumidores ya cautivos.

Adicionalmente, el consumo de nootrópicos por parte de estudiantes secundarios y universitarios de los EE.UU., es considerado como una conducta éticamente reprochable, siendo asimilada a la copia o plagio. Tal práctica es posible de analogar a los fundamentos de prohibición del dopaje deportivo.

Además de lo anterior, la práctica de ciertos grupos de empleadores de instar a sus dependientes a utilizar estas drogas durante extensas jornadas de trabajo, es otra ilustración de que el uso de las mismas es altamente polémico en la regulación comparada.

Este modelo, en todo caso, ofrece un obstáculo más profundo que la falta de aplicación de los dos principios aludidos.

10. — *Enfoque europeo a la reglamentación neuromejoras: prescripciones y principios éticos.*

Los modelos antemencionados no se aplican fácilmente a casos concretos, como por ejemplo al ámbito europeo.

La Unión Europea prevé una reglamentación supranacional del “mercado interno” por lo que refiere «medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios» (artículo 168, párrafo 3, letra c) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en el ámbito de la política de la Salud, así como la protección de los consumidores (artículo 169 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

En este contexto juega un papel relevante la función de autorización al uso de medicamentos por parte de la EMA (*European Medicines Agency*).

⁽²⁴⁾ Véase S.K. BELL, J.C. LUCKE, W.D. HALL, *Lessons for Enhancement From the History of Cocaine and Amphetamine Use*, 3 (2) *American Journal of Bioethics Neuroscience*, pp. 24-29 (2012).

El marco regulatorio por tanto prevé la autorización para el uso de los medicamentos (vid. especialmente la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano) o de dispositivos sanitarios (vid. Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios).

Dicho marco normativo sigue aparentemente el modelo prescriptivo: se autorizan usos normalmente solo terapéuticos de sustancias que pueden producir neuromejora⁽²⁵⁾; por otra parte, los dispositivos que gravan o utilizan el campo magnético del cerebro, que el productor declara únicamente con una finalidad cosmética u otra finalidad no médica, están sujetos al régimen de Reglamento (UE) 2017/745 (vid. el artículo 1, apartado 2, y el Anexo XVI).

Sin embargo, el modelo prescriptivo europeo es de tipo “ético”, es decir pone o intenta poner en equilibrio la libertad científica y profesional con la salud y otros derechos de la persona (vid. por ejemplo, el “considerando” 89 del Reglamento (UE) 2017/745).

La técnica utilizada por la Unión Europea, en esto y otros casos que se refieren a la ciencia y a la tecnología, consiste en una mezcla de enfoques normativos y no normativos, para tener en cuenta del carácter dinámico de los fenómenos científicos y tecnológicos⁽²⁶⁾.

En el caso del uso “off-label” de los medicamentos, la Comisión afirma que «EU legislation does not regulate the way medicinal products are ultimately used in medical practice. The prescribing of a medicinal product,

⁽²⁵⁾ Por ejemplo, el Modafinil del cual la EMA ha autorizado el uso para el tratamiento de la narcolepsia y solo para personas con más 18 años de edad (vid. www.ema.europa.eu/en/medicines/human/referrals/modafinil).

⁽²⁶⁾ Véase por ejemplo el caso de la reglamentación de la inteligencia artificial: M.I. CORNEJO-PLAZA, R. CIPPITANI, *Consideraciones éticas y jurídicas de la IA en Educación Superior: Desafíos y Perspectivas*, 28 *Revista de Educación y Derecho (Education and Law Review)*, Inteligencia artificial e implicaciones jurídicas, (2023); R. CIPPITANI, *Aspectos éticos del uso de la inteligencia artificial en la toma de decisiones en el derecho de la Unión Europea*, en D. VALLESPÍN (coord.), *Inteligencia Artificial y Proceso - Eficiencia vs. Garantías*, pp. 171-190 (Juruá, Curtiriba-Oporto, 2023).

on-label or off-label, is a decision taken within the relationship between a patient and his or her treating healthcare professional (HCP)»⁽²⁷⁾, lo que está confirmado incluso por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁽²⁸⁾.

Incluso en este caso, no se puede aplicar el “modelo de uso no aprobado” antes descrito. Todos los sujetos involucrados en la decisión del uso off-label, y especialmente los profesionales, no tienen una amplia discrecionalidad si no que deben cumplir con los principios éticos fundamentales.

Para buscar el equilibrio entre los diferentes intereses, el Derecho europeo hace referencia a principios éticos generales como la dignidad la integridad físico-psíquica de las personas, la autodeterminación, la solidaridad y protección de las personas débiles, la prevención y precaución, la proporcionalidad⁽²⁹⁾.

Entre los principios éticos antemencionados, en el sector de la ciencia y de la tecnología, se destaca la importancia de prevenir los daños a las personas, incluso en los casos de incertidumbre científica sobre los riesgos de una tecnología, implementando el mencionado principio de “precaución”⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ COMISIÓN EUROPEA, *Study on off-label use of medicinal products in the European Union*, 2017, p. 10 (February 2017).

⁽²⁸⁾ Tribunal General, sent. de 11 de junio de 2015, *Laboratoires CTRS c. Comisión Europea*, T-452/14, ECLI:EU:T:2015:373.

⁽²⁹⁾ R. CIPPITANI, *Ethics Advisor on Research Projects*, en A. BARTOLINI, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (eds.), *Dictionary of Statutes within EU Law (The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration)*, pp. 193-200, (Springer Nature, Cham, 2019); R. CIPPITANI, *Diálogo entre cortes y elaboración de principios éticos de la ciencia*, en M. FIGUEIREDO, L. ARCARO CONCI, *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais*, pp. 123-152 (Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016).

⁽³⁰⁾ Véase la Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución, COM (2000) 1 final; y también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por ejemplo sent. 5 de mayo de 1998, C-180/96, *Reino Unido c. Comisión*, Rec. 1998, ECLI:EU:C:1998:192, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Öneriyildiz c. Turquía, sent. 30 de noviembre de 2004; Id. Budayeva and Others c Russia, sent. 20 de marzo de 2008). En doctrina vid. R. Andorno, *The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age*, 01 I Journal of international biotechnology law, pp. 11-19 (2004).

Dichos principios deben guiar al intérprete a varios niveles (como por ejemplo los profesionales, los funcionarios públicos o los jueces) en la aplicación del marco regulatorio⁽³¹⁾.

11. — *Modelo Chileno de Neuromejora.*

Otro caso concreto que se prende como ejemplo de reglamentación de las neuromejora es el de Chile. Este país ha avanzado con norma expresa en el proyecto de Ley de Fármacos II, en el que se ha limitado la figura de los visitadores médicos, además de hacer obligatorio transparentar los aportes de las farmacéuticas a congresos médicos, iniciativas académicas, ONG, monto máximo de obsequios, etc. Esta última reforma no regula la práctica de la Neuromejora. Si bien existe como práctica, queda relegada al mercado negro, entonces podríamos decir que co-habitan dos sistemas regulatorios superpuestos: el modelo de uso no aprobado en Chile y en la mayoría de los países latinoamericanos, el cual no constituye una regulación real y menos adecuada. Este modelo coexiste con el Modelo de sistema de prescripción (*Prescription System*), en que una persona debe pagar por un especialista autorizado para prescribir recetas retenidas referidas al principio psicoactivo de estas drogas inteligentes, cuya naturaleza es ser un “nootrópico”.

Cabe destacar que en Chile se está tratando de reglar de manera diferente el tema de las neuromejoras.

Chile sancionó recientemente la Ley N° 21.383 que reforma la Constitución Política de la República, modificando el inciso final del artículo 19 número 1° de la Carta Fundamental, en materia de protección sobre la integridad y la indemnidad mental en relación con el avance de las neurotecnologías. Además de esta ley, se tramita actualmente un proyecto de ley también denominado coloquialmente de “neuroderechos” o de “regulación de neurotecnologías” que trata sobre la protección de los neuroderechos, la

⁽³¹⁾ Vid. por ejemplo el documento del COMITÉ NACIONAL ITALIANO DE BIOETICA, *Human Rights, Medical Ethics and Enhancement Technologies in Military Contexts*, 39 (22 de febrero de 2013).

integridad mental y que regula el desarrollo de la investigación y el avance de las neurotecnologías contenidos en el boletín 13.828-19.

La reforma constitucional considera la neuromejora como un derecho fundamental. En este sentido la neuromejora es también la farmacológica, la cual debe considerarse una neurotecnología comprimida en una píldora. Sin embargo se discute que el estatuto propio de la neuromejora farmacológica sea la Ley de Fármacos, puesto que la neuromejora está prohibida o no contemplada, mientras el estatuto de neuroderechos establece un derecho constitucional a la neuromejora⁽³²⁾.

12. — *Conclusiones.*

Como se ha visto, entre los modelos teóricos, la reglamentación prescriptiva de las neuromejoras es la más difusa, a pesar que está flexibilizada, como en modelo europeo, por el uso de principios éticos fundamentales. Entre estos principio de precaución del daño a la salud tiene un rol central.

La propuesta de ley chilena considera la cuestión a otro nivel, es decir parece adoptar el “modelo del uso explícito” considerando la neuromejora como derecho individual. Ese modelo, además de tener en cuenta el principio de prevención y precaución, lleva consigo otras cuestiones éticas, como se mencionado anteriormente. Sin embargo, en la práctica los usuarios de neuromejoras solo la pueden adquirir mediante prescripción médica o bien de manera ilícita, en un mercado que utiliza plataformas de compra muy organizadas.

La práctica médica occidental no trata la mejora como medicina terapéutica, sino como medicina del deseo, de modo que una eventual regulación en esta área debería girar naturalmente hacia el mercado cosmético, apuntando a individuos sanos que desean optimizarse, y donde la figura del médico

⁽³²⁾ Véase, por ejemplo, M.I. CORNEJO-PLAZA, *Consagración constitucional del neuroderecho a la aumentación cognitiva en Chile: implicancias y desafíos*, en J. MÁRTINEZ GÓMEZ, EDGAR PÉREZ GONZÁLEZ (coord.), *Bioética, Bioderecho y Neuroética. Realidades y Perspectivas en el siglo XXI*, pp. 281-299 (Tirant Lo Blanch, México, 2023).

especialista pase a ser marginal. Las pastillas inteligentes podrían estar a la venta en las farmacias, para mayores de edad, y disponibles de forma gratuita en los servicios de salud públicos para aquellos que no pueden costearlos.

Para enfrentar y solucionar las cuestiones éticas que presenta el uso de las neuromejoras se puede invocar el principio de justicia distributiva.

Respecto a la aplicación del principio de justicia distributiva, en primer lugar, es difícil creer que exista en el marco de esta práctica, un peor situado, porque este sería quien no puede consumir modafinil para tener más tiempo para destinarlo a otras actividades no asociadas al rendimiento cognitivo, como por ejemplo, irse de fiesta y trabajar o estudiar el día siguiente sin haber dormido. Por supuesto, al hablar de un mejorado agencial, sin posibilidad de elección o vuelta a la mejora electiva, la agencia no es sino el trasunto de dos especies de categorías de humanos: mejorados y no mejorados, lo cual cambia las reglas del juego.

Si bien se asume en esta tesis que el fármaco produce una desigual distribución de la agencia, y es eso lo que en definitiva debe corregirse, por otro lado, cabe preguntarse si amplificar la agencia mediante estos neurofármacos implica realmente situarse por encima de aquellos que no lo consumen ni lo necesitan para ser agentes morales *genuinos*. Podríamos preguntarnos asimismo si toda agencia moral artificialmente obtenida o modificada, según las potencialidades de la técnica actual y futura, debe examinarse a la luz de la instrumentalización y mercantilización de los medios técnicos, los cuales ponen en jaque la idea de la permanencia y autenticidad de la naturaleza humana, según la describieron los filósofos en el pasado. Se trata de un desafío para toda futura investigación sobre las bases naturales de las normas sociales y, consecuentemente, del derecho.

La literatura del mejoramiento ha señalado el principio distributivo como necesario en toda regulación de esta práctica, incluso en esta fase temprana de agencia modificada, la cual no es aún irreversible en sus efectos a largo plazo. Es por esta razón que toda regulación debe avizorar en su horizonte la posibilidad de una agencia constitutiva artificial, de manera de darle la suficiente oxigenación a una legislación que va al compás de una técnica imparable. En el estadio actual de la agencia mejorada los problemas de

justicia son más bien rectificables a través de una legislación adecuada, pero el problema a futuro puede competir con estructuras jurídicas y sociales más complejas. Quizá la educación sistematizada a través de la escuela y la universidad, que ahora premia el esfuerzo, en esta dimensión más bien lo reemplace. En todo caso en el actual escenario, en que esta droga fuera segura y de efectos virtuosos, una distribución equitativa entendería que se deben corregir las asimetrías socioculturales y económicas, de modo que sea posible la libertad de elección por parte de usuarios bien informados, de modo que puedan elegir optimizarse, haciéndose responsables de sus decisiones.

DANIELE CHIAPPINI^(*)

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN AMBITO MEDICO E LEGALE

ABSTRACT:The implementation of Artificial Intelligence (AI) in medical devices and its application in the legal field are topics of great significance and contemporary interest. This article thoroughly examines the utilization of AI in these domains, analyzing the pertinent European regulations, notably the Artificial Intelligence Act proposal and the European Regulation on Medical Devices. Throughout the analysis, the inquiry arises concerning how biases present in the training data impact the outcomes and potentially encroach upon fundamental rights, such as the right to health and a fair trial, thereby potentially discriminating against individuals belonging to underrepresented groups in these datasets. Employing an interdisciplinary approach, this study endeavors to identify solutions to address this issue by leveraging the existing regulations, which could serve as a foundation for their adaptation in other sectors beyond the ones under consideration.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'implementazione dell'IA nei dispositivi medici. – 3. L'utilizzo dei sistemi di IA in ambito giuridico. – 4. La costruzione della normativa europea sull'IA: l'*Artificial Intelligence Act*. – 5. Il regolamento europeo sui dispositivi medici. – 6. Problematiche comuni e risvolti etici. – 7. Pregiudizi e conseguenze in ambito medico e legale. – 8. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

L'Intelligenza Artificiale (IA) sta assumendo un ruolo sempre più rilevante in campo medico, offrendo numerose opportunità per migliorare la diagnosi e il trattamento delle malattie. Nell'ultimo decennio, ad esempio, la *Food and Drugs Administration* (FDA) ha esaminato e autorizzato la messa in commercio di un numero crescente di dispositivi che utilizzano tali funzioni in diversi campi della medicina e questa tendenza pare confermata anche

^(*) Consiglio Nazionale delle Ricerche – ISAFoM, Sezione distaccata di Perugia.

per il futuro⁽¹⁾. Tali sistemi sono di estrema rilevanza non solo per l'apporto diretto che forniscono ma anche perché producono informazioni ulteriori, cosa che ha condotto la FDA a rilasciare il sito web *Artificial Intelligence and Machine Learning*, mentre database simili sono state rilasciate anche da altri soggetti⁽²⁾⁽³⁾. Tuttavia, l'utilizzo di tali tecnologie richiede una regolamentazione adeguata al fine di garantire la sicurezza dei pazienti e prevenire rischi inerenti alla loro utilizzazione, a tal proposito, l'Unione Europea ha provveduto ad aggiornare la disciplina applicabile ai dispositivi medici che utilizzano l'Intelligenza Artificiale, oggi rinvenibile nel Regolamento sui Dispositivi Medici⁽⁴⁾ entrato in vigore il 26 maggio 2021, con un anno di ritardo rispetto a quanto previsto a causa della pandemia da COVID 19. Il regolamento impone requisiti rigorosi per la sicurezza e la qualità dei prodotti che utilizzano sistemi di IA e richiede un'ulteriore certificazione prima del loro utilizzo, ma non considera eventuali problematiche legate al bilanciamento dei dataset di addestramento.

Tale regolamentazione ha un impatto significativo anche sul piano giuridico, poiché si traduce in una maggiore responsabilità legale per i produttori e gli utilizzatori dei dispositivi medici contenenti IA. Permangono però ulteriori questioni che richiedono un'analisi accurata e una regolamentazione specifica. A tal proposito, la Commissione Europea ha presentato, il 21 aprile 2021, proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale l'*Artificial Intelligence Act*⁽⁵⁾ (AIA), prima proposta organica a livello internazionale volta ad armonizzare le normative che disciplinano questa tecnologia.

⁽¹⁾ [Www.fda.gov/medical-devices/software-medical-device-samd/artificial-intelligence-and-machine-learning-aiml-enabled-medical-devices](http://www.fda.gov/medical-devices/software-medical-device-samd/artificial-intelligence-and-machine-learning-aiml-enabled-medical-devices).

⁽²⁾ [Www.fda.gov/medical-devices/software-medical-device-samd/artificial-intelligence-and-machine-learning-aiml-enabled-medical-devices](http://www.fda.gov/medical-devices/software-medical-device-samd/artificial-intelligence-and-machine-learning-aiml-enabled-medical-devices).

⁽³⁾ Aicentral.acrdsi.org.

⁽⁴⁾ Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017 relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

⁽⁵⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione.

In tal modo i dispositivi medici che utilizzano o che sono basati su sistemi di Intelligenza Artificiale saranno soggetti tanto alle regole stabilite dalla normativa sui dispositivi medici che a quelle stabilite dal discutendo AIA.

Contemporaneamente, l'IA sta rivoluzionando il modo in cui vengono svolte numerose attività in ambito legale in tutto il mondo. In campo processuale, le tecnologie basate sull'IA possono supportare l'elaborazione di documenti legali, la ricerca di informazioni giuridiche e l'analisi dei dati relativi a casi legali. Ciò consente ai professionisti del diritto di effettuare ricerche più approfondite e di gestire un numero maggiore di casi in modo più efficiente. Inoltre, l'IA sta diventando sempre più importante anche per la polizia e l'amministrazione della giustizia. L'uso di tecnologie come i sistemi di riconoscimento facciale, la sorveglianza delle reti sociali e l'analisi dei dati biometrici, permette, nelle intenzioni, una maggiore efficacia nella prevenzione dei reati e nella conduzione delle attività processuali, tuttavia, il loro utilizzo solleva questioni importanti in merito alla privacy, alla protezione dei dati e alla possibilità di abusi, soprattutto a causa dei possibili errori commessi dai sistemi di IA.

In questo contesto, è essenziale comprendere l'impatto dell'IA a livello giuridico e legale. L'*Artificial Intelligence Act*, prende in considerazione anche i sistemi utilizzati nel campo giudiziario e di polizia e li categorizza allo stesso livello di quelli usati in ambito sanitario. Pertanto, l'obiettivo di questo articolo è di analizzare le implicazioni giuridiche della regolamentazione europea sull'utilizzo dell'IA nei dispositivi medici, dimostrando come le problematiche che emergono sono comuni anche ai sistemi di IA utilizzati in ambito legale e valutando se l'approccio utilizzato per l'approvazione dei sistemi di IA usati in medicina possa essere preso come esempio per quelli applicati al campo giuridico.

2. — *L'implementazione dell'IA nei dispositivi medici.*

Senza pretesa di voler essere esaustivi nell'elencare come i sistemi di Intelligenza Artificiale vengono utilizzati in ambito medico⁽⁶⁾, è sufficiente

⁽⁶⁾ Trovate un'analisi più nel dettaglio nell'articolo D. CHIAPPINI, *Legal and Ethical state of the art of Artificial Intelligence in Medicine*, in questa *Rivista*, 2020, pp. 97-142.

specificare che attualmente l'IA viene implementata in un gran numero di dispositivi medici e viene utilizzata in diversi campi della medicina moderna. Ad esempio, numerose IA vengono utilizzate per supportare la diagnosi di malattie, tra le quali quelle a cui viene prestata maggiormente attenzione sono il cancro, le malattie del sistema nervoso e le malattie cardiovascolari. Il progresso in tale materia ha anche la potenzialità di aiutare la diagnosi di malattie rare e lo sviluppo conseguente di terapie al fine di salvare e migliorare la vita dei pazienti che ne soffrono⁽⁷⁾. Un altro campo in cui l'Intelligenza Artificiale viene applicata dal punto di vista diagnostico è quello dell'imaging medico. È infatti possibile addestrare i sistemi di Intelligenza Artificiale a riconoscere con maggiore velocità e precisione⁽⁸⁾ i diversi pattern ottenuti tramite le varie tecniche di imaging radiologico come la tomografia computerizzata (TC), la risonanza magnetica (MRI), l'ecografia medica o gli ultrasuoni, la tomografia a emissione di positroni (PET) e la radiografia a raggi X. Un'ulteriore applicazione di tale tecnologia riguarda la creazione di farmaci. È infatti già stato creato un farmaco per trattare il disturbo ossessivo-compulsivo, la molecola DSP-1181, entrata nella sperimentazione clinica di Fase I in Giappone⁽⁹⁾. Lo sviluppo del farmaco ha richiesto un solo anno, contro i circa cinque anni di progetti simili con conseguente diminuzione dei costi di ricerca e altri farmaci creati con lo stesso procedimento supportato dall'IA sono in via di sperimentazione.

L'Intelligenza Artificiale è stata inoltre utilizzata anche nell'ambito della lotta al COVID-19. Sono stati creati sistemi di IA in grado di predire e tracciare i focolai e la diffusione del virus⁽¹⁰⁾, in grado di aiutare nella diagnosi del virus⁽¹¹⁾ e nello sviluppo dei vaccini⁽¹²⁾.

⁽⁷⁾ *Training.ace.bayer.com/en/pbarma/artificial-intelligence-when-we-suddenly-know-what-we-dont-know.*

⁽⁸⁾ K. CHOCKLEY, E. EMANUEL, *The End of Radiology? Three Threats to the Future Practice of Radiology*, in *Journal of the American College of Radiology*, 2016.

⁽⁹⁾ T. BURKI, *A new paradigm for drug development*, in *Lancet Digital Health*, 2020.

⁽¹⁰⁾ *Bluedot.global.*

⁽¹¹⁾ *Www.alizila.com/hon-damo-academys-ai-system-detects-coronavirus-cases/.*

⁽¹²⁾ *Www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus.*

L'evoluzione tecnologica in materia ha portato numerose aziende ICT a sviluppare, da un lato, sistemi di IA da applicare al settore medico sanitario e, dall'altro, ad implementare sistemi di Intelligenza Artificiale in numerosi dispositivi che, pur non essendo qualificabili come dispositivi medici incrementano il numero di dati, anche sanitari, a disposizione, permettendo una maggiore efficienza degli output prodotti dai primi. Secondo «Artificial Intelligence in Medicine Market – Growth, Trends, and Forecast»⁽¹³⁾, questo porterà ad un incremento, nel solo settore medico, del valore di mercato dell'Intelligenza Artificiale dai 2,24 miliardi di dollari del 2018 ai 23,85 miliardi di dollari del 2025. Tra i prodotti di questo sistema ricordiamo Google Health⁽¹⁴⁾, un progetto volto a creare prodotti e servizi che connettono e danno significato alle informazioni sulla salute, IBM Watson Health, che intende integrare dati tecnologie e competenze per trasformare l'assistenza sanitaria⁽¹⁵⁾. Altre realtà hanno un approccio differente come quello di Apple, che si è specializzata nell'utilizzare i propri dispositivi per permettere una migliore comunicazione medico/paziente e tracciare lo stato di salute dei propri clienti.

3. — *L' utilizzo dei sistemi di IA in ambito giuridico.*

Il Parlamento Europeo ha osservato⁽¹⁶⁾ un crescente utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale in ambito giuridico da parte delle autorità giurisdizionali per diverse applicazioni. Tale impiego include l'uso di tecnologie di riconoscimento facciale e biometrico, la ricerca autonoma e l'analisi di database, la polizia predittiva⁽¹⁷⁾ e l'analisi delle scene del crimine. In

⁽¹³⁾ Research and markets, Artificial Intelligence in Medicine Market - Growth, Trends, and Forecast, reports 2019-2024 and 2020-2025.

⁽¹⁴⁾ *Health,google.*

⁽¹⁵⁾ *Www.ibm.com/it-it/watson-health.*

⁽¹⁶⁾ Parlamento Europeo, Risoluzione del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale.

⁽¹⁷⁾ Per polizia predittiva si intendono quell'insieme di attività finalizzate allo studio

aggiunta a queste applicazioni, vi sono servizi di risoluzione delle controversie online o sistemi che emettono decisioni automatizzate, ad esempio quelli adottati in Cina⁽¹⁸⁾, in Gran Bretagna⁽¹⁹⁾ e in Olanda⁽²⁰⁾. In Estonia⁽²¹⁾, il Ministero della Giustizia ha lanciato un programma pilota per automatizzare le sentenze dei tribunali per controversie di modesta entità riguardanti il pagamento di un massimo di € 7.000,00, appellabili presso un giudice umano. Inoltre, negli Stati Uniti d'America, l'utilizzo dell'IA in ambito giudiziario è già diffuso in numerose giurisdizioni⁽²²⁾ e, ad esempio, alcuni sistemi di Intelligenza Artificiale vengono già usati in ambito processuale per compiere una valutazione delle probabilità di recidiva degli imputati nonché quella di fuga di coloro che sono in attesa di processo⁽²³⁾. Tra i vari sistemi usati, un algoritmo della Arnold Foundation viene attualmente utilizzato in 21 giurisdizioni degli Stati Uniti per prevedere il comportamento degli imputati nella fase istruttoria⁽²⁴⁾, basandosi su un database di 1,5 milioni di procedimenti penali, mentre in Florida sistemi di IA vengono utilizzati per stabilire gli importi delle cauzioni⁽²⁵⁾.

e all'applicazione di metodi statistici che abbiano l'obiettivo di "prevedere" con un adeguato grado di certezza se un soggetto può commettere un reato, ma anche il luogo e quando questo potrebbe essere commesso. L'obiettivo di queste attività è la prevenzione delle attività criminali.

⁽¹⁸⁾ *English.bjinternetcourt.gov.cn/2019-07/01/c_190.htm*.

⁽¹⁹⁾ ONLINE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY GROUP, *Online dispute resolution for low value civil claims*, 2015.

⁽²⁰⁾ Il sistema PA adottato in Olanda è in grado di emanare decisioni automatizzate che si fondano su autorizzazioni precedentemente concesse.

⁽²¹⁾ *Www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/*.

⁽²²⁾ A. ZAVRŠNIK, *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*, Era forum, 2020.

⁽²³⁾ A. ZAVRŠNIK, *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*, cit.

⁽²⁴⁾ D. CHIAPPINI, *Intelligenza Artificiale, un ritorno alla bouche de la loi?*, in *Rivista general de derecho procesal*, 2022, n. 58.

⁽²⁵⁾ L. ECKHOUSE, *Big data may be reinforcing racial bias in the criminal justice system*, in *Washington Post*, 2017.

Secondo un rapporto di *Markets and Markets*⁽²⁶⁾ pubblicato a gennaio 2021, il mercato globale dei sistemi di intelligenza artificiale per il settore legale è stato stimato a 1,07 miliardi di dollari nel 2020 e dovrebbe crescere a un tasso annuo composto del 31,3% nel periodo 2020-2026. Ciò significa che il mercato potrebbe raggiungere un valore di circa 4,31 miliardi di dollari entro il 2026.

Un primo elemento comune tra i due settori è rappresentato dall'efficienza dei responsi dell'IA rispetto a quelli delle controparti umane. Secondo i risultati di uno studio⁽²⁷⁾ condotto negli Stati Uniti su oltre un milione di casi di custodia cautelare, infatti, l'IA è già attualmente in grado prevedere con un grado di precisione superiore rispetto a un giudice umano se uno specifico imputato sarà propenso a tentare la fuga dalla libertà su parola nonché la sua possibilità di recidiva. Allo stesso modo, l'IA è più efficiente della controparte umana non solo nel settore legale, ma anche in ambito biomedico, dove è stato dimostrato⁽²⁸⁾ che i sistemi adottati per supportare i medici nella diagnosi di alcune patologie svolgono questo compito in modo più efficiente dei medici umani.

Questo crea conseguentemente le basi per valutare se sussistono problemi comuni correlati a tali risultati e se quindi possono essere risolti o migliorati attraverso un approccio regolamentare.

4. — *La costruzione della normativa europea sull'IA: l'Artificial Intelligence Act.*

Anche in considerazione della sua pervasività, tra le numerose sfide che l'IA presenta vi è anche quella relativa alla sua regolamentazione. Diversi

⁽²⁶⁾ MARKETS AND MARKETS, *Legal AI Software Market by Component (Solutions and Services), Deployment Mode, Technology, Application, End User (Corporate Legal Departments and Law Firms), and Region - Global Forecast to 2026*.

⁽²⁷⁾ J. KLEINBERG, H. LAKKARAJU, J. LESKOVEC, J. LUDWIG, S. MULLAINATHAN, *Human decisions and machine predictions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 2018, Volume 133, Issue 1, p. 237.

⁽²⁸⁾ Per maggiori approfondimenti vedi D. CHIAPPINI, *Legal and ethical state of the art of Artificial Intelligence in Medicine*, in questa *Rivista*, 2020.

paesi del mondo stanno infatti cercando di mettere in atto politiche ed approvare normative volte da un lato a disciplinare l'uso dell'IA e dall'altro a proteggere e tutelare i diritti e le libertà dei cittadini.

Tra questi, in Europa, la Commissione Europea ha presentato a fine aprile 2021 la proposta di regolamento sull'IA, che mira a creare un quadro normativo armonizzato per l'uso dell'IA in tutto il territorio dell'Unione e che è in grado di impattare anche al di fuori dei suoi confini (come accaduto già con il GDPR⁽²⁹⁾). La proposta prevede l'adozione di un approccio basato sul rischio che categorizza i sistemi di Intelligenza Artificiale in modo da prevedere diverse tipologie di regole a seconda della categoria di appartenenza.

Allargando il campo di studi oltre il panorama europeo, negli Stati Uniti si è passati da un'impostazione volta ad evitare una regolamentazione ad opera del legislatore⁽³⁰⁾ ad un approccio più simile a quello europeo, in cui l'uso dell'IA è regolamentato principalmente da leggi e regolamenti statali e federali⁽³¹⁾. Al riguardo, nel 2020, è stato emanato un memorandum sulla regolamentazione dell'IA⁽³²⁾. Anche in Asia molti paesi stanno adottando politiche e regolamenti per disciplinare l'uso dell'IA. In Cina, ad esempio, sono stati pubblicati numerosi documenti volti a regolamentare l'Intelligenza artificiale tra i quali spicca quello del 2017⁽³³⁾, che traccia l'approccio del paese allo sviluppo della tecnologia e delle applicazioni di IA, fissando obiettivi ampi fino al 2030.

In sintesi, la regolamentazione dell'IA rappresenta un tema cruciale a livello globale, capace di incidere anche sullo sviluppo della stessa e sulla sua diffusione.

⁽²⁹⁾ Reg. UE n. 2016/679.

⁽³⁰⁾ Ufficio esecutivo del Presidente degli Stati Uniti d'America, Consiglio Nazionale per la scienza e la tecnologia, Comitato sulla tecnologia, Prepararsi per il futuro dell'Intelligenza, 2016.

⁽³¹⁾ Congresso degli Stati Uniti, Testo - H.R.6216 - 116th (2019-2020): *National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020*.

⁽³²⁾ UFFICIO ESECUTIVO DEL PRESIDENTE DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, *Memorandum per i vertici dei dipartimenti esecutivi e agenzie. Guida alla regolamentazione delle applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, 17 novembre 2020.

⁽³³⁾ CONSIGLIO DI STATO CINESE, *Piano di sviluppo dell'IA di nuova generazione*, 2017.

Di particolare interesse è la costituenda normativa che l'Unione Europea sta realizzando, principalmente con l'*Artificial Intelligence Act*, che attualmente rappresenta la proposta di regolamentazione più avanzata a livello mondiale. Nella proposta di regolamento, si definisce come sistema di Intelligenza Artificiale «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I e che può, per una data serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare risultati quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono»⁽³⁴⁾. Trattandosi però di un atto *de iure condendo*, l'iter legislativo potrebbe portare ad una modifica di tale definizione, come suggerito nella proposta di compromesso del Consiglio del novembre 2022, che tende a limitare la definizione di cui all'articolo 3, paragrafo 1, ai sistemi sviluppati mediante approcci di apprendimento automatico e approcci basati sulla logica e sulla conoscenza⁽³⁵⁾, di cui viene data una definizione nei considerando⁽³⁶⁾.

L'*AI Act* non si limita solo a definire cosa sia un sistema di Intelligenza Artificiale, ma pone una categorizzazione usando un approccio basato sulla gestione del rischio. In tal modo suddivide i sistemi di IA in sistemi il cui uso è proibito, sistemi ad alto rischio e altri sistemi di IA, categoria comprendente sia i sistemi a rischio limitato che quelli a rischio minimo. L'appartenenza a tali categorie può mutare nel tempo al fine di garantire un corretto bilanciamento tra i diritti degli utenti e quelli dei produttori e, al contempo, non danneggiare il progresso scientifico nello sviluppo dell'IA. Per raggiungere

⁽³⁴⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 3, par. 1, n. 1.

⁽³⁵⁾ La proposta del Consiglio prevede la seguente definizione di sistema di Intelligenza Artificiale: un sistema progettato per funzionare con elementi di autonomia e che, sulla base di dati e input forniti da macchine e/o dall'uomo, deduce come raggiungere una determinata serie di obiettivi avvalendosi di approcci di apprendimento automatico e/o basati sulla logica e sulla conoscenza, e produce output generati dal sistema quali contenuti (sistemi di IA generativi), previsioni, raccomandazioni o decisioni, che influenzano gli ambienti con cui il sistema di IA interagisce.

⁽³⁶⁾ Tali definizioni vengono introdotte nella proposta di compromesso del Consiglio Europeo nei considerando 6-*bis* e 6-*ter*.

tale obiettivo, è riconosciuto in capo alla Commissione il potere di adottare i necessari atti delegati al fine di includere e modificare gli allegati contenenti gli specifici sistemi di IA ad alto rischio, nonché i settori in cui vengono utilizzati. Viene altresì riconosciuta la possibilità di modificare i settori fondamentali ad alto rischio esistenti⁽³⁷⁾, prevedendo quindi una procedura snella e in grado di far fronte con maggior rapidità alle novità introdotte dallo sviluppo tecnologico che questa tecnologia può subire.

Il Titolo II dell'*Artificial Intelligence Act* tratta delle pratiche di Intelligenza Artificiale esplicitamente vietate⁽³⁸⁾ in quanto particolarmente dannose e in grado di contraddire i valori dell'Unione relativi al rispetto della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza, della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali dell'Unione⁽³⁹⁾.

Maggiormente interessanti per il tema di cui trattiamo sono i sistemi ad alto rischio, nella cui categoria possono essere inclusi sia i sistemi utilizzati in ambito medico che giuridico. Appartengono a tale categoria, infatti, quei sistemi di IA che operano in modo autonomo e presentano un potenziale significativo di causare danni o pregiudizi a una o più persone. Tale potenziale dipende dal rapporto tra la gravità dei possibili danni e/o pregiudizi, dal grado di autonomia decisionale del sistema di IA, dalla probabilità di concretizzazione del rischio e dalle modalità e dal contesto in cui il sistema di IA viene utilizzato⁽⁴⁰⁾. Secondo quanto statuito nella proposta, questi sistemi devono

⁽³⁷⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, Allegato alla risoluzione: Raccomandazioni dettagliate per l'elaborazione di un regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, art. 4, par. 2.

⁽³⁸⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 5.

⁽³⁹⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, considerando 15.

⁽⁴⁰⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, Allegato

essere sottoposti a una valutazione del rischio, i datasets utilizzati devono essere di alta qualità e i risultati devono essere tracciabili. Inoltre, devono essere rispettate le norme sulla documentazione tecnica, l'archiviazione dei dati e sulla trasparenza e deve essere prevista una supervisione umana e un alto livello di robustezza, sicurezza e accuratezza⁽⁴¹⁾.

Un sistema di Intelligenza Artificiale può essere qualificato ad alto rischio in due casi, in presenza dei quali il sistema potrà quindi essere incluso nell'elenco allegato al Regolamento. Il primo caso è rappresentato dalla situazione in cui siano soddisfatte contemporaneamente due condizioni⁽⁴²⁾. La prima è che il sistema sia destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o sia esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II dell'atto. Tra gli atti inclusi in tale allegato rientrano il regolamento (UE) 2017/745 relativo ai dispositivi medici⁽⁴³⁾ e il regolamento (UE) 2017/746 relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro⁽⁴⁴⁾.

La seconda condizione prevede che il prodotto il cui componente di sicurezza sia un sistema di intelligenza artificiale, o lo stesso sistema di IA sia il prodotto, debba essere sottoposto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio.

alla risoluzione: Raccomandazioni dettagliate per l'elaborazione di un regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, art. 3, lett. c).

⁽⁴¹⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, Titolo II.

⁽⁴²⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 6.

⁽⁴³⁾ Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002, il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio (GU L 117 del 5 maggio 2017, p. 1).

⁽⁴⁴⁾ Regolamento (UE) 2017/746 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro e che abroga la direttiva 98/79/CE e la decisione 2010/227/UE della Commissione (GU L 117 del 5.5.2017, p. 176).

Sono inoltre considerati ad alto rischio i sistemi di IA inclusi nell'allegato III della risoluzione. Come anticipato, alla Commissione spetta il potere di adottare i necessari atti delegati al fine di modificare l'allegato secondo le necessità che potranno emergere nel corso del tempo.

La proposta di regolamento include nell'allegato III sistemi appartenenti a numerosi campi che saranno quindi considerati ad alto rischio, alcuni dei quali sono utilizzati in ambito giuridico. Rientrano infatti all'interno della categorizzazione proposta dalla Commissione quei sistemi destinati a essere utilizzati per l'identificazione biometrica remota "in tempo reale" e "a posteriori" delle persone fisiche⁽⁴⁵⁾, nonché i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per effettuare valutazioni individuali dei rischi delle persone fisiche al fine di determinare il rischio di reato o recidiva in relazione a una persona fisica o il rischio per vittime potenziali di reati. I sistemi di IA destinati a essere utilizzati come poligrafi e strumenti analoghi, o per rilevare lo stato emotivo di una persona fisica, quelli per individuare i "deep fake" e quelli destinati alla valutazione dell'affidabilità degli elementi probatori nel corso delle indagini o del perseguimento di reati. Sono altresì inclusi in questa categoria i sistemi di IA destinati a prevedere il verificarsi o il ripetersi di un reato effettivo o potenziale sulla base della profilazione delle persone fisiche di cui all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva (UE) 2016/680 o per valutare i tratti e le caratteristiche della personalità o il comportamento criminale pregresso di persone fisiche o gruppi, i sistemi volti alla profilazione delle persone fisiche di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva (UE) 2016/680 nel corso delle indagini, dell'accertamento e del perseguimento di reati e i sistemi per l'analisi criminale riguardo alle persone fisiche, che consentono alle autorità di contrasto di eseguire ricerche in set di dati complessi, correlati e non correlati, resi disponibili da fonti di dati diverse o in formati diversi, al fine di individuare modelli sconosciuti o scoprire relazioni nascoste nei dati⁽⁴⁶⁾. Rientrano nella stessa categoria anche i sistemi

⁽⁴⁵⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, n. 1.

⁽⁴⁶⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio

utilizzati per la gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo transfrontaliero⁽⁴⁷⁾, nonché, nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, quelli destinati ad assistere l'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge⁽⁴⁸⁾.

Un maggiore approfondimento meritano i sistemi di identificazione biometrica remota, già estremamente utilizzati in ambito giuridico, e non, e che sono stati applicati, in paesi extra-UE come la Cina, anche come strumenti di controllo della popolazione. Ai sensi dello stesso regolamento⁽⁴⁹⁾, tali sistemi sono finalizzati all'identificazione a distanza di persone fisiche mediante il confronto dei dati biometrici di una persona con i dati biometrici contenuti in una banca dati di riferimento, e senza che l'utente del sistema di IA sappia in anticipo se la persona sarà presente e potrà essere identificata. Per sistema di identificazione biometrica in "tempo reale" invece si intende un sistema di identificazione biometrica remota in cui il rilevamento dei dati biometrici, il confronto e l'identificazione avvengono senza ritardi significativi. Sono ricomprese, oltre alle identificazioni istantanee, anche quelle che avvengono con brevi ritardi, al fine di evitare l'elusione della normativa. A tali sistemi si contrappongono quelli la cui identificazione biometrica remota avviene a posteriori, definiti in via residuale rispetto alla categoria precedente. Per spazi accessibili al pubblico si intende un qualsiasi luogo fisico accessibile al pubblico, indipendentemente dall'applicabilità di specifiche condizioni di accesso.

Per i sistemi di identificazione biometrica "in tempo reale" in spazi ac-

che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, n. 6.

⁽⁴⁷⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, n. 7.

⁽⁴⁸⁾ Allegato III alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, n. 8.

⁽⁴⁹⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 3, nn. 35 ss.

cessibili al pubblico è previsto un divieto specifico di utilizzo⁽⁵⁰⁾, che viene meno qualora risulti strettamente necessario per la ricerca mirata di potenziali vittime di crimini, ivi inclusi i bambini scomparsi, prevenire una minaccia specifica sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità delle persone o un attacco terroristico. È altresì prevista la facoltà di utilizzare tali sistemi al fine di prevenire una specifica sostanziale e imminente minaccia alla vita o un attacco terroristico, oppure per permettere l'individuazione, la localizzazione, l'identificazione o il perseguimento di un autore o sospettato di un reato di cui all'art. 2, par. 2, della decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI⁽⁵¹⁾ punibile con una pena detentiva avente un massimo edittale di almeno tre anni secondo la legislazione di tale Stato.

Tali deroghe sono soggette al rispetto di specifici requisiti⁽⁵²⁾, tra i quali spicca la concessione di un'autorizzazione preventiva, rilasciata conseguentemente alla presentazione di una richiesta motivata da un'autorità giudiziaria o amministrativa indipendente dello Stato membro in cui è richiesto

⁽⁵⁰⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 5, par. 1, lett. *d*).

⁽⁵¹⁾ La lista dei reati include partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, riciclaggio di proventi di reato, falsificazione di monete, criminalità informatica, criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette, favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, omicidio volontario, lesioni personali gravi, traffico illecito di organi e tessuti umani, rapimento, sequestro e presa di ostaggi, razzismo e xenofobia, furti organizzati o con l'uso di armi, traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, truffa, racket ed estorsioni, contraffazione e pirateria in materia di prodotti, falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi, falsificazione di mezzi di pagamento, traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita, traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, stupro, incendio volontario, reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, dirottamento di aereo/nave, sabotaggio.

⁽⁵²⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021, art. 5, par. 3.

l'utilizzo. La suddetta autorizzazione può essere accordata solo in presenza di prove oggettive o indicazioni chiare dalle quali emerga che l'utilizzo del sistema è proporzionato rispetto al conseguimento degli obiettivi per i quali è prevista la deroga. Deve essere appurato che la gravità, probabilità ed entità del danno causato dal mancato uso del sistema sia tale da rendere l'utilizzo in questione necessario, anche in considerazione delle possibili conseguenze riguardanti i diritti e le libertà di tutte le persone interessate. È in ogni caso prevista la possibilità, in presenza di una situazione di urgenza adeguatamente giustificata, di proporre la richiesta di autorizzazione all'utilizzo del sistema solo durante o dopo l'uso dello stesso.

La proposta prevede che Stato membro abbia la possibilità di autorizzare in tutto o in parte l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, entro i limiti precedentemente descritti. Qualora uno stato membro volesse avvalersi di tali possibilità, dovranno essere stabilite tutte le regole necessarie all'emanazione della richiesta, al suo rilascio, all'esercizio delle autorizzazioni e alle relative attività di controllo. Al riguardo, il testo di compromesso del Consiglio chiarisce quali sono le situazioni nelle quali tale uso è considerato strettamente necessario a fini di contrasto e quali sono quelle in cui l'autorizzazione all'utilizzo di tali sistemi dovrebbe essere considerata una misura eccezionale.

La proposta così illustrata però non collima con la posizione del Parlamento Europeo⁽⁵³⁾, più volte reiterata, che ha proposto che venga applicato un divieto permanente dell'utilizzo dei sistemi di analisi e/o riconoscimento automatici negli spazi pubblici⁽⁵⁴⁾. Alla base di questa posizione vi sono gli errori di identificazione e di classificazione commessi dagli algoritmi attualmente in uso, errori che sono in grado di incidere negativamente sui diritti

⁽⁵³⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, art. 9.

⁽⁵⁴⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, art. 26.

di specifici gruppi⁽⁵⁵⁾. Allo stesso modo l'eurocamera ha anche richiesto che venga approvata una moratoria sulla diffusione dei sistemi di riconoscimento facciale per le attività di contrasto con funzione di identificazione, salvo che le attività non siano finalizzate all'identificazione delle vittime di reati, fintanto che il livello tecnico dei sistemi di IA non possa essere considerato rispettoso dei diritti fondamentali e gli output di tali sistemi siano privi di distorsioni e non discriminatori⁽⁵⁶⁾. Secondo quanto emerso finora, la stessa posizione verrà quindi tenuta dall'eurocamera in sede di approvazione del testo dell'AI Act, come confermato dall'ultimo voto delle commissioni del Parlamento Europeo che si sono espresse in materia⁽⁵⁷⁾.

Nella proposta di compromesso del Consiglio è previsto un ulteriore livello orizzontale con l'obiettivo di garantire che non siano inclusi nella categoria in oggetto quei sistemi di IA che non presentano effettivamente il rischio di causare gravi violazioni dei diritti fondamentali o altri rischi significativi. Nella controproposta, sono indicate delle disposizioni⁽⁵⁸⁾ in base alle quali i sistemi di IA contenuti nell'allegato III non saranno considerati ad alto rischio qualora l'output del sistema sia puramente accessorio in relazione all'azione o alla decisione da adottare non comportando quindi un rischio significativo per la salute, per la sicurezza o per i diritti fondamentali.

⁽⁵⁵⁾ In particolare, l'uso di tali sistemi viene ritenuto in grado di danneggiare i soggetti appartenenti a determinati gruppi razziali o etnici, le persone LGBTI, i bambini, gli anziani e le donne. Viene anche ricordato il diritto degli individui non solo ad essere identificati correttamente ma anche a non essere identificati affatto.

⁽⁵⁶⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, art. 27.

⁽⁵⁷⁾ L'approvazione è avvenuta l'11 maggio 2023 nella riunione congiunta delle commissioni per il Mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO) e per le Libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del Parlamento UE.

⁽⁵⁸⁾ Proposta di compromesso del Consiglio Europeo alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2022, art. 6, par. 3.

Nella proposta in oggetto sono poi state aggiunte regole specifiche per i sistemi di Intelligenza Artificiale per finalità generali. Questi sono definiti come sistemi di IA che, indipendentemente dalla modalità con cui sono immessi sul mercato o messi in servizio, sono destinati, nelle intenzioni del fornitore, a svolgere funzioni di applicazione generale quali il riconoscimento di immagini o voce, la creazione di audio o video, la rilevazione di modelli, la risposta a domande, la traduzione o altro. In tal modo si prendono in considerazione tutte quelle situazioni in cui dei sistemi di IA potrebbero essere utilizzati per molteplici scopi e conseguentemente, laddove integrati in un altro sistema, potrebbero comportare rischi significativi, diventando conseguentemente ad alto rischio. In tal modo, un sistema di IA per finalità generali può essere utilizzato in una varietà di contesti e integrato all'interno di diversi sistemi di IA⁽⁵⁹⁾.

La proposta di compromesso suggerisce quindi che i requisiti richiesti per i sistemi di Intelligenza Artificiale ad alto rischio si debbano applicare anche ai sistemi di IA per finalità generali nel caso in cui questi vengano utilizzati come sistemi ad alto rischio o come componenti di sistemi ad alto rischio. Affinché ciò sia possibile sarà però necessario determinare le modalità di tale applicazione, e ciò potrà avvenire conseguentemente all'adozione di un atto di esecuzione da parte della Commissione Europea.

Per quello che riguarda gli altri sistemi di IA, ovvero quelli che non vengono qualificati come sistemi ad alto rischio, questi ricomprendono sia quelli a rischio limitato⁽⁶⁰⁾ che quelli a rischio minimo⁽⁶¹⁾. I primi sono quei sistemi che presentano un chiaro rischio di manipolazione (come, ad esempio, *chatbot* o *deepfake*) in relazione al quale gli utenti dovranno essere informati

⁽⁵⁹⁾ Proposta di compromesso del Consiglio Europeo alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2022, art. 3, par. 1-*ter*.

⁽⁶⁰⁾ *New rules for Artificial Intelligence. Questions and Answers*, in ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/QANDA_21_1683.

⁽⁶¹⁾ *New rules for Artificial Intelligence. Questions and Answers*, in ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/QANDA_21_1683.

del fatto che non stanno interagendo con un essere umano. A tali sistemi, nell'*Artificial Intelligence Act* vengono quindi imposti requisiti di trasparenza specifici. Per sistemi a rischio minimo si intendono invece tutti gli altri sistemi di IA che non sono ricompresi nelle precedenti categorie. Tali sistemi possono essere sviluppati e utilizzati in base alla legislazione esistente senza che siano previsti ed imposti ulteriori obblighi legali.

Sulla base di tali dati è possibile affermare che i sistemi di Intelligenza Artificiale utilizzati in ambito legale e medico apparterranno, una volta approvato il regolamento, in via principale, ma non esclusiva, alla categoria dei sistemi ad alto rischio.

5. — *Il regolamento Europeo sui dispositivi medici.*

Al fine di esaurire la panoramica relativa alla regolamentazione dei sistemi di Intelligenza artificiale, è bene trattare brevemente del Regolamento sui dispositivi medici (MDR)⁽⁶²⁾ recentemente entrato in vigore. Nonostante non esistano normative specifiche dedicate all'IA, tale regolamento considera e regola l'utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale all'interno dei dispositivi medici. Il regolamento doveva entrare in vigore il 26 maggio 2020, ma, a causa della pandemia di COVID-19, l'entrata in vigore è stata posticipata di un anno. Il nuovo Regolamento abroga così la direttiva sui dispositivi medici (93/42/CEE – MDD) e la Direttiva sui dispositivi medici impiantabili attivi (90/385/EEC – AIMD)⁽⁶³⁾.

Il nuovo MDR apporta alcune modifiche alla classificazione dei dispositivi medici, includendo nella definizione dei dispositivi medici alcuni software che, secondo la precedente direttiva, non erano inclusi. Di conseguenza, la nuova definizione di dispositivo medico presentata nell'art. 2 (1) comprende

⁽⁶²⁾ Regolamento (UE) 2017/45 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017 relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

⁽⁶³⁾ Art. 122 of the Medical Devices Regulation (2017/745).

il software utilizzato allo scopo medico di previsione o prognosi di malattia come dispositivo medico. In ogni caso il Regolamento compie un'importante distinzione, prevedendo che «il software specificamente destinato dal fabbricante a essere impiegato per una o più delle destinazioni d'uso mediche indicate nella definizione di dispositivo medico si considera un dispositivo medico, mentre il software destinato a finalità generali, anche se utilizzato in un contesto sanitario, o il software per fini associati allo stile di vita e al benessere non è un dispositivo medico»⁽⁶⁴⁾.

Analogamente alla Direttiva abrogata, l'MDR classifica i dispositivi medici in quattro categorie (Classi I, II a, II b, e III) in base alla destinazione d'uso dei dispositivi medici e ai loro rischi intrinseci. Il regolamento introduce nuove regole di classificazione esplicitamente incentrate sul software. Secondo quanto previsto nell'allegato VIII, il software destinato a fornire informazioni utilizzate per prendere decisioni a fini diagnostici o terapeutici rientra nella classe IIa, a meno che tali decisioni abbiano effetti tali da poter causare il decesso o un deterioramento irreversibile delle condizioni di salute di una persona, nel qual caso rientra nella classe III. Qualora invece possano provocare un grave deterioramento delle condizioni di salute di una persona rientrano nella classe IIb. Il software destinato a monitorare i processi fisiologici rientra nella classe IIa, a meno che sia destinato a monitorare parametri fisiologici vitali e la natura delle variazioni di detti parametri sia tale da poter creare un pericolo immediato per il paziente, nel qual caso rientra nella classe IIb. Tutti gli altri software rientrano nella classe I⁽⁶⁵⁾.

Queste nuove regole comportano una riclassificazione del software e, di conseguenza, nell'ottobre 2019, il Gruppo di coordinamento dei dispositivi medici ha rilasciato una guida non vincolante sulla qualificazione e classificazione del software ai sensi del regolamento⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, considerando 19.

⁽⁶⁵⁾ Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, Allegato VIII, Capo III, Regola 11.

⁽⁶⁶⁾ Medical Device coordination group document, MDCG 2019-11, *Guidance on Qualification and Classification of Software in Regulation (EU) 2017/745 – MDR and Regulation (EU) 2017/746 – IVDR*, 2019.

Il nuovo Regolamento deve essere accompagnato da una marcatura CE che attesti la conformità del dispositivo ai requisiti previsti dal MDR affinché possa circolare liberamente all'interno dell'UE⁽⁶⁷⁾. In particolare, i fabbricanti di dispositivi medici devono effettuare una valutazione della conformità dei loro dispositivi prima della loro immissione sul mercato⁽⁶⁸⁾. Questa valutazione deve essere basata sulla classificazione e sul tipo del particolare dispositivo⁽⁶⁹⁾. Ad esempio⁽⁷⁰⁾, i dispositivi di classe I hanno un basso livello di vulnerabilità e quindi la procedura di valutazione della conformità può essere generalmente eseguita sotto la sola responsabilità dei produttori⁽⁷¹⁾. Al contrario, i dispositivi di classe II a, II b e III che presentano un rischio più elevato rispetto ai dispositivi di classe I comportano il coinvolgimento di un organismo notificato, un organismo di valutazione della conformità designato secondo l'MDR⁽⁷²⁾.

Secondo quanto previsto dal discutendo *Artificial Intelligence Act*, i sistemi di intelligenza artificiale considerati in tale regolamento apparterranno alla categoria dei sistemi di IA ad alto rischio in quanto potenzialmente in grado di creare danni o pregiudizi alla salute.

6. — *Problematiche comuni e risvolti etici.*

Quanto esplicitato finora da un lato fornisce una panoramica sugli utilizzi dell'IA nei campi medico e giuridico e dall'altro sulla regolamentazione

⁽⁶⁷⁾ Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, Considerando 40, Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, art. 2 (43).

⁽⁶⁸⁾ Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, art. 52, Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, Allegati IX-XI.

⁽⁶⁹⁾ Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, art. 52.

⁽⁷⁰⁾ S. GERKE, T. MINNSEN, G. COHEN, *Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare*, in *Artificial Intelligence in Healthcare*, 2020, pp. 295-336.

⁽⁷¹⁾ Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, Considerando 60, Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, art. 52 (7).

⁽⁷²⁾ Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, Considerando 60, Regolamento (EU) 2017/745 sui Dispositivi Medici, art. 2 (42).

che l'Unione Europea sta implementando per far sì che l'utilizzo di questa tecnologia possa essere il più sicuro, robusto e adeguato ma contemporaneamente non impatti negativamente sulla ricerca condotta in questo ambito.

Eppure, l'utilizzo dell'IA oltre ad impattare sul mondo del lavoro, appare capace di incidere direttamente sui diritti fondamentali quali quello alla salute (art. 32 Cost.), quello ad un giusto processo (art. 111 Cost.) e in generale sul principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Questo fa emergere una serie di problematiche etico-giuridiche.

Tra questi problemi possiamo rilevare che l'accesso universale all'intelligenza artificiale in campo medico e un accesso equo e paritario all'assistenza sanitaria che utilizzi l'IA rappresentano un discrimine estremamente importante già in questo momento e lo rappresenteranno ancora di più in futuro. Lo stesso ragionamento può essere condotto per l'utilizzo dell'IA in ambito giuridico. Tale problema sussiste non solamente per coloro vivono nei paesi in via di sviluppo, ma è presente anche nei paesi industrializzati, in relazione quanti, a causa di particolari condizioni di vita o reddito, potrebbero non avere accesso a tutto ciò che la moderna tecnologia mette a disposizione. Inoltre, interi gruppi potrebbero avere accesso maggiormente difficoltoso. Se tale problema può apparire di facile comprensione dal punto di vista medico, in quanto già oggi si assiste a limitate possibilità di accesso a strutture o terapie sulla base dell'appartenenza ad uno specifico Paese o alla disponibilità economica, anche in ambito giuridico, ove il principio di uguaglianza sembrerebbe essere maggiormente rispettato, si possono notare, come sarà esposto più avanti, problemi simili.

Affrontando la questione dell'uso dell'IA in ambito medico, il Consiglio d'Europa ha affermato⁽⁷³⁾ che anche in circostanze eccezionali la qualità dei servizi ospedalieri e delle strutture sanitarie non dovrebbe essere ridotta né compromettere l'accesso universale alle cure, e il supporto fornito dalla tecnologia dell'informazione e dall'intelligenza artificiale nel settore sanitario non dovrebbe essere considerato solo come un modo per ridurre i costi, ri-

⁽⁷³⁾ CONSIGLIO D'EUROPA, *AI and control of Covid-19 coronavirus*, in www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus.

tenendo necessario considerare i problemi che potrebbero sorgere in termini di qualità dei servizi e accesso globale all'assistenza sanitaria e garantendo quindi la stessa, comprensiva dell'uso dell'IA, a tutti.

Da un punto di vista dell'uso dell'IA in ambito giuridico e di governance, è stata la pandemia da coronavirus a dimostrare come l'uso di tale tecnologia può impattare negativamente sui diritti fondamentali, come spiegato nelle linee guida etiche dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale affidabile⁽⁷⁴⁾. Infatti, conseguentemente alla diffusione della pandemia alcuni paesi hanno adottato misure per controllare e monitorare in massa la popolazione tramite questa tecnologia, approntando protocolli che poi sono stati affinati e utilizzati anche al di là dell'obiettivo contingente del contenimento sanitario.

Questi aspetti riguardano tanto l'ambito giuridico quanto quello sanitario in quanto utilizzano dati biometrici, dati di geolocalizzazione, riconoscimento facciale o dati sanitari, per i quali andrebbe garantito un trattamento con elevati standard di protezione. Inoltre l'adozione di misure specifiche, sia in situazioni di emergenza che ordinarie, dovrebbe avvenire nel rispetto della dignità e della vita privata degli utenti, considerando i diversi possibili pregiudizi che potrebbero emergere attraverso l'uso dei vari tipi di operazioni di sorveglianza, in quanto capaci di causare discriminazioni significative.

Un ulteriore ambito di contatto tra le due materie è quello che coinvolge le motivazioni che sono alla base degli output dei sistemi di IA interrogati da medici e giuristi e che quindi sono anche alla base delle decisioni prese da questi ultimi.

Le applicazioni di intelligenza artificiale utilizzate in ambito sanitario sono in grado di trasformare la relazione tra medico e paziente, incidendo sul principio del consenso informato. Appare infatti necessario indagare in quali circostanze si dovrebbero applicare i principi del consenso informato quando le procedure cliniche coinvolgono l'intelligenza artificiale, ed è particolarmente importante stabilire fino a che punto i medici abbiano la responsabilità di spiegare al paziente le complessità dell'intelligenza artificiale

⁽⁷⁴⁾ GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI DI ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *Orientamenti etici per un'IA affidabile. Requisiti di un'IA affidabile*, 2019, p. 15.

e il suo utilizzo nelle procedure. Il problema principale, da questo punto di vista, è rappresentato dalla conoscenza che ha il medico del funzionamento del sistema utilizzato, e quindi la sua competenza nel definire e spiegare i diversi tipi di apprendimento automatico utilizzati dall'IA, quali sono i dati utilizzati come input e per l'addestramento, nonché la valutazione circa la possibile presenza di pregiudizi presenti. A proposito di questo, è stato osservato che i pazienti generalmente non sono consapevoli se i loro medici utilizzano strumenti decisionali computerizzati per definire il trattamento e ricevono poche informazioni su quali fonti vengono utilizzate dai loro medici per pervenire ad una decisione⁽⁷⁵⁾. Trovare una soluzione a questa problematica è particolarmente difficile laddove il sistema di Intelligenza Artificiale è così avanzato e complesso da comportare un'impossibilità pressoché totale nel definire le motivazioni alla base dell'output. In tali casi si parla di utilizzo di algoritmi a "scatola nera" (o *black box*), che si basano su tecniche di apprendimento automatico non conoscibili o su relazioni troppo complesse per essere comprese esplicitamente⁽⁷⁶⁾ e che possono portare a cure sub-ottimali per i pazienti⁽⁷⁷⁾. In questo caso, sarebbe necessario stabilire fino a che punto un medico abbia l'obbligo di dichiarare al paziente di non essere in grado di comprendere appieno i processi che stanno alla base della diagnosi/trattamento consigliato dall'IA.

Questo aspetto è, inoltre, profondamente connesso alla tutela dei dati personali, in quanto secondo quanto stabilito dall'art. 22 GDPR, l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente

⁽⁷⁵⁾ I.G. COHEN, R. AMARASINGHAM, A. SHAH, B. XIE, B. LO, *The legal and ethical concerns that arise from using complex predictive analytics in health care*, in *Health Affairs*, 2014, pp. 1139-1147.

⁽⁷⁶⁾ hls.harvard.edu/today/petrie-flom-center-launches-project-precision-medicine-artificial-intelligence-law-pmail/, ultima visita maggio 2023.

⁽⁷⁷⁾ Un tipico esempio di "scatola nera" è rappresentato da quei sistemi di Intelligenza Artificiale vengono utilizzati per individuare arresti cardiaci durante le chiamate di emergenza utilizzando "algoritmi di Corti" il cui stesso inventore non sa in che modo il software giunge alle sue decisioni per avvisare gli operatori di emergenza che qualcuno ha un arresto cardiaco. L'assenza di una spiegabilità e consapevolezza può quindi produrre errori e danneggiare i pazienti.

sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

Parrebbe lecito però domandarsi in che modo una questione così intimamente connessa al campo medico quale il rapporto medico-paziente e il consenso informato possa essere traslabile in ambito legale. Eppure, la risposta è facilmente comprensibile, se si pensa da un lato al rapporto tra avvocato ed assistito. Anche in tal caso si viene a strutturare un rapporto fiduciario e l'art. 27 del codice deontologico forense stabilisce che l'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione. L'elevato impatto che l'IA sta avendo anche nel settore giuridico è dimostrato anche dal fatto che un sistema di Intelligenza Artificiale, agendo come avvocato virtuale, ha svolto un ruolo attivo e diretto per la prima volta in un procedimento penale⁽⁷⁸⁾. Tale circostanza si è verificata in un tribunale inglese, dove, nel corso di un processo, un Intelligenza Artificiale sviluppata dalla startup "DoNotPay" ha interagito direttamente con l'imputato, fornendo precise istruzioni tramite un dispositivo mobile e auricolari.

L'impatto maggiore però in ambito legale lo si ha nel supporto che viene fornito al giudice. Anche in questo caso emerge il problema della scatola nera in relazione all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali⁽⁷⁹⁾, obbligo posto al fine di assicurare concretamente il perseguimento dei principi costituzionali posti in tema di giurisdizione, come ad esempio il diritto di difesa, il principio di indipendenza del giudice, la soggezione dello stesso alla legge, nonché per assicurare il rispetto del principio di legalità. In che modo si rapporta l'obbligo di motivazione, e la decisione sottesa alla stessa con l'ausilio fornito da un Intelligenza Artificiale? Se da un lato la risposta semplice potrebbe essere che l'IA non è altro che il corrispettivo artificiale di un Con-

⁽⁷⁸⁾ A. MARTINEZ, *La professione di avvocato e l'intelligenza Artificiale*, in *Sole24ore*, 1° febbraio 2023.

⁽⁷⁹⁾ Costituzione italiana, art. 111, 6° comma: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

sulente Tecnico d'Ufficio (CTU), la realtà è più complessa, in quanto il CTU può sempre essere interrogato più approfonditamente per comprendere le ragioni alla base della perizia, mentre, in presenza del problema della scatola nera, l'IA non offre lo stesso grado di trasparenza. In tal modo si potrebbe venire a creare un vulnus derivante dal fatto che il giudice ha sì a disposizione una valutazione compiuta da un sistema di IA che offre una soluzione che può apparire coerente e circostanziata, ma la conseguente motivazione del provvedimento può risultare carente dal punto di vista sostanziale in quanto, sebbene metodologicamente accurata, la motivazione in questione potrebbe ridursi ad una mera accettazione del responso fornito dal sistema interrogato o alla ricerca di ulteriori conferme di detto responso. Questo non solo per semplicità d'uso, ma anche perché discostarsi da un "parere" fornito da un sistema costruito per svolgere quella specifica funzione può risultare difficile. In tal modo si verrebbe anche a creare un sistema ricorsivo in base al quale si rischia di avere un'uniformazione delle sentenze e decisioni in quanto il sistema di IA interrogato vedendo incrementare un determinato tipo di decisioni le assumerà in modo sempre più costante come base per il proprio output.

In tal modo si può venire a creare una situazione di affidamento da parte del giudice, soprattutto per questioni particolarmente discrezionali, in grado di incidere non solo sull'aspetto della motivazione ma direttamente sulla vita delle persone. Riprendendo quanto accennato in precedenza (cfr. par. 3), i sistemi di IA sono ormai utilizzati in numerose giurisdizioni. Prendendo come esempio l'uso di tali sistemi negli Stati Uniti⁽⁸⁰⁾, all'avanguardia da questo punto di vista, è stato rilevato come, similmente a quanto accade in campo medico⁽⁸¹⁾, l'IA è in grado di prevedere con maggior precisione rispetto a un giudice umano il comportamento di un soggetto⁽⁸²⁾. Tutto ciò potrebbe quindi far presupporre che la questione sia meramente accademica-

⁽⁸⁰⁾ Ma la questione è valida sia in campo civile che penale. La scelta dell'utilizzo del campo penale è determinata dal fatto che vi sono un numero maggiore di studi e dati utilizzabili.

⁽⁸¹⁾ K. CHOCKLEY, E. EMANUEL, *The End of Radiology? Three Threats to the Future Practice of Radiology*, in *Journal of the American College of Radiology*, 2016.

⁽⁸²⁾ J. KLEINBERG, H. LAKKARAJU, J. LESKOVEC, J. LUDWIG, S. MULLAINATHAN, *Human decisions and machine predictions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 2018, Volume 133, Issue 1, p. 237.

ca, e che la necessità di motivazione possa essere ritenuta soddisfatta con il semplice riferimento al sistema utilizzato.

La realtà però è più complessa, poiché tale posizione non tiene in considerazione un'ulteriore problematica, quella relativa alla possibilità di *bias*, o pregiudizi, insiti nel sistema di IA. Sebbene infatti possa apparire strano, un sistema di Intelligenza Artificiale è scevro da pregiudizi, corretto e in grado di fornire un output, o decisione, “giusta” solamente se i dataset con i quali è stato addestrato lo sono⁽⁸³⁾. Tali dataset sono delle raccolte di dati che vengono utilizzate per insegnare all'IA a riconoscere modelli, apprendere regole e fare previsioni e possono comprendere testi, immagini, video, audio o altri tipi di dati, a seconda del tipo di problema che dovrà essere risolto.

I dataset di addestramento sono curati da esperti umani, che, nel caso dell'apprendimento supervisionato⁽⁸⁴⁾, forniscono etichette o marcatori per indicare la corretta risposta o classificazione per ciascun esempio presente nel dataset. È particolarmente importante che i dataset utilizzati per l'addestramento siano rappresentativi della “popolazione” considerata e diversificati per garantire che l'IA sia in grado di compiere una generalizzazione corretta e di adattarsi a nuove situazioni. Maggiore è il volume dei dati disponibili e più corretto sarà l'output, in quanto l'IA trae informazioni e apprende dai modelli presenti nel dataset. Conseguentemente, dati maggiormente completi e rappresentativi comporteranno migliori prestazioni e maggiore efficacia nell'affrontare scenari inediti e nuovi compiti.

⁽⁸³⁾ GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI DI ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *Orientamenti etici per un'IA affidabile. Requisiti di un'IA affidabile*, cit., p. 15.

⁽⁸⁴⁾ L'apprendimento supervisionato è un tipo di approccio in cui un algoritmo viene addestrato utilizzando un dataset di addestramento che comprende sia le caratteristiche (*input*) che le corrispondenti etichette o risultati desiderati (*output*). L'obiettivo dell'apprendimento supervisionato è quello di addestrare l'algoritmo in modo che possa imparare a fare previsioni o prendere decisioni basate sui dati di input forniti, al fine di ottenere l'output desiderato.

Durante il processo di addestramento, l'algoritmo analizza le caratteristiche del dataset di addestramento e cerca di trovare modelli o relazioni tra gli input e gli output corrispondenti. L'algoritmo cerca di approssimare una funzione che mappa gli input agli output desiderati, in modo da poter fare previsioni corrette per nuovi dati non visti in precedenza.

Laddove il dataset non sia stato adeguatamente curato, non abbia un numero sufficiente di dati o questi non siano adeguatamente rappresentativi, il sistema di IA lavorerà sulla base di dati non completamente corretti e, conseguentemente, avrà dei pregiudizi sulla base dei quali emetterà degli output potenzialmente discriminanti. Al riguardo, esistono già numerosi esempi di pregiudizi relativi ai campi di cui ci stiamo occupando, riguardanti l'origine etnica, il colore della pelle o il genere⁽⁸⁵⁾, ma la casistica non si limita solamente a considerare la razza o il genere, in quanto questi problemi possono verificarsi anche in relazione ad altri elementi, come l'età o le disabilità.

Come già accennato, l'esistenza di tali pregiudizi è legata a molteplici motivi, come l'inadeguatezza dei dataset rappresentativi e la scelta dei metodi e degli algoritmi di apprendimento automatico utilizzati dai *data scientists*⁽⁸⁶⁾. Altre fonti di pregiudizi sono rappresentate dal contesto in cui viene utilizzata l'IA, da pregiudizi storici involontari e da modelli di governance inefficaci. Inoltre, i sistemi sviluppati in contesti ricchi o nei paesi sviluppati potrebbero non essere accurati in contesti con risorse limitate o nei paesi in via di sviluppo.

7. — *Pregiudizi e conseguenze in ambito medico e legale.*

Sulla base di quanto appena specificato, emerge in modo lapalissiano che la costruzione del dataset è fondamentale per avere output corretti. Sistemi

⁽⁸⁵⁾ A. ZAVRŠNIK, *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*, ERA Forum 20, 2020, pp. 567-583; W.N. PRICE II, *Medical AI and Contextual Bias*, 33 *Harr. J.L. & Tech.*, University of Michigan Public Law Research Paper No. 632, 2019; O. SCHWARTZ, *In 2016, Microsoft's Racist Chatbot Revealed the Dangers of Online Conversation*, IEEE spectrum, 2019, in spectrum.ieee.org/tech-talk/artificial-intelligence/machine-learning/in-2016-microsofts-racist-chatbot-revealed-the-dangers-of-online-conversation.

⁽⁸⁶⁾ Un data scientist è un professionista specializzato nell'analisi dei dati e nell'applicazione di metodologie e algoritmi statistici per estrarre informazioni significative dai dati. Il ruolo del data scientist implica la raccolta, l'organizzazione, l'elaborazione e l'interpretazione dei dati al fine di identificare modelli, tendenze e insight utili per prendere decisioni informate e guidare il processo decisionale aziendale.

di Intelligenza artificiale mal addestrati potrebbero cagionare gravi danni, soprattutto laddove utilizzate in ambiti quali quello medico e giuridico. Nel settore sanitario, laddove siano coinvolte informazioni legate al fenotipo o al genotipo dei pazienti, un sistema di IA mal addestrato e che presenta pregiudizi potrebbe, ad esempio, suggerire diagnosi errate e rendere conseguentemente inefficaci i trattamenti proposti. Tale inefficacia potrebbe essere assoluta, come avvenuto ad esempio nel caso di *IBM Watson for Oncology*. Questo è un sistema di intelligenza artificiale sviluppato da IBM per supportare i medici nella diagnosi e nel trattamento dei pazienti oncologici. L'obiettivo di *Watson for Oncology* era quello di analizzare una vasta quantità di dati clinici, come pubblicazioni mediche, studi scientifici e report dei pazienti, per fornire raccomandazioni di trattamento personalizzate. Tuttavia, nel corso degli anni il sistema ha ricevuto diverse critiche riguardanti la sua efficacia e accuratezza. Nel 2017, un'indagine di STAT News⁽⁸⁷⁾ ha sollevato dubbi sulla sua capacità di fornire raccomandazioni appropriate, evidenziando casi in cui il sistema avrebbe proposto trattamenti discutibili o in contrasto con le linee guida oncologiche, anche in considerazione del fatto che IBM non aveva prodotto alcuna pubblicazione scientifica relativa alla tecnologia in questione. Ciò ha sollevato preoccupazioni sulla sicurezza e sulla correttezza delle decisioni assunte e delle terapie suggerite, anche conseguentemente a lamentele segnalate da alcuni ospedali che avevano adottato il sistema al di fuori degli Stati Uniti. Questi, infatti, segnalavano la presenza di pregiudizi. Successivamente, diversi ospedali e istituti di ricerca ne hanno sospeso o ridimensionato l'uso e nel 2018 alcuni documenti interni di IBM hanno dimostrato come il sistema spesso forniva consigli errati per il trattamento del cancro e che gli specialisti medici dell'azienda avevano identificato diversi esempi di raccomandazioni di trattamenti non sicuri ed errati⁽⁸⁸⁾. Questi problemi sono probabilmente derivati da errori nella fase di addestramento

⁽⁸⁷⁾ C. ROSS, I. SWETLITZ, *IBM pitched its Watson supercomputer as a revolution in cancer care. It's nowhere close*, StatNews, 2017, in www.statnews.com/2017/09/05/watson-ibm-cancer/.

⁽⁸⁸⁾ C. ROSS, I. SWETLITZ, *IBM's Watson supercomputer recommended 'unsafe and incorrect' cancer treatments, internal documents show*, in StatNews, 2018, www.statnews.com/wp-content/uploads/2018/09/IBMs-Watson-recommended-unsafe-and-incorrect-cancer-treatments-STAT.pdf.

del sistema in quanto invece di utilizzare dati reali di pazienti, l'Intelligenza Artificiale, sembrerebbe essere stata addestrata con pochi dati sintetici, ovvero creati dai medici del Memorial Sloan Kettering Cancer Centre⁽⁸⁹⁾. Questo caso evidenzia le complessità nell'applicazione dell'Intelligenza Artificiale nella pratica clinica e l'importanza di una validazione rigorosa e di una collaborazione stretta tra medici e tecnologi per garantire la sicurezza e l'efficacia di tali strumenti. Contemporaneamente emerge la necessità di una regolamentazione adeguata che possa garantire al contempo che i sistemi immessi in commercio siano robusti e sicuri, che possa tutelare gli utenti ed eventualmente contemplare risarcimenti in caso di danni, ma che sappia anche temperare questi aspetti con le necessità derivanti dallo sviluppo tecnologico.

Laddove non assoluta, ovvero quando il dataset non è completamente errato, ma presenta dei pregiudizi specifici dovuti alla carenza di informazioni su determinati soggetti o minoranze, l'inefficacia potrebbe essere relativa, avendo ad oggetto solo alcune sottopopolazioni⁽⁹⁰⁾. Questo scenario è possibile in considerazione del fatto che in campo medico l'IA viene addestrata utilizzando i dati disponibili, il che significa che spesso, e soprattutto storicamente, questi riguardano pazienti di origine caucasica⁽⁹¹⁾, generalmente maschi⁽⁹²⁾ e di età adulta⁽⁹³⁾. Tale *bias* non può essere considerato esclusivamente "doloso" in quanto dipendente dal fatto che lo sviluppo della medicina moderna e i relativi dati a disposizione riguardano soprattutto le suddette categorie, a causa della disponibilità derivante da anni di raccolta avvenuta

⁽⁸⁹⁾ S. GERKE, T. MINNSEN, G. COHEN, *Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare*, cit., pp. 295-336.

⁽⁹⁰⁾ S. GERKE, T. MINNSEN, G. COHEN, *Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare*, cit., pp. 295-336.

⁽⁹¹⁾ S. COHEN-MEKELBURG, S. BERRY, R.W. STIDHAM, J. ZHU, A.K. WALJEE, *Clinical applications of artificial intelligence and machine learning-based methods in inflammatory bowel disease*, in *J. Gastroenterol Hepatol*, 2021, 36(2), pp. 279-285.

⁽⁹²⁾ S. SHRESTHA, S. DAS, *Exploring gender biases in ML and AI academic research through systematic literature review*, in *Frontiers in Artificial Intelligence*, Volume 5, 2022.

⁽⁹³⁾ J. STYPIŃSKA, A. FRANKE, *AI revolution in healthcare and medicine and the (re-)emergence of inequalities and disadvantages for ageing population*, in *Frontiers in Sociology*, Volume 7, 2023.

nei paesi a più alta industrializzazione, che coinvolgono conseguentemente quel tipo di soggetti. Tale punto di partenza però non può giustificare, oggi, l'utilizzo di dataset non bilanciati. In questo caso, infatti, l'output derivante risulterebbe meno accurato o addirittura inesatto per altre popolazioni per le quali i dati di addestramento sono stati insufficienti, nonostante oggi siano comunque disponibili.

Questo tipo di pregiudizi possono essere evitati utilizzando un numero maggiore di dati e con una variabilità adeguata laddove possibile. Nel caso in cui questo non sia attuabile, a causa di una carenza di dati relativi a specifiche minoranze, dovrebbe essere obbligatorio specificare per quali popolazioni l'algoritmo può essere correttamente utilizzato, per quali potrebbe fornire output non completamente corretti e per quali soggetti non dovrebbe essere utilizzato. Tuttavia, anche in questo caso, il problema principale è rappresentato dagli algoritmi "black-box", in cui la mancanza di trasparenza rende impossibile rilevare i pregiudizi.

Proprio in relazione a questa tipologia di inefficacia esistono dei casi che ci permettono di rilevare una comunanza di problematiche, e di possibili soluzioni, tra i due settori considerati, quello medico e quello giuridico.

Partendo da quest'ultimo settore, un caso di inefficacia relativa delle previsioni dell'IA causata dall'esistenza di pregiudizi riguarda uno dei sistemi più utilizzati negli Stati Uniti, COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*). Trattasi di un software sviluppato da una società privata, utilizzato per stimare il rischio di recidiva degli imputati in alcune giurisdizioni statunitensi. L'algoritmo si basa su una serie di fattori, che possono includere precedenti penali e informazioni demografiche, e sui dati personali dell'imputato per calcolare un punteggio dal quale trarre un livello di rischio utilizzato per desumere la possibilità di recidiva e conseguentemente fornire un output consigliando il giudice circa la decisione da prendere. Questo sistema è stato oggetto di alcuni studi⁽⁹⁴⁾ che, analizzando

⁽⁹⁴⁾ Si veda ad esempio J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in www.propublica.org; J. DRESSEL, H. FARID, *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, in *Science Advances*, 2018, fasc. 4, p. 20. È opportuno specificare che Equivant (precedentemente nota come Northpointe), una società specializzata nella fornitura di soluzioni software

gli esiti delle decisioni basate sull'utilizzo del software, hanno concluso che le previsioni fatte da questo sistema sono inaffidabili in quanto profondamente compromesse da pregiudizi razziali.

Secondo quanto esposto nel report *Machine bias*, emerge una propensione maggiore a considerare erroneamente gli imputati afroamericani come ad alto rischio di recidiva rispetto agli imputati caucasici, mentre questi ultimi erano più inclini a essere erroneamente identificati come a basso rischio rispetto ai primi. Per giungere a questi risultati sono stati analizzati oltre 10.000 casi della Contea di Broward, in Florida, confrontando i tassi di recidiva previsti con quelli effettivamente verificatisi nel corso di un periodo di due anni ed è quindi emerso che il sistema era in grado di prevedere correttamente la possibilità di recidiva di un imputato nel 61% dei casi. La percentuale di successo scendeva al 20% considerando i soggetti relativi a quella che è stata definita come “recidiva violenta”⁽⁹⁵⁾. Tra gli output del programma, gli imputati di colore sono stati “etichettati”⁽⁹⁶⁾ come ad alto rischio di recidiva più di quanto effettivamente fossero. L'analisi ha rilevato che i soggetti afroamericani che i due anni successivi non hanno compiuto altri reati avevano quasi il doppio delle probabilità di essere erroneamente classificati come ad alto rischio rispetto ai loro omologhi caucasici (45% contro 23%). A parti invertite, gli imputati caucasici venivano invece “etichettati” come meno rischiosi di quanto fossero, in quanto coloro che hanno commesso reati entro i successivi due anni sono stati erroneamente “etichettati” come

per il sistema di giustizia penale e creatrice del sistema COMPAS, ha, in risposta, pubblicato uno studio sostenendo l'erroneità del report *Machine bias*. Cfr. A. FLORES, K. BECHTEL, C. LOWENKAMP, *False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to “Machine Bias: There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks”*, in *Federal Probation Journal*, September 2016.

⁽⁹⁵⁾ Per recidiva gli estensori del report hanno considerato la definizione data dalla società produttrice di COMPAS, ovvero *a finger-printable arrest involving a charge and a filing for any uniform crime reporting (UCR) code*, mentre per recidiva violenta è stata utilizzata la definizione di crimine violento data dall'FBI, che include omicidio volontario, omicidio colposo, rapina e aggressione.

⁽⁹⁶⁾ Si utilizza il termine “etichettati” in quanto il sistema compie una procedura di *labeling*, o etichettamento, nel classificare i soggetti.

a basso rischio quasi il doppio rispetto alle loro controparti afroamericane (48% contro 28%).

L'analisi ha inoltre dimostrato che, anche considerando i precedenti penali, l'età e il genere, gli imputati afroamericani avevano il 45% in più di probabilità di ricevere punteggi di rischio più alti rispetto a quelli caucasici, e il doppio delle probabilità di questi ultimi di essere erroneamente classificati come ad alto rischio di recidiva violenta. Riguardo gli imputati caucasici, questi avevano il 63% di probabilità in più di essere erroneamente classificati come a basso rischio di recidiva violenta, rispetto ai soggetti afroamericani, i quali avevano il 77% in più di probabilità di ricevere punteggi di rischio più alti.

Appare dunque chiaro come in presenza di questo tipo di differenze, la sussistenza di un pregiudizio razziale, che nel caso di specie si può ritenere derivante anche dalla sovrarappresentazione della popolazione afroamericana nei dataset utilizzati, anche in conseguenza della sovrarappresentazione della stessa popolazione nelle carceri del sistema giudiziario degli Stati Uniti d'America, impatti negativamente sull'intero sistema giudiziario. Questo avviene poiché attraverso l'apprendimento automatico un algoritmo cercherà di massimizzare la precisione delle previsioni per i dati di addestramento. Se un gruppo specifico di individui compare più frequentemente degli altri nei dati di addestramento, il programma si ottimizzerà per quegli individui perché ciò aumenta la precisione complessiva. Gli informatici valutano gli algoritmi utilizzando insieme di dati di "test", ma di solito questi sono sottoinsiemi casuali dell'insieme di addestramento originale e quindi è probabile che contengano gli stessi pregiudizi. Gli algoritmi difettosi in tal modo possono amplificare i pregiudizi attraverso cicli di feedback⁽⁹⁷⁾. In tal modo si viene

⁽⁹⁷⁾ Ad esempio, nel caso dei sistemi addestrati statisticamente, come avviene per *Google Translate*, si può considerare il problema del genere del pronome. Questo sistema di traduzione di default utilizza il pronome maschile, usando un modello determinato dal rapporto tra i pronomi maschili e i pronomi femminili nei corpora in inglese, che è di 2:1. Oltre a questo dato, sbilanciato di partenza, ogni volta che un programma di traduzione fa riferimento a "*he said*" (lui ha detto), aumenta la frequenza relativa del pronome maschile sul web, incidendo sull'output.

a creare un postulato che tende ad autoavverarsi, in quanto “etichettando” una specifica minoranza e causandone la sovrarappresentazione, il sistema continuerà a ritenere provato il fatto che la suddetta minoranza è ad alto rischio di recidiva, poiché il sistema imparerà dai dati e dalle statistiche che considerano anche le conseguenze dei suggerimenti dati dal sistema stesso.

A conferma del fatto che il problema in oggetto non è relativo solo ad un caso specifico, sono stati rilevati problemi simili in alcuni sistemi di IA utilizzati per determinare l'entità della pena da comminare in alcuni stati⁽⁹⁸⁾, e il tutto è aggravato dal fatto che i soggetti che utilizzano sistemi decisionali automatizzati non hanno accesso all'algoritmo e/o al codice sorgente⁽⁹⁹⁾, creando conseguentemente un problema dal punto di vista della trasparenza di tali sistemi.

Stabilito in tal modo l'impatto sul settore giuridico dell'uso di sistemi di IA portatori di pregiudizi, è interessante valutare se tale problema sussiste anche in altri settori, ed in particolare in quello medico.

Per comprendere come la situazione si stia evolvendo in campo sanitario, è stato possibile far riferimento a una serie di articoli scientifici che hanno affrontato la questione, dato che tale aspetto, a differenza che nel campo giuridico, è già conosciuto ed è stato oggetto di studi approfonditi. Prenderemo ad esempio alcuni studi che hanno dimostrato come l'utilizzo di dataset non bilanciati dal punto di vista del genere impatti sull'efficacia della diagnosi. Questo viene amplificato dal fatto che spesso i dataset utilizzati sono sempre gli stessi, quelli che mettono a disposizione un numero adeguato di informazioni.

A questo proposito, uno studio⁽¹⁰⁰⁾ ha chiarito che le reti neurali usate per la classificazione delle immagini vengono spesso addestrate su ImageNet,

⁽⁹⁸⁾ Alcuni di questi sistemi sono utilizzati, ad esempio, in Arizona, Colorado, Delaware, Kentucky, Louisiana, Oklahoma, Virginia, Washington e Wisconsin.

⁽⁹⁹⁾ M. ŠKOP, M. MERÉNYI, T. TURASHVILI, K. IZDEBSKI, D. KEREKEŠ, V. ILIC, *alGOV-rithms, State of play – Report on Algorithms Usage in Government-Citizens Relations in Czechia, Georgia, Hungary, Poland, Serbia and Slovakia*, Varsavia, 2019.

⁽¹⁰⁰⁾ J. ZOU, L. SCHIEBINGER, *AI can be sexist and racist – it's time to make it fair*, in *Nature*, 2018, 559(7714), pp. 324-326.

che dispone di oltre 14 milioni di immagini etichettate. In tali dataset, frequentemente, alcuni gruppi sono sovrarappresentati e altri sono sottorappresentati. Più del 45% dei dati di ImageNet, proviene dagli Stati Uniti⁽¹⁰¹⁾, che ospitano solo il 4% della popolazione mondiale. Al contrario, Cina e India contribuiscono complessivamente solo al 3% dei dati, nonostante questi paesi rappresentino il 36% della popolazione mondiale. In ambito medico questi problemi risultano ulteriormente amplificati a causa della difficoltà e del costo di produzione e categorizzazione delle immagini mediche. Nel 2017 dei ricercatori che hanno utilizzato il deep learning per identificare il cancro della pelle dalle fotografie hanno addestrato il loro modello su un insieme di dati di 129.450 immagini, delle quali circa il 60% è stato raccolto da Google Immagini⁽¹⁰²⁾. Tuttavia, meno del 5% di queste immagini raffigurano persone dalla pelle scura e, inoltre, l'algoritmo non è stato testato su tali soggetti. Anche in questo caso il possibile pregiudizio tende a creare meccanismi ricorsivi, in quanto sono gli stessi algoritmi che seguiranno lo stesso ciclo che abbiamo identificato in precedenza in ambito giuridico (vedi *infra*).

Tornando agli studi, il primo⁽¹⁰³⁾, pubblicato su BMJ Health & Care Informatics, ha ricreato quattro modelli di intelligenza artificiale documentati in precedenti ricerche noti per avere una percentuale di successo superiore al 70% nell'individuazione delle malattie del fegato dai risultati degli esami del sangue. Conseguentemente sono state analizzate le prestazioni dell'algoritmo in base al genere ed è emerso che la percentuale di diagnosi errate in caso di pazienti di genere femminile era pari al 44% rispetto al solo 23% per gli uomini.

⁽¹⁰¹⁾ S. SHANKAR, Y. HALPERN, E. BRECK, J. ATWOOD, J. WILSON, D. SCULLEY, *No Classification without Representation: Assessing Geodiversity Issues in Open Data Sets for the Developing World*, Workshop on Machine Learning for the Developing World, 2017.

⁽¹⁰²⁾ A. ESTEVA, B. KUPREL, R. NOVOA et al., *Dermatologist-level classification of skin cancer with deep neural networks*, in *Nature*, 2017, 542, pp. 115-118.

⁽¹⁰³⁾ I. STRAW, H. WU, *Investigating for bias in healthcare algorithms: a sex-stratified analysis of supervised machine learning models in liver disease prediction*, BMJ Health Care Inform, 2022, 29(1):e100457.

Anche il secondo studio⁽¹⁰⁴⁾ affronta il problema della poca attenzione dedicata al modo in cui vengono raccolti i database e su come ciò possa influenzare le prestazioni dei sistemi di intelligenza artificiale, mettendo in luce l'importanza dell'equilibrio di genere nei dataset di imaging medico utilizzati per addestrare i sistemi di intelligenza artificiale per la diagnosi assistita dal computer. Basandosi su tre architetture di reti neurali profonde e due dataset noti di immagini a raggi X disponibili e pubbliche utilizzati per diagnosticare varie malattie toraciche in diverse condizioni di squilibrio di genere è stata riscontrato una costante diminuzione delle prestazioni per i generi sottorappresentati quando non viene soddisfatto un equilibrio minimo.

8. — *Conclusioni.*

Questi esempi confermano la tesi per la quale la preparazione e l'utilizzo di dataset sbilanciati comportano un'inefficienza, assoluta o relativa, nei confronti dei soggetti a sfavore dei quali avviene lo sbilanciamento. Inoltre, questo non avviene solo in relazione a uno specifico settore o ad una determinata minoranza, infatti, da un lato accade tanto in ambito medico quanto in quello giuridico e dall'altro coinvolge sia aspetti di genere che razziali.

In questo modo, sebbene le conseguenze siano differenti, afferenti al campo medico o giuridico, in realtà in tutti i casi considerati viene potenzialmente leso un diritto del soggetto appartenente al gruppo o alla minoranza, sia esso il diritto alla salute o alla libertà personale.

Questa problematica solleva, di conseguenza, una questione che appare essere di primaria importanza e che necessita di essere adeguatamente valutata dai soggetti responsabili della regolamentazione e dell'approvazione dei suddetti sistemi, sia che si occupino di diagnosi assistita dal computer, che di supporto alle decisioni giudiziarie.

Se da un lato, quello medico, esistono però già delle regolamentazioni,

⁽¹⁰⁴⁾ A.J. LARRAZABAL, N. NIETO, V. PETERSON, D.H. MILONE, E. FERRANTE, *Gender imbalance in medical imaging datasets produces biased classifiers for computer-aided diagnosis*, Proceedings of the National Academy of Sciences, 2020, 117(23), pp. 12592-12594.

anche se dovrebbero includere esplicite raccomandazioni circa l'equilibrio dei dataset sia dal punto di vista del genere che della diversità, dal lato giuridico ci si trova di fronte ad una situazione di assenza di regolamentazione, e perlopiù tali aspetti sono affrontati internamente da linee guida etiche delle imprese che sviluppano e producono i sistemi di IA.

Sarebbe quindi interessante, in considerazione della sussistenza di problematiche comuni, implementare in entrambi i settori delle regole comuni in materia di bilanciamento dei dataset⁽¹⁰⁵⁾, che dovrebbero valere orizzontalmente non solo per questi settori ma per tutti quelli in cui vengono utilizzati sistemi di Intelligenza Artificiale ad alto rischio. Per quello che riguarda il solo settore giuridico, invece, potrebbe essere interessante valutare l'adozione di una specifica regolamentazione calibrata sulla base di quella esistente in ambito medico per i dispositivi medici implementanti l'IA. In tal modo si potrebbe creare un sistema coerente con quanto previsto dalla discutenda normativa unionale e in grado di considerare le specificità e le necessità del settore nonché di essere al passo con lo sviluppo che il progresso dell'IA avrà nei prossimi anni.

⁽¹⁰⁵⁾ Da questo punto di vista *l'Artificial Intelligence Act*, che rappresenta il livello di regolamentazione più avanzato al mondo richiede un'adeguata robustezza dei dataset ma non parla mai di bilanciamento dei dati contenuti.

Il dialogo delle Corti 'salva' l'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001: ultima puntata?

[SERENELLA PIERONI^(*)]

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Occupazione acquisitiva, acquisizione coattiva 'sanante', 'procedimento espropriativo semplificato...*ex post*': l'evoluzione giurisprudenziale e normativa degli istituti rimediali alla illegittima occupazione. – 3. La decisione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la decisione in oggetto, ha dichiarato irricevibile un ricorso presentato per violazione dell'articolo 1 del protocollo n. 1 della C.E.D.U. dai proprietari di beni in una prima fase illegittimamente occupati dalla pubblica amministrazione ed in seguito dalla medesima acquisiti ai sensi dell'art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001. Difatti i ricorrenti, a seguito, appunto, della applicazione dell'art. 42-*bis*, non possono più essere considerati vittime della violazione ridetta, presupposto richiesto dall'art. 34 della Convenzione per i ricorsi innanzi alla Corte.

La decisione in parola giunge all'esito di un lungo ed articolato contenzioso.

Nel dettaglio, i ricorrenti erano proprietari di diversi appezzamenti di terreno oggetto occupazione di urgenza, finalizzata alla costruzione di un argine fluviale, per effetto di un'ordinanza di un'autorità amministrativa. Detta ordinanza è stata annullata, su loro impugnazione, dal Tribunale superiore delle acque pubbliche con sentenza successivamente confermata dalla Corte di cassazione.

Non avendo le autorità interessate dato ottemperanza a tali decisioni, i ricorrenti hanno nuovamente adito il Tribunale superiore delle acque pubbliche il quale ha accolto la domanda dei predetti ordinando alla pubblica

^(*) Università degli Studi di Perugia.

amministrazione di conformarsi entro un termine al proprio dictum e nominando, al contempo, un *commissario ad acta*. Quest'ultimo ha, quindi, emesso un'ordinanza, ai sensi dell'articolo 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, di acquisizione delle aree (con contestuale liquidazione di un indennizzo a ristoro dei danni subiti). L'ordinanza di acquisizione è stata impugnata dinanzi al Tribunale superiore delle acque pubbliche deducendo, tra l'altro, che il suddetto art. 42-*bis* era incompatibile con l'art. 117 della Costituzione italiana e con l'art. 1 del Protocollo n. 1 della C.E.D.U.

Il Tribunale superiore delle acque pubbliche ha respinto il gravame ed avverso tale decisione è stato proposto ricorso per Cassazione.

La Corte di cassazione ha, quindi, sollevato una questione di costituzionalità in merito alla compatibilità dell'articolo 42-*bis* con la Costituzione italiana, ritenuta infondata, dalla Corte Costituzionale, con sentenza 30 aprile 2015, n. 71⁽²⁾.

La Corte di Cassazione, preso atto di tale pronuncia, ha, pertanto, definitivamente respinto il gravame, di tal che i ricorrenti hanno adito la Corte di Strasburgo lamentando che il modo in cui erano stati espropriati delle loro terre aveva comportato una violazione del loro diritto al pacifico godimento dei loro beni, come garantito dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione.

La Corte EDU tuttavia dichiara irricevibile il ricorso, poiché il proprietario di un bene illegittimamente occupato perde lo *status* di vittima di una violazione dell'articolo 1 del protocollo n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo allorquando l'autorità amministrativa acquisisca il predetto bene ai sensi dell'art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001.

Palese appare l'interesse che riveste la sentenza della Corte di Strasburgo, la quale per la prima volta, affronta esplicitamente e risolve in senso positivo il problema della compatibilità dell'art. 42-*bis* del testo unico degli espropri con il Prot.1 della Convenzione, proprio a conclusione di quella medesima vicenda che ha visto anche l'intervento 'salvifico' della norma da parte della

⁽²⁾ In *Foro it.*, 2015, I, c. 2629, con nota di R. PARDOLESI, nonché in *Urb. e app.*, 2015, p. 767.

Corte Costituzionale (con la ormai nota sentenza n.71 del 2015), prospettando una peculiare lettura del 42-*bis* ed una decisa apertura al ‘dialogo’ con la nostra Corte.

2. La decisione sembra porre fine alla vicenda, giurisprudenziale e normativa, scaturita dall’illegitima occupazione dei terreni da parte della p.a. nell’ambito dei procedimenti espropriativi, che ha dato luogo ad una serie successiva di istituti volti a porre rimedio a tale patologica situazione che, di fatto, comportava la modifica della proprietà del privato per realizzare l’opera pubblica senza un valido titolo espropriativo.

La giurisprudenza, per salvare le numerose opere pubbliche così realizzate, ha elaborato l’istituto della “occupazione appropriativa o acquisitiva”⁽³⁾, portando alla creazione in via pretoria di un nuovo modo di acquisto della proprietà a titolo originario da parte della pubblica amministrazione, che si basava sull’interpretazione estensiva del principio dell’accessione *ex art.* 938 c.c.: nasceva così l’occupazione appropriativa⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Fattispecie pretoria introdotta da Cass., Sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1984, I, c. 626, con l’obiettivo di bilanciare la lesione del diritto di proprietà conseguente all’occupazione *sine titulo* e alla trasformazione irreversibile del bene con il riconoscimento di un’adeguata riparazione sul piano economico del proprietario. Questo instabile assetto pretorio è stato, nel corso del tempo, più volte ritenuto in contrasto con la Convenzione Edu dalla Corte Edu per la quale l’estinzione del diritto di proprietà a vantaggio dell’amministrazione pubblica non può mai essere la conseguenza di un illecito, quale l’occupazione *sine titulo* e la successiva trasformazione irreversibile, in quanto contrario allo stesso principio di legalità». La dottrina criticava la legittimità di tale meccanismo espropriativo, tant’è che R. CONTI, *L’occupazione acquisitiva, tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 1 ss., la considerava espropriazione sostanziale che degradava il procedimento di espropriazione del TU a mera formalità. *Contra* R. ORIANI, *Occupazione d’urgenza, costruzione dell’opera pubblica, decreto di espropriazione “tardivo”, tutela giurisdizionale del proprietario, contributo ad uno Studio interdisciplinare*, in *Foro it.*, 1982, V, c. 226, secondo cui l’istituto dell’accessione invertita costituirebbe soluzione idonea a soddisfare l’interesse pubblico all’inutile dispersione di ricchezza – restituendo l’opera realizzata al privato, e l’interesse del proprietario che potrebbe essere costretto a riprendersi un bene con un’opera spesso inutilizzabile (favorendogli il risarcimento del danno integrale).

⁽⁴⁾ *Contra* G. CAROTENUTO, *L’opera pubblica su suolo privato. Una soluzione che lascia perplessi*, in *Giust. civ.*, 1983, p. 1741 ss.; M. COMPORI, *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte del-*

Più precisamente, la Suprema Corte, sovvertendo il principio civilistico dell'accessione di cui agli artt. 935 ss. c.c. (*superficies solo cedit*), con la "occupazione acquisitiva" ha creato l'istituto della c.d. accessione invertita, in forza del quale l'irreversibile trasformazione del fondo occupato in vista della realizzazione dell'opera a seguito di una valida dichiarazione di pubblica utilità, comportava l'acquisto a titolo originario della proprietà del suolo da parte della pubblica amministrazione e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato, il quale, perciò, avrebbe potuto chiedere solo il risarcimento del danno e non già la restituzione del fondo.

L'irreversibile trasformazione del fondo, conseguente alla realizzazione dell'opera pubblica, da un lato costituiva un fatto illecito istantaneo con effetti permanenti (e ciò implicava che la domanda di risarcimento del danno cominciava a decorrere da quella data) e dall'altro manifestava una definitiva destinazione del fondo al completamento dell'opera pubblica e quindi impediva la restituzione del bene al privato⁽⁵⁾. Il sacrificio del privato si giustificava solo con la necessità di assicurare la prevalenza dell'interesse pubblico che l'opera pubblica intendeva soddisfare.

L'istituto dell'occupazione appropriativa si è poi consolidato nel sistema giurisprudenziale anche a seguito della sentenza costituzionale n. 188 del 23

la pubblica amministrazione alla occupazione appropriativa, in *Riv. giur. ed.*, 1985, p. 22 ss.; A. TRAVI, *Poteri del giudice ordinario e garanzia del diritto di proprietà nelle occupazioni senza titolo della pubblica amministrazione dopo la L. 27 ottobre 1988 n. 458*, in AA.VV., *Scritti per M. Nigro*, Milano, 1991, III, p. 677 ss.; M. CONTICELLI, *L'accessione invertita viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 149 ss. Rileva l'esigenza di sottoporre a controllo giurisdizionale l'operato della p.a. Sulla questione L. MARUOTTI, *Utilizzazione senza titolo di un bene per interesse pubblico, commento all'art. 43*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2007, pp. 792 ss., 809 ss.; G. DE MARZO, *Commento all'art. 43, in*, pp. 845 ss., 863 ss.

⁽⁵⁾ E. ESPOSITO, *Condotta illecita ed accessione invertita come prodotti dell'attività amministrativa: nuovo indirizzo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, p. 181 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, F. PUGLIESE, *Per una rilettura dell'occupazione d'urgenza, in*, p. 777 ss.; F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996; F. PUGLIESE, *Occupazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, X, 1995, p. 261 ss.; G. SANTANIELLO, *Espropriazione per pubblica utilità (forme anomale)*, in *Enc. dir.*, Agg., 2001, XV, p. 899 ss.

maggio 1995, che ne ha riconosciuto la legittimità rispetto agli artt. 3 e 42 Cost., giacché, si diceva, l'acquisto del bene non era conseguenza dell'illecito amministrativo, bensì dell'irreversibile trasformazione del fondo e della sua destinazione pubblica⁽⁶⁾.

L'istituto, introdotto dalla Cassazione, fu variamente censurato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione dei principi di legalità e di certezza, di cui all'art. 1 del protocollo aggiuntivo n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla tutela della proprietà. In particolare, nel 2000, con l'emanazione di rivoluzionarie sentenze (Corte EDU, 7 agosto 1996; Corte EDU, Sez. II, 30 maggio 2000; Corte EDU, Sez. II, 30 maggio 2000)⁽⁷⁾ la Corte ha dichiarato che gli istituti dell'occupazione appropriativa e dell'occupazione usurpativa violano il principio di legalità sancito dall'art. 1 del primo protocollo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ai sensi del quale «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale». Pertanto un comportamento illecito della p.a., in quanto *non previsto da legge*

⁽⁶⁾ Nell'elaborazione giurisprudenziale si è dato origine ad un altro istituto dogmatico, l'occupazione usurpativa, che comprende le vicende di occupazione illegittima dei suoli e conseguente trasformazione irreversibile degli stessi, in cui però non può trovare applicazione il meccanismo dell'occupazione acquisitiva.

Nella occupazione usurpativa è assente o già scaduta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera risultando così impossibile ricollegare l'opera realizzata dall'amministrazione a qualsivoglia pubblico interesse. L'istituto dell'occupazione usurpativa, pertanto, è espressione dell'assenza di potere in concreto della pubblica Amministrazione che ha operato ai fini espropriativi. In questi casi, per l'assenza del carattere di pubblicità dell'opera realizzata dall'amministrazione, la trasformazione irreversibile del fondo non determina il trasferimento di proprietà in capo all'ente pubblico. Invero, la realizzazione dell'opera si configura come un'attività meramente materiale, nonché come illecito permanente. Il proprietario, quindi, può scegliere se agire per ottenere la restituzione del bene, ovvero per ottenere il risarcimento del danno.

⁽⁷⁾ Cfr. S. PIERONI, *La c.d. espropriazione indiretta tra CEDU e ordinamento interno*, in AA.VV., *Diritti, principi e garanzie: l'ordinamento italiano sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Cassetti, Bari, 2012, p. 267 ss.

chiara, precisa e dagli effetti prevedibili, non poteva produrre in capo alla medesima l'acquisto di un diritto, integrando una inammissibile ipotesi di espropriazione indiretta⁽⁸⁾.

All'indomani delle sentenze della corte di Strasburgo, per adeguarsi ai principi CEDU che inibiscono una espropriazione in carenza di un idoneo titolo legale previsto da «una legge chiara, precisa e dagli effetti prevedibili», secondo una *precisa e debita forma* il legislatore è intervenuto con l'approvazione del TU sull'espropriazione e segnatamente, dell'art. 43 «Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico», norma che è stata sinteticamente rinominata come disciplina della “acquisizione coattiva sanante” in quanto consentiva alla p.a. l'emanazione di un provvedimento (con efficacia *ex tunc* ... sanante ...) di acquisizione del bene per eliminare la situazione di illegalità cagionata dalla occupazione *sine titulo*. Infatti, qualora il bene immobile fosse stato ‘modificato’ per realizzare l'opera pubblica in assenza di un valido ed efficace decreto di esproprio e dichiarativo della pubblica utilità (anche a seguito dell'annullamento di tali atti), veniva riconosciuto alla p.a. il potere di acquisire l'area al proprio patrimonio indisponibile. Ne conseguiva che all'interessato residuava unicamente il diritto ad ottenere il risarcimento del danno, in quanto la sua domanda di restituzione del bene veniva neutralizzata dalla adozione da parte della p.a. dell'atto formale di acquisizione del bene medesimo. restituzione che avrebbe potuto essere negata anche dal giudice, ove questi l'avesse ritenuta impossibile, salvo, sempre, il risarcimento.

La delibera di acquisizione delle aree, per consolidata giurisprudenza,

⁽⁸⁾ Con riferimento alla compatibilità ai principi convenzionali di cui all'art. 1, Protocollo 1 CEDU dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, la Corte europea si è poi pronunciata ancora sul caso *Scordino* con la sentenza 17 maggio 2005, con nota di G. FABBRIZZI, *Caso Scordino: una nuova condanna per l'occupazione appropriativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 967; in *Foro it.*, 2006, IV, c. 65, con la conseguente pronuncia di determinazione dell'equa riparazione ai sensi dell'art. 41 CEDU, sentenza 6 marzo 2007, n. 146, in *Urb. e app.*, 2007, con commento di R. CONTI, *Scordino 3: un colpo tremendo alle casse dello Stato*; e in *Resp. civ. e pren.*, 2007, p. 1043, con nota di S. MIRATE, *Scordino ultimo atto: la Corte europea torna a «condannare» l'occupazione acquisitiva ed indennizza al valore attuale il terreno occupato*; ancora Corte EDU, 15 novembre 2005, in causa *Dominici c. Gov. italiano*, n. 64111/00, in *www.echr.coe.int*.

perseguiva, dunque, una finalità di ‘sanatoria’ di situazioni prive di procedure legittime di esproprio⁽¹⁾, così introducendosi nel sistema un istituto che in forza di un atto normativo ha legittimato l’acquisizione dell’area privata attraverso un atto emesso *ab externo* del procedimento espropriativo, fino alla declaratoria di incostituzionalità che ha espunto la norma dall’ordinamento con sentenza del 8 ottobre 2010 n. 293. Il necessario esame preliminare -ed il conseguente accoglimento- della censura di eccesso di delega ha precluso alla Consulta l’esame delle altre censure mosse all’istituto, ma la Corte, nonostante la pronuncia ‘formale’, aveva comunque manifestato i propri dubbi circa la idoneità della trasposizione in legge dell’espropriazione indiretta a garantire il rispetto dei principi della CEDU, rilevando altresì come la stessa corte di Strasburgo, pur non avendo affrontato esplicitamente il problema della compatibilità dell’istituto dell’acquisizione sanante con i principi sanciti dall’articolo 1, prot. n.1 della convenzione, avesse sanzionato, in *obiter dictum*, la recezione per via normativa del meccanismo dell’occupazione acquisitiva tramite la disciplina contenuta nell’art. 43 del testo unico sull’espropriazione⁽²⁾.

L’atteso e necessario intervento del legislatore ha visto l’introduzione nel testo unico sulle espropriazioni dell’art. 42-*bis*, contenente la nuova disciplina dell’istituto dell’acquisizione *ex post*⁽³⁾, che non è sanante, ma un diverso atto e procedimento, emanato, con efficacia *ex nunc* come vedremo, sulla base degli interessi attuali: cioè non ha ad oggetto un precedente procedimento da sanare, ma operando una nuova valutazione di interessi è un nuovo procedimento con nuovo provvedimento finale.

Invero, l’art. 42-*bis* nel TU espropri, che conserva il medesimo titolo

⁽¹⁾ Ciò senza che rilevasse la causa della illegittimità del comportamento, che poteva derivare dall’assenza di una dichiarazione di pubblica utilità o dall’annullamento di essa, ma poteva essere determinata anche da altre cause, rilevando il solo fatto che l’interesse pubblico non avrebbe potuto essere soddisfatto se non con il mantenimento della situazione ablativa.

⁽²⁾ Così Corte EDU, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta c. Italia* e, nello stesso senso, Corte EDU, Sez. III, 9 febbraio 2006, *Prenna e altri c. Italia*, Corte EDU, Sez. I, 23 febbraio 2006, *Immobiliare Cerro s.a.s c. Italia*, rinvenibili in www.echr.coe.int.

⁽³⁾ Avvenuta con d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con l. 15 luglio 2011, n. 111.

dell'art. 43 (*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*), proponendo il modello della acquisizione coattiva ma con un procedimento considerato come alternativo all'espropriazione ordinaria come disciplinata dal d.P.R. n. 327/2001.

Si prevede, infatti, che l'autorità che utilizzi per scopi di interesse pubblico e senza titolo un bene modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità (l'atto può mancare del tutto o essere stato annullato), può disporre che esso vada acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia anche corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, il primo fissato secondo il valore venale, il secondo forfettariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene⁽⁴⁾.

Questa acquisizione viene anch'essa detta sanante, pur non perseguendo, in realtà, alcuna 'sanatoria' del trascorso comportamento illecito e illegittimo. Difatti viene configurato come un 'procedimento semplificato di espropriazione' alternativo rispetto a quello ordinario all'esito del quale il provvedimento emanato produce effetti *ex nunc*, contemplandosi altresì, oltre all'indennità per l'esproprio subito (*secundum legem* ...), anche il risarcimento del danno per il periodo di occupazione senza titolo (l'illecito commesso).

Si intende così agevolare la formazione di un titolo formale di acquisto della proprietà e, cioè, un atto motivato di acquisizione. Ove però l'amministrazione non proceda in questo senso, la proprietà non si trasferisce in capo alla stessa e rimane aperta la via della tutela restitutoria, ferma restando la risarcibilità del danno derivante dall'occupazione *sine titulo*.

È stata la Corte costituzionale, inevitabilmente chiamata a valutare la costituzionalità dell'articolo 42-*bis* e da lei confermata con sentenza 30 aprile 2015, n. 71, che ha ravvisato nella disciplina acquisitiva una sorta di

⁽⁴⁾ Il privato è sollevato dall'onere della relativa prova: Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830 e 21 maggio 2007, n. 2582; Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 1° giugno 2007, n. 466; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 1° febbraio 2011, n. 175. Sulle problematiche in materia vedasi F. FRACCHIA, *Questioni (ancora) controverse in tema di espropriazione. il danno da occupazione senza titolo: profili di giurisdizione e determinazione del quantum, considerando categorie, paradigmi e fisionomia della proprietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 565 ss.

procedimento espropriativo semplificato⁽⁵⁾, affermando che la norma elimina altresì quella situazione di *défaillance structurelle* lamentata dalla Corte EDU riguardo al fenomeno italiano delle espropriazioni indirette.

3. Effetto del pari ‘salvifico’ lo produce la decisione della Corte EDU qui segnalata.

Nello specifico, la Corte, ricostruiti i fatti e la vicenda processuale, ha formulato il principio secondo cui «il proprietario di un bene illegittimamente occupato perde lo status di vittima di una violazione dell’art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo allorquando l’autorità amministrativa acquisisca il predetto bene ai sensi dell’art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, con la conseguenza che il ricorso a tal fine eventualmente proposto dinanzi a sé è irricevibile».

I giudici di Strasburgo, precisato che spetta in primo luogo alle autorità nazionali porre rimedio a qualsiasi presunta violazione della Convenzione, procedono a verificare se un richiedente possa affermare di essere una “vittima” della violazione denunciata ai fini della verifica della ricevibilità del ricorso, indicando, a tal fine, due indicatori.

Ora, sotto un primo profilo, si afferma che una decisione o una misura favorevole al richiedente, in linea di principio, non è sufficiente a privarlo dello *status* di “vittima” ai sensi dell’art. 34 della Convenzione, a meno che le autorità nazionali non abbiano riconosciuto, espressamente o nella sostanza, una violazione della Convenzione e abbiano, altresì, concesso una riparazione per la stessa⁽⁶⁾.

Quanto al secondo aspetto, tale riparazione offerta dalle autorità nazionali deve essere adeguata e sufficiente e, in ogni caso, paragonabile alla giusta

⁽⁵⁾ Sull’intera problematica *de qua* si è fatto riferimento a F. COPPOLA, *L’evoluzione della materia delle espropriazioni e la questione circa l’ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà: la soluzione delle sentenze dell’Ad. Plen. n. 2 e n. 4 del 2020*, in www.federalismi.it.

⁽⁶⁾ Si vedano sul punto Corte EDU, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, par. 37, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Diritti politici e civili*, n. 134; Corte EDU, 12 marzo 2014, *Kurić e altri c. Slovenia*, par. 259, in www.echr.coe.int.

soddisfazione prevista dall'art. 41 della Convenzione⁽⁷⁾, ciò dipendendo da tutte le circostanze del caso concreto, con particolare riguardo alla natura della violazione della Convenzione⁽⁸⁾. Ne consegue che la questione se una persona possa affermare di essere vittima di una violazione della Convenzione comporta un esame a posteriori della sua situazione da parte della Corte⁽⁹⁾, la quale deve considerare se il ricorrente abbia o meno ricevuto una riparazione del danno subito.

Facendo applicazione degli indicati principi al caso di specie la Corte, in relazione al riconoscimento della violazione della Convenzione da parte dell'autorità (prima condizione per la perdita dello *status* di vittima), ne ha constatato la sussistenza avendo rilevato che le autorità amministrative hanno ammesso, in sostanza, una lesione dei diritti di proprietà dei ricorrenti.

Difatti, in primo luogo, i giudici italiani, nelle varie fasi del giudizio, avevano ribadito il carattere illegale delle ordinanze di occupazione e dell'alterazione dei terreni dei ricorrenti a causa della costruzione di strutture pubbliche, non in conformità con i requisiti di legge.

Ma è soprattutto nell'applicazione da parte dell'autorità dell'art.42-*bis* del TU espropri, in base al quale la proprietà dei ricorrenti è stata successivamente trasferita all'amministrazione dietro pagamento di un indennizzo, che la Corte ravvisa il requisito del 'riconoscimento della violazione', offrendo una lettura affatto innovativa della norma.

Difatti, sottolineava la Corte, la norma intitolata «Occupazione illegittima per scopi di interesse pubblico» mira a risolvere una situazione in cui un'autorità pubblica ha il possesso di fatto di un bene immobile che è stato modificato in assenza di un valido decreto di esproprio o di una dichiarazione di interesse pubblico, e, quindi, al di fuori dei limiti legali a tutela del diritto di proprietà.

Parimenti significativo appare il passaggio ulteriore dello sviluppo argomentativo della Corte EDU la quale, *ad sustinenda*, fa riferimento alla richia-

⁽⁷⁾ Cfr. Corte EDU, 29 marzo 2006, *Cocchiarella c. Italia*, in www.echr.coe.int.

⁽⁸⁾ Cfr. Corte EDU, 30 giugno 2008, *Gäffen c. Germania*, in www.echr.coe.int, par. 116.

⁽⁹⁾ Si veda Corte EDU, 12 febbraio 2013, *Armando Iannelli*, in www.echr.coe.int, par. 32.

mata sentenza n. 71/2015 della Corte costituzionale (*medio tempore* intervenuta, si ricorda, proprio nell'ambito della medesima vicenda processuale ...) rilevando come essa, nel sancire la costituzionalità dell'art. 42-*bis*, abbia affermato che la motivazione alla base della sua introduzione era derivata dalla necessità di eliminare il principio dell'espropriazione indiretta dal panorama giuridico italiano, costituendo comunque, tale misura, una *soluzione di ultima istanza* (*extrema ratio*) nel caso in cui la restituzione del terreno ai «soggetti i cui diritti di proprietà sono stati illegittimamente interferiti» non sia ragionevolmente possibile.

Ed ancora, il ristoro economico previsto ai sensi dell'articolo 42-*bis* include il pagamento di una somma per compensare i proprietari spossessati per il danno non pecuniario subito, che deriva, appunto, dal riconoscimento di un atto illecito.

Infine, sempre ai sensi dell'articolo 42-*bis*, l'autorità che emette un ordine di acquisizione deve informare la Corte dei Conti, potendo emergere profili di responsabilità dei funzionari pubblici in caso di perdite economiche subite dallo Stato a causa della loro condotta illegale.

Considerate le predette disposizioni contenute nell'articolo 42-*bis* la Corte EDU ha ritenuto che tale norma preveda, come suo presupposto, il riconoscimento di un'interferenza illegale con i diritti di proprietà (... in buona sostanza una sorta di 'ammissione di colpa') e, dunque, l'inverarsi del primo requisito per l'insussistenza dello *status* di 'vittima' della violazione del Prot.1. (si ribadisce, insufficiente essendo ad eliminare tale *status* l'emanazione di un provvedimento favorevole senza 'ammissione di colpa' ... sovviene l'efficacia 'sanante', con efficacia *ex nunc*, della acquisizione di cui al previgente art. 43).

Quanto, poi, alla seconda condizione per la perdita dello *status* di vittima, il ristoro ottenuto dai ricorrenti a livello nazionale va considerato adeguato e sufficiente, sicché anche quest'ultima viene considerata sussistente dai Giudici di Strasburgo.

Difatti, sulla scorta di decisioni precedenti riguardanti espropri di beni effettuati in assenza di una valida procedura di espropriazione, la Corte ha rilevato che, nel caso di specie, in applicazione dell'art. 42-*bis*, è stata de-

terminata una somma che riflette il valore di mercato del terreno alla data di emissione dell'atto ablatorio illegittimo⁽¹⁰⁾, ed inoltre i ricorrenti hanno ricevuto un'ulteriore somma a titolo di risarcimento per l'indisponibilità del terreno durante il periodo in cui era stato illegalmente occupato dalle autorità⁽¹¹⁾, somma che è stata calcolata, *ex art. 42-bis*, come pari agli interessi al tasso del 5% annuo sull'importo determinate come valore di mercato della proprietà. A tale importo, sempre ai sensi dell'art. 42-*bis*, è stata aggiunta una somma pari al 10% del valore di mercato dell'immobile per compensare i ricorrenti del danno non patrimoniale subito.

Ristoro considerato adeguato e sufficiente e comunque, si aggiunge, erogato non solo a titolo indennitario, come previsto per le espropriazioni, ma anche risarcitorio quale conseguenza di fatti illeciti (l'illegittima occupazione), tanto da prevedere anche il danno non patrimoniale⁽¹²⁾.

In conclusione, i ricorrenti non possono essere considerati 'vittime' di una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione ed il ricorso da loro proposto, in quanto incompatibile *ratione personae* con le disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli ai sensi dell'articolo 35, par. 3, lett. a), va dichiarato irricevibile conformemente all'articolo 35, par. 4, della medesima Convenzione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, sino ad oggi, non aveva affrontato esplicitamente il problema della compatibilità dell'istituto dell'acquisizione coattiva con i principi sanciti dall'articolo 1, Prot. n.1 della Convenzione,

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, 22 dicembre 2009, *Guiso-Gallisy*, in *Rep. Foro it.*, 2011, *Diritti politici e civili*, n. 192, par. 96 e 105; ma v. anche Corte EDU, 22 gennaio 2009, *Stojanovski e altri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, in *www.echr.coe.int*, nonché Corte EDU, 12 febbraio 2013, *Armando Iannelli*, cit., par. 35-37.

⁽¹¹⁾ *Ex multis*, Corte EDU, 9 febbraio 2017, *Messana c. Italia*, in *www.echr.coe.int*, par. 58; Corte EDU, 22 dicembre 2009, *Guiso-Gallisy*, cit., par. 110.

⁽¹²⁾ Sul danno da perdita del possesso di immobile e sulle tecniche di liquidazione del danno si veda Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, in *Foro it.*, 2022, I, c. 3625, con nota di R. PARDOLESI. Sulla problematica sia consentito altresì il rinvio a S. PIERONI, *Il quantum debeatur nella fattispecie espropriativa-acquisitiva tra indennizzo e risarcimento*, in *Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione*, a cura di L. Cassetti, Perugia, 2016, p. 139 ss., consultabile in *diritti-cedu.unipg.it*.

ravvisandosi solo alcune decisioni con cui la Corte aveva sanzionato, in *obiter dictum*, la recezione per via normativa del meccanismo dell'occupazione acquisitiva tramite la (diversa) disciplina contenuta nell'art. 43 del TU sull'espropriazione.

Né, per vero ciò avviene in maniera diffusa in questa sede, ove tuttavia legittima e disvela, ai fini del giudizio sulla eventuale lesione del Prot.1, una particolare *ratio* del 42-*bis*, ovvero la sua natura di 'riconoscimento di colpevolezza' per aver posto in essere l'autorità una attività illegittima/illicita, con conseguente previsione del rimedio, sia procedimentale che patrimoniale, nel medesimo articolo. E ciò è quanto basta per il caso concreto, poiché, nella valutazione della norma, dimostrando un'apertura al dialogo da sempre sottesa e attesa nelle pronunce delle Supreme Giurisdizioni, il *decisum* pare rinviare alle motivazioni contenute nella sentenza costituzionale n. 71/2015, pur acquisendo esplicitamente solo due particolari argomentazioni della medesima.

Così operando, peraltro, i Giudici di Strasburgo sembrano richiamare l'attenzione delle autorità italiane sulla circostanza che quel procedimento deve costituire una "soluzione di ultima istanza", da seguire unicamente nei casi in cui la restituzione del terreno ai soggetti lesi nei propri diritti non sia ragionevolmente possibile, trattandosi di procedimento volto ad eliminare l'espropriazione indiretta: una sorta di *memento* per la p.a. affinché il 42-*bis* non venga considerato come procedimento di esproprio 'alternativo' nella generalità dei casi.

Invero, trattasi di una decisione che, per un verso, ci conforta, perché sembrerebbe aver definitivamente riconosciuto la legittimità dell'art. 42-*bis* e aver risolto una certa tensione tra le Corti in materia, ma dall'altro non manca di lasciare un senso di delusione proprio per la stringatezza delle argomentazioni, per quanto indubbiamente adeguate al caso concreto.

Forse avrebbe potuto spendere qualche parola di più, anche solo quale stimolo per il legislatore su possibili profili di criticità della disciplina, già evidenziati dalla dottrina e ad oggi non risolti.

Si pensi alla mancanza di termini certi del procedimento acquisitivo *ex post*; al fatto che quella valutazione comparativa degli interessi, pur necessaria

e stringente⁽¹³⁾, non può tuttavia consentire di considerare la motivazione *ex art. 42-bis* equivalente alla dichiarazione di pubblica utilità, propria del procedimento tipico di espropriazione ove si consideri, altresì, che tale procedimento, proprio per questo svolgimento ‘a posteriori’, rischia di rendere solo formale, per lo più, la partecipazione del privato una volta avvenuta la trasformazione irreversibile del fondo o la realizzazione dell’opera pubblica.

4. La sentenza della Corte EDU, per quanto molto attesa e ‘allineata’ alle conclusioni della Corte Costituzionale quanto alla piena legalità dell’art. 42-*bis*, non convince pienamente, legittimando anch’essa (*ob relationem*) una espropriazione semplificata successiva ad un comportamento della p.a. lesivo del diritto di proprietà, in quanto privo di un pregresso procedimento espropriativo *in buona e debita forma*.

Difatti, nonostante le vincolanti prescrizioni dell’art.42-*bis* (e della Consulta ...), il *nuovo* potere espropriativo trae origine da un comportamento illecito, consentendosi all’amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio (con la riedizione del potere e la nuova valutazione degli interessi) una situazione di fatto derivante da azioni illegali.

Tutto questo, si ricorda, attraverso un istituto utilizzabile *sine die*, potendo semmai il privato tutelarsi, per risolvere lo stato di incertezza, sollecitando l’esercizio dei poteri di cui all’art. 42-*bis* per poi attivare il rimedio del ricorso avverso il silenzio⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Sulla partecipazione rafforzata del privato al procedimento di emanazione del provvedimento di acquisizione straordinaria v. Cass., Sez. un., 6 febbraio 2019, n. 3517, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1644.

⁽¹⁴⁾ Il privato coinvolto in una vicenda di occupazione e irreversibile trasformazione resta titolare di un diritto di proprietà mai estinto, di talché non può attribuirne la proprietà all’amministrazione, se non attraverso un contratto traslativo, di natura transattiva o, appunto, l’applicazione dell’art. 42-*bis* (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 2) Questa la decisione cui è giunta l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, concludendo un dibattito sorto negli ultimi anni sulla possibilità di trasferire unilateralmente la proprietà di quel bene alla p.a., mediante azione risarcitoria che, appunto, avrebbe prodotto un effetto estintivo (per il privato) del diritto di proprietà e traslativo di quel diritto in capo alla p.a. L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non condivide, invece, la possibilità di configurare la rinuncia abdicativa, trattandosi di un istituto privo di uno specifico fondamento normativo nell’am-

L'art. 42-*bis* parrebbe forse trovare riscatto in questa lettura offerta dalla sentenza a margine che ne evidenzia il profilo riparatorio al mancato rispetto del procedimento ordinario, prospettandolo come 'ammissione di colpevolezza' da parte della p.a. con le conseguenze risarcitorie, indennitarie, finanche restitutorie, ivi previste.

In questa valutazione della norma, per così dire 'riparatoria della colpevolezza', soccorre altresì il preciso obbligo motivazionale che deve sostenere il nuovo provvedimento proprio avuto riguardo alla valutazione degli interessi attuali (pubblici e privati) con riferimento alla impossibilità di restituire il bene, ove si consideri che il ritardo non è sempre indice di disinteresse alla realizzazione di quell'opera pubblica, la quale può subire intralci burocratici e di fatto.

Non va dimenticato, tuttavia, come accennato, che l'opportunità di utilizzo e di conseguente acquisizione dei suoli viene valutata a posteriori, facendo assumere all'interesse pubblico una valenza dominante, essendo difficile ipotizzare che, a fronte dell'asservimento dell'immobile alla pubblica utilità (anche solo in via di fatto), possa sussistere un interesse privato in grado di prevalere⁽¹⁵⁾.

Si spera (l'ottativo è d'obbligo ...) nella effettiva eccezionalità di tale 'procedimento semplificato', cui ricorrere solo come *extrema ratio* nel caso in cui la restituzione del terreno ai "soggetti i cui diritti di proprietà sono stati illegittimamente interferiti" non sia ragionevolmente possibile, sì da non divenire un'alternativa consueta alla espropriazione adottata secondo «buona e debita forma».

bito della materia delle espropriazioni per p.u.: «per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-*bis* TUE, l'illecito permanente dell'Autorità viene meno nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva e la rinuncia abdicativa non può essere ravvisata».

⁽¹⁵⁾ Identicamente a quanto avveniva con l'art. 43: v. F. GOGGIAMANI, *Limiti scritti e non scritti all'art. 43 del Testo unico 327 del 2001*, in *Foro amm. - Tar*, 2005, c. 1679 ss. Si consideri che il giudice amministrativo ha affermato che la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato sia ravvisabile *in re ipsa* nel caso di completamento dell'opera (T.A.R. Calabria, Sez. I, 2 febbraio 2006, n. 84) o quando la possibilità di restituzione delle aree sulle quali l'opera è stata realizzata sia da considerare "solo ipotetica" (Cons. Stato, Sez. IV, 3 settembre 2008, n. 4112).

Filium alienum suscipere. *A margine di un passo di Paolo*

[CARLO LORENZI^(*)]

SOMMARIO: 1. Il *principium* di D. 45.1.132. – 2. L'espressione *filium alienum suscipere*.

1. Se nel Digesto e nelle compilazioni giuridiche tardoantiche si possono rinvenire testimonianze e provvedimenti in cui viene fatto riferimento a soggetti affidati alla cura di persone estranee per essere cresciuti, alla stregua di propri discendenti⁽¹⁾, un'eventualità di tale genere sembra potersi riconoscere anche in un noto passo di Paolo:

D. 45.1.132 pr. PAUL. 15 Quaest. *Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem, si eum aliter quam ut filium observasset. Quaero, si postmodum domo eum propulerit vel moriens nihil ei testamento reliquerit, an stipulatio committetur, et quid intersit, utrum filius an alumnus vel cognatus agentis fuerit. Praeterea quaero, si filium suum quis legitime in adoptionem dederit et ita, ut supra scriptum est, stipulatio intercesserit eumque pater adoptivus exheredaverit vel emancipaverit, an stipulatio committatur. Respondi: stipulatio utilis est in utroque casu: igitur, si contra conventionem factum sit, committetur stipulatio. Sed videamus primum in eo, qui legitime adoptavit, an possit committi, si eum exheredaverit vel emancipaverit: haec enim pater circa filium solet facere: igitur non aliter eum quam ut filium observavit. Ergo exheredatus de inofficioso agat. Quid ergo dicemus, si et meruit exheredari? Emancipatus plane et hoc remedio carebit. Quare sic debuit interponi stipulatio, ut, si eum emancipasset vel exheredasset, certum quid promitteret. Quo tamen casu commissa stipulatione potest quaeri, an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso? Maxime, si patri naturali heres extitisset, an victo denegan-*

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Per la loro individuazione v. *infra*.

da est ex stipulatu actio? Sed si ei, qui stipulatus est, non debuit denegari victo filio, nec ipsi deneganda erit debita pecuniae exsecutio. In eo autem, qui non adoptavit, quem intellectum habeat haec conceptio “si eum aliter quam ut filium observasset”, non prospicio: an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed si is, qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio iure in eo, qui haec non fecit, dicit supervacuo: dici tamen poterit commissam esse stipulationem.

Il complesso testo paolino si presta, in realtà, ad essere preso in considerazione da angolazioni diverse. Ciò che qui si vuole porre sotto osservazione è, tuttavia, l'utilizzazione dell'espressione *filium alienum suscipere*⁽²⁾.

⁽²⁾ In relazione a profili che, più o meno direttamente, possono collegarsi a questo aspetto v., in particolare, L. MITTEIS, *Adoptionsurkunde vom Jahre 381 A.D.*, in *APF*, 3, 1906, p. 182 s.; P. MORIAUD, *De la simple famille paternelle en droit romain*, Genève, 1910, p. 104, nt. 76; C.G. BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, Lund, 1912, p. 19 s.; H. PETERS, *Rec. di C.G. BERGMAN, Beiträge zum römischen Adoptionsrecht* (1912), in *ZSS*, 33, 1912, p. 583 s.; B. PITZORNO, *L'adozione privata*, Perugia, 1914, p. 66 e nt. 1 *ibidem*; S. CUGIA, *Profili del tirocinio industriale*, Napoli, 1922, pp. 61 s. e 75 s.; A. ALBERTONI, *L'apokeryxis. Contributo alla storia della famiglia*, Bologna, 1923, p. 90 s.; M. WURM, *Apokeryxis, Abdicatio und Exhereditatio*, München, 1972, p. 82 s.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, 2, München, 1975², p. 211, nt. 31; P. FREZZA, *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'alto medioevo e negli scritti di giuristi romani*, in *SDHI*, 42, 1976, p. 232 ss.; P. VOGLI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31, 1980 (ora anche in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985), p. 44 nt. 41; M. KURYLOWICZ, *Adoption on the Evidence of the Papyri*, in *JJP*, 19, 1983, p. 65; B. RAWSON, *Children in the Roman familia*, in *The Family in Ancient Rome* (ed. B. Rawson), London-Sidney, 1986, p. 174; H.S. NIELSEN, *Alumnus: A Term of Relation Denoting Quasi-adoption*, in *C&M*, 38, 1987, p. 155; P.R.C. WEAVER, P.I. WILKINS, *A Lost Alumna*, in *ZPE*, 99, 1993, p. 244, nt. 17; A. SMODLAKA KOTUR, *Alumni. Legal Status in Roman Dalmatia (The Dalmatian Evidence)*, in *RIDA*, 41, 1994, p. 403; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, 2, Milano, 1995, p. 41 s.; J.F. GARDNER, *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford, 1998, p. 95 s.; M. MIGLIORINI, *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, 2001, p. 87 s.; A. D'ORS, *La afiliación del alumnus*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, hrsg. von M.J. Schermaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel, Köln-Weimar-Wien-Böhlau, 2002, p. 153; S. SCIORTINO, *C. 8.46.6: brevi osservazioni in tema di abdicatio ed apokeryxis*, in *AUPA*, 48.2, 2003, p. 335, nt. 4; S. RUIZ PINO, *La vertiente inspublicista de la institución adoptiva en derecho romano y su proyección en el derecho español*, Madrid, 2013, p. 207; L. DI LEO, *Nullità ed inutilità con particolare riferimento alla stipulatio*, diss., Roma, 2014, p. 205 ss.; Σ.Μ. ΤΖΩΡΤΖΑΚΑΚΗ-ΤΖΑΡΙΑΔΟΥ, *Ο θεσμός της datio in adoptionem. Από το αρχαιότερο*

Il passo riguarda una questione affrontata da Paolo relativamente all'interpretazione di una *stipulatio* e alle sue conseguenze. Si dà il caso di una persona che accoglie un figlio altrui con l'accordo di trattarlo non diversamente da un figlio proprio⁽³⁾. Il quesito che si pone riguarda ciò che debba avvenire se il ricevente non rispetti quanto convenuto: ad esempio, se cacci di casa colui che gli è stato affidato o se, cessato di vivere, nulla gli abbia lasciato per testamento. In tal caso l'accordo si potrebbe considerare violato e, dunque, la *stipulatio* esigibile? E quale differenza vi sarebbe se si trattasse di un figlio, di un *alumnus* o di un *cognatus* di chi agisse? Si affaccia poi l'ulteriore questione che riguarda il caso della conclusione di una *stipulatio*, come quella sopra considerata, allorché un proprio figlio sia stato dato *legitime* in adozione e il padre adottivo lo abbia diseredato o emancipato. Il giurista, immediatamente, afferma che in entrambe le situazioni considerate la *stipulatio* è *utilis*, per poi passare a valutazioni più specifiche.

Anzitutto considera se la stipulazione possa avere effetto anche quando il figlio adottivo venga diseredato o emancipato da colui che lo abbia legittimamente adottato. Ora, per Paolo, è chiaro che un padre, rispetto al proprio figlio possa farlo e, dunque, il padre adottivo che così si comporti

Ρωμαϊκό Δίκαιο στη μεταρρύθμιση του Ιουστινιανού, Θεσσαλονίκη, 2008, p. 203 ss.; S. PULIATTI, *Matrimonio e vincoli da parentela spirituale in età tardoantica*, in *Diritto@Storia*, Memorie 13, 2015, <https://www.dirittoestoria.it/13/memorie/Puliatti-Matrimonio-vincoli-parentela-spirituale-tardoantica.htm> nt. 5; M.A. LIGIOS, *Le schiave ornatrici in D. 32.65.3 (Marcian. 7 inst.): considerazioni su lavoro artigianale e valori etici nella riflessione giurisprudenziale classica*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, 4, Tricase, 2016, p. 303, nt. 15; A. MIRABELLA, *L'apokéryxis (Αποκήρυξις) e l'autorità paterna nella Grecia antica*, in *Iura & Legal Systems*, 6/2, 2019, p. 21, nt. 6. Si veda, altresì (in riferimento all'adozione), la citazione del passo in E. VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo d.C.*, in *BIDR*, 49, 1966 (ora anche in *Scritti giuridici*, 2, Napoli, 1991), p. 150, nt. 42; e, più ampiamente, C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, 1, Milano, 1990, p. 420 s. Cfr. inoltre P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, I. Diritto di famiglia* (1925), rist., Milano, 1963, p. 48, ntt. 2 e 83.

⁽³⁾ La clausola chiave dell'accordo è quella di "non trattarlo in modo diverso rispetto a un figlio". Questa condizione introduce una tensione interpretativa: cosa significa concretamente "trattare come un figlio"? Paolo si volgerà successivamente, in relazione al caso di un figlio adottato, ad analizzare i limiti dell'autonomia del *paterfamilias*, interrogandosi su quali atti (come diseredazione o emancipazione) possano essere considerati compatibili con tale promessa.

nei confronti dell'adottato non lo tratterebbe in maniera diversa da un proprio figlio naturale. Di seguito scende in particolari riguardanti l'eventualità della diseredazione⁽⁴⁾. Solo più avanti giunge ad occuparsi di colui che non avesse formalmente adottato il figlio altrui, esprimendo la sua difficoltà nel comprendere il senso dell'espressione "se lo trattasse in modo diverso da un figlio". Forse che in questo caso – si domanda – si dovrebbe richiedere la diseredazione o l'emancipazione che sono atti non attuabili da parte di un estraneo? Tuttavia, prosegue, se chi ha legittimamente adottato non contravviene alle parole della stipulazione, esercitando un diritto paterno nei confronti del figlio, di chi non compie tali atti è perfino inutile parlare. A questo punto, Paolo si avvia a concludere il *principium* del frammento "in modo

⁽⁴⁾ Pertanto, osserva il giurista, il figlio adottato che sia stato diseredato potrebbe agire *de inofficioso*. Cosa dire – continua – se, però, la diseredazione fosse meritata? Nel caso, poi, dell'emancipato, a questi non sarebbe spettato nemmeno tale rimedio. Di conseguenza, afferma Paolo, la stipulazione avrebbe dovuto essere formulata in modo tale da prevedere che, se il padre adottivo avesse emancipato o diseredato l'adottato, avrebbe dovuto promettere una somma certa. Paolo, dunque, critica implicitamente la genericità della stipulazione. Egli osserva che, per evitare ambiguità, la clausola avrebbe dovuto prevedere espressamente una conseguenza economica nel caso in cui l'adottante diseredasse o emancipasse il figlio. Questa osservazione rivela l'importanza, per il giurista, di definire con precisione le condizioni e le conseguenze di un contratto. In assenza di una formulazione chiara, infatti, l'interpretazione diventa complessa. Il testo mette in evidenza una tensione fondamentale tra il diritto contrattuale e il diritto familiare romano: da un lato, il contratto consente alle parti di stabilire obblighi e conseguenze economiche in base alla loro autonomia; dall'altro, l'adozione è regolata dal diritto familiare, che attribuisce al *paterfamilias* poteri specifici sui figli, compresi quelli adottivi. Paolo si adopera per bilanciare questi due ambiti, suggerendo che l'autonomia contrattuale non può genericamente annullare i poteri legittimi del *paterfamilias*, poi si spinge a configurare il caso in cui questi vengano limitati da condizioni della stipulazione formulate in modo chiaro e univoco.

Il discorso del giurista continua, ma sembra qui annebbiarsi la fattispecie da cui era partito, cioè quella di un accordo fra chi accoglieva presso di sé il figlio altrui e colui che glielo aveva consegnato, al di là della rilevanza giuridica del rapporto fra l'accipiente e l'affidato/adottato. Nel caso in cui, dunque, la stipulazione sia stata formulata nel modo sopra indicato e l'accordo venga violato, prosegue Paolo, ci si potrebbe chiedere se al diseredato sia consentito agire *de inofficioso*, e ancora, in particolare, se, uscitone sconfitto, fosse diventato erede del padre naturale, si dovrebbe negare l'*actio ex stipulatu*. Tuttavia, rileva il giureconsulto, se a colui che ha stipulato l'accordo non è da negare l'azione, essendo rimasto soccombente il figlio, nemmeno a questi si potrà negare l'esecuzione della somma dovuta.

strano”⁽⁵⁾ dichiarando che, tuttavia, si potrà dire che la *stipulatio* sia *commissa*.

2. L'utilizzazione, nel passo paolino, dell'espressione *filium alienum suscipere* appare, per la maggior parte di coloro che se ne sono occupati, piuttosto ambigua e sfuggente. Non pochi sono quelli che hanno inteso vedere in essa un riferimento alla *υιοθεσία* greca⁽⁶⁾, spesso accostata all'*adoptio* romana⁽⁷⁾ e ravvisata, principalmente, in documenti papiracei quali, ad esempio, P. Oxy. IX, 1206⁽⁸⁾

⁽⁵⁾ Così J.F. GARDNER, *Family and Familia*, cit., p. 95 s.: «Nevertheless, he [Paul] continues oddly, 'it will be able to be said that stipulation takes effect'. These last words – continua la studiosa – perhaps suggest that in Paul's view, where there was non adoption, and therefore no legal relationship, 'treating like a son' can bear only the meaning of showing some, albeit unspecified, kindness beyond what would normally be shown to person unconnected either by blood or by *familia* membership». D'altra parte, aggiungerei, Paolo sembra dallo stesso punto di vista anche rispetto al caso dell'adozione. Per M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 44 s., si tratta di una stipulazione comunque priva di efficacia in quanto «il negozio si presta ad essere considerato un patto successorio» *de facto*, producendo, cioè, una limitazione, ora per allora, della libertà di testare.

⁽⁶⁾ Fra questi, si possono ricordare L. MITTEIS, *Adoptionsurkunde*, cit., p. 182 s.; P. MEYER, *Juristische Papyri Erklärung von Urkunden zur Einföhrung in die juristische Papyruskunde*, Berlin, 1920, p. 22; R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri, 332 b.C.-640 a.D.*, New York, 1944, p. 101, nt. 19; A. ALBERTONI, *L'apokeryxis*, cit., p. 91 s.; M. KURYLOWICZ, *Adoptio prava rzymskiego. Rozwój i zmiany w okresie poklasycznym i justynianskim*, Lublin, 1976, pp. 49 e 75; ID., *Adoption on the Evidence*, cit., pp. 65, 71 e 73 s.; M. WURM, *Apokeryxis*, cit., p. 82 s.

⁽⁷⁾ Per una ricognizione delle posizioni della dottrina in proposito, vale la pena rinviare a M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 87 ss.

⁽⁸⁾ P. OXY. IX, 1206 (Oxyrinchus, a. 335):
 ύπατειας Ιουλίου Κωνσταντίου πατρικίου ἀ[δ]ελφοῦ τοῦ δε[σ]πότου ἡμῶν
 [Κ]ωνσταντίνου Αὐγούστου καὶ Ρουφίου Ἀλβίνου τῶν λαμπ(ροτάτων).
 Αὐρήλιοι Ἡρακλῆς Ἀράσιος τὸ ἐφέστιον ἔχω[ν ἐν] τ[ῆ] λαμπ(ρᾶ) καὶ λαμπ(ροτάτη)
 Ὀξυρυγ[χ(τῶν)]
 πόλει καὶ ἡ συνοῦσα γυνὴ Ἀσάριον Ἀγάθωνος ἀπὸ τ[ῆ]ς αὐτῆς πόλεως
 5 καὶ Αὐρήλιος Ὀρίων Ὀρίωνος ἀπ[ὸ τῆ]ς [αὐ]τῆς πόλεως ἀλλήλοις
 χαίρειν. ὁμολογοῦμεν ἡμῖς [μὲν ὃ τ]ε Ἡρακλῆς καὶ ἡ γ[υ]νὴ Εἰσάριον ἐκδε-
 δωκένα σοὶ τῷ Ὀρίωνι τὸν ἐξ [ἡμ]ῶν υἱὸν Πατερ[μ]ουῦθ[ιν] ὡς ἐτῶν
 δύο εἰς υἰοθεσίαν, ἐμὲ δὲ τὸν [Ὀρίων]α ἔχειν τρ[ὶ]τον γνήσιον
 υἱὸν πρὸς τὸ μένειν αὐτῷ τὰ ἀπ[ὸ τῆ]ς διαδοχῆς τῆς κληρονομίας
 10 μου δίκαια, καὶ οὐκ ἐξέστε μοι τοῦτον ἀπόσασθαι οὔτε εἰς

e P. Lips. 28⁽⁹⁾. Tuttavia, come ha particolarmente messo in luce il Miglio-

δουλαγωγείαν ἄγειν διὰ τὸ εὐγενῆ αὐτὸν εἶν[α]ι κ[αί] ἐξ εὐγενῶν
γονέων ἔλευθέρων, ὥσπερ οὐδὲ καὶ ἡμί[ν] τῶ τ|ε Ἡρακλείῳ καὶ
τῇ γυνεκί Εἰσαριῇ ἐξέστε τὸν παῖδα ἀποσπᾶν ἀπ[ὸ] σο[ῦ] τοῦ Ὁρίωνος
διὰ τὸ ἀπαξιαπλῶς εἰς ὑειοθεσίαν ἐκδεδωκέναι [σοι α]ὐτὸν, οὐδ' αὖ
15 μετὰ ταῦτα ἐξέστε]ε τινὶ παραβένειν τὰ ἐνγε[γ]ραμμένα διὰ
τὸ ἐπὶ τούτοις συνπεπῖσθαι καὶ συντεπῖσθαι. κύρια τὰ τῆς ὑειο-
θεσίας γράμματα [δισσ]ὰ γραφέντα πρὸς τὸ ἐκάτερον μέρος
ἔχειν μοναχόν, καὶ ἐπερωτηθέντες ὑπ' ἀλλήλων ὠμολόγησα(μεν).
ὑπατείας τῆς προκ(ειμένης) Φαρμουῦθι

20 (Π *manus*) [Ἀὐρ]ήλιος Ὁρίων παρείληφα τὸν παῖδα εἰς ν|
[καί] ἀπογράφομαι αὐτὸν εἰς ἑμαυτοῦ γνήσιο[ν] υἱὸν πρὸς τὸ
[μέν]ιν αὐτῶ τὰ ἀ[πὸ] τῆ]ς διαδοχῆς ἐκ κληρ[ο]ν[ομίας] μου|
[ὡς] πρόκειται, καὶ ἐπ[ε]ρωτηθ(εῖς) ὠμολόγησα. Ἀ[ὐρ]ήλιος. . . .]
[ἔ]γραψα ὑπ(ἐρ) αὐτοῦ γράμμ(ατα) μὴ εἰδότης.
Riferimenti bibliografici in M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 13 ss.

⁽⁹⁾ P. LIPS. 28 (Hermoupolis Magna, a. 381):

[ὑπα]τείας Φλαυίων Εὐχερίου τοῦ λαμπροτάτου καὶ Συναγρίου τοῦ λαμπροτάτου
ἐπάρ[χ]ου Τῦβι ε.
[Ἀ]ὐρήλιοι Τεεὺς Παήσιος μητρ[ὸ]ς Θαήσιος ὡς (ἐτῶν) ξ, οὐλὴ γόνατ[ι] ἀριστερῶ
[ἀπὸ] κώμης Ἄρεως τοῦ Ἑρμουπολείτου μετὰ συνεστῶτος οὗ ἔκο[ῦ]σα ἑμαυτῇ
5 παρῆνεγκα τοῦ καὶ γράφοντος ὑπὲρ ἑμοῦ μὴ εἰδυῖνης γράμματα [Ἀ]ὐρηλίῳ
Προ[ο]ῦτος Κουλῶτος κωμάρχου ἀπὸ τῆς αὐτῆ[ς] κώμης Ἄρεω[ς] καὶ Σιλβαν[ὸ]ς
Πε[τ]ῆσιος υἱὸς τῆς προκειμένης Τεεῦτος ἐξῆς ὑπογράφων ἀποτακτικὸς
[ἀ]πὸ τῆς αὐτῆς κώμης Ἄρεως ἀλλήλοις χαίρειν. ἐπειδὴ ὁ μειζότερος
[υ]ί[ὸ]ς ἑμοῦ τῆς προκειμένης Τεεῦτος τελευτῶν Παπνουθίου τὸ ὄνομα
10 κ[α]τέλειψε[ν] υἱὸν Παῆσιν τὴν προσηγορίαν ὡς (ἐτῶν) ι πλείω ἔλατ[το]ν, ἔδοξεν δὲ
[ὡς]τ' ἐμὲ τὸν [ἀ]δελ[φ]ὸν αὐτοῦ Σιλβανὸν κατ' εὐσεβίαν τοῦτον τὸν παῖ[δ]α ἔχειν
[καθ'] ὑιοθεσίαν πρὸς τὸ δύνανσθαι ἀνατρέφεσθαι εὐγενῶς καὶ γνησίως, κατ[ὰ] τ[ο]ῦτο
[ὁμο]λο[γοῦ]με[ν] ἐ[γ]ὼ μὲν ἢ Τεεὺς π[α]ρ[α]δεδωκέναι σοὶ [τ]ῶ Σιλβανῶ τὸν μνημονευθέν-
τα παῖδ[α] πρ[ὸ]ς υἱοθεσίαν μετ[ὰ] τῆ[ς] πατρῶας αὐτοῦ [κ]λη[ρο]νομίας καὶ μη[τρ]
ρῶ[α]ς ἔν τε γηδί-
15 οἰς καὶ οἰκοπέ[δο]ις καὶ ἐνδομενικοῖ[ς] διαφοροῖς εἴδεσι πρ[ὸ]ς τὸ εἶναι σοῦ υἱ[ὸ]ν
γνήσιον καὶ πρω-
τότοκον ὡς ἐξ ἰδίου αἵματος γεννηθέντα σοι, ἐγὼ δὲ ὁ Σιλβανὸς παρειληφέναι παρὰ
σοῦ τῆς μητρὸς μου Τεεῦτος τὸν προκείμενον υἱὸν Παπνουθίου πρὸς ν ὄνπερ
θρέψω καὶ ἱματιζῶ εὐγενῶς καὶ γνησίως ὡς υἱὸν γνήσιον καὶ φυσικὸν ὡς
ἐξ ἐ[μ]οῦ γενόμενον, παρειληφέναι δὲ καὶ τὰ πατρῶα αὐτοῦ πράγματα καὶ μητρῶα ἔν τε
20 γη[δ]ίοις καὶ οἰκοπέδοις καὶ ἐνδομενικοῖς διαφοροῖς σκεύεσει ἐπὶ τῶ με ταῦτα αὐτῶ
δια-

rini⁽¹⁰⁾, non può riconoscersi una precisa corrispondenza fra l'*alienum filium suscipere* e la υίοθεσία. A quest'ultima espressione è infatti da connettere un significato tecnico-giuridico che non si riscontra nel caso della parola *susceptio* che nelle fonti «ha il senso di educare, allevare o crescere qualcuno come figlio indipendentemente dalla qualificazione giuridica del rapporto che lega il *susceptor* al *susceptus*»⁽¹¹⁾. In sostanza, mentre l'*adoptio* e la υίοθεσία sono strumenti giuridici attraverso i quali si mira alla formale introduzione di un soggetto in un diverso nucleo familiare, creando in tal modo anche aspettative successorie derivanti dall'assunzione della qualità di erede, la *susceptio filiorum* consiste nel semplice affidamento di un figlio ad altri perché questi se ne prenda cura.

φυλάξει καὶ ἀποκαταστήσει αὐτῷ ἐνήλικι γενομένῳ μετὰ καλῆς πίστεως, εἶναι δ' αὐτὸν καὶ τῶν ἐμῶν πραγμάτων κληρονόμον υἰοθετηθέντα μοι ὡς προεῖρηται. ἡ υἰοθεσία κυ[ρία δ]ισσῆ

γραφείσα ὁμοτύπως πρὸς τὸ παρ' ἐκ[άσ]τω ἡμῶν εἶναι μοναχὸν πρὸς ἀσφάλειαν κ[α]ὶ ἐπερ(ωτηθέντες) ὠμολογή(σαμεν).

(II *manus*) Αὐρή[λ]ι[α Γ]εεὺς Παήσι[ο]ς ἡ προκειμένη ἐθέμην τὴν υἰοθεσί[α]ν καὶ εὐδοκῶ καὶ π[ι]θ[ο]μοὶ π[ᾶ]σι τοῖς

25 ἐγγ[εγρα]μμέν[ο]ις ὡς πρόκειται. Αὐρήλιος Προὺς Κουλῶτ[ο]ς κωμάρχας ὁ προκειμέ[νο]ς

συν[έ]σ[τη]ν αὐτῇ καὶ ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῆς γράμματα μὴ εἰδ(ούσης). (III *manus*) Αὐρήλιος Σιλβανὸς Πε[τ]ήσιος ὁ προκει-
μενος ἀ[π]ο[τ]α[τ]ικὸς ἐθέμην τὴν υἰοθεσίαν καὶ παρίληφα τὴν πατρῶαν αὐτ[ο]ῦ κληρονομίαν

κα[ὶ] μ[η]τρῶαν καὶ εὐδοκῶ καὶ π[ι]θ[ο]μαι πᾶσι τοῖς ἐγγεγραμμένοις ὡς πρόκειται. (IV *manus*) δι' ἐμοῦ Φιλοσαρά[π]ιδος ἐγρά(φη).

Per riferimenti bibliografici v. M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit. pp. 61 ss. Il testo è considerato da B. PIZZORNO, *L'adozione privata*, cit., p. 57, come un esempio di attuazione di quella che egli definisce come "adozione privata" in ambito romano.

⁽¹⁰⁾ V. M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 87 ss.

⁽¹¹⁾ M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 95. L'autore si pone poi il problema della relazione fra l'*alienum filium suscipere* e l'atto del *tollere liberos*. Senza qui entrare nel merito delle questioni attinenti al *tollere liberos*, mi sembra che l'interrogativo, nello specifico, non abbia motivo di porsi. Direi, infatti, che per definizione il *tollere liberos*, atto il cui compimento compete tipicamente al *paterfamilias*, sia pure, eventualmente, per il tramite di altra persona, quale una levatrice che riceve l'ordine dal padre, sia rivolto all'accoglimento del proprio figlio nella comunità familiare, mentre nel caso della *susceptio* di cui sopra la fattispecie riguarda un figlio altrui.

In tal senso l'insistenza di Paolo nell'utilizzare l'avverbio *legitime* (*filium suum quis legitime in adoptionem dederit et qui legitime adoptavit* ripetuto per due volte nel passo)⁽¹²⁾ è orientata a fare percepire, nella maniera più chiara, come vi sia una netta diversità, sul piano giuridico, tra *adoptio* e *susceptio*, rimanendo, quest'ultima, una figura non riconducibile a un modello negoziale⁽¹³⁾.

La Russo Ruggeri, in maniera piuttosto isolata, ritiene, a proposito del passo di Paolo, che esso costituisca la dimostrazione di come in Roma fosse diffusa la pratica di effettuare *susceptiones filiorum* accompagnate da apposite stipulazioni⁽¹⁴⁾. Da questo punto di vista, tuttavia, non credo che la *susceptio* debba essere rappresentata come necessariamente connessa alla conclusione di *stipulationes* accessorie, trovo, invece, interessante e significativo accostarla alle forme di affidamento di figli e di *servi* alle cure altrui delle quali troviamo traccia sia nel Digesto⁽¹⁵⁾ sia nei Codici Teodosiano e Giustiniano, così:

D. 32.99.3 (Paul. sing. de instrumenti significatione) *Eum, qui natus est ex ancilla urbana et missus in villam nutriendus, interim in neutris esse quidam putant: videamus, ne in urbanis esse intellegatur, quod magis placet.*

⁽¹²⁾ Non convincente pare l'opinione di P. MORIAUD, *De la simple famille paternelle en droit romain*, Parigi, 1910, p. 105 s., secondo cui *legitime* rappresenterebbe un'inserzione dei commissari giustiniani che così facendo avrebbero voluto precisare il riferimento alla *adoptio plena*. In proposito osserva B. PITZORNO, *L'adozione privata*, cit., p. 66, nt. 1, che, comunque, pur volendo ammettere l'interpolazione, «non per questo cade la contrapposizione [...] fra l'*adoptio* con la clausola *si eum aliter quam ut filium observasset* e il *filium alienum suscipere* con la medesima clausola».

⁽¹³⁾ In questo senso si esprime anche C. RUSSO RUGGERI, *La datio*, cit., p. 45, che trova l'avverbio «perfettamente a posto ed oltremodo indicativo, giacché evidenzia l'intento del giurista di voler contrapporre l'adozione del *ius civile* a queste pratiche di assunzione di figli altrui non effettuate *legitime* e, dunque, irrilevanti quali adozioni sul piano dell'ordinamento civile».

⁽¹⁴⁾ V. C. RUSSO RUGGERI, *La datio*, cit., p. 44. La studiosa (EAD., *La datio*, cit., p. 22 ss.) ritiene, inoltre, che gli atti negoziali contenuti nei papiri greco-egizi (P. OXY. IX, 1206 e P. LIPS. 28) sarebbero il risultato di una recezione della pratica romana e non viceversa, come, più in generale, la dottrina è invece portata ritenere.

⁽¹⁵⁾ Da parte di giuristi che hanno operato durante il principato e che dovevano avere ben presente il retaggio di prassi più risalenti.

D. 50.16.210 (Marcian. 7 inst.) *Is, qui natus est ex mancipiis urbanis et missus est in villam nutriendus, in urbanis servis constituetur.*

D. 19.5.13.1 (Ulp. 30 ad Sab.) *Iulianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorreere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem Iulianus dandam, id est praescriptis verbis. ergo si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas. Idemque et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.*

C. 6.2.16. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. ARTEMIDORO ET ALIIS. *Si servum vestrum nutriendum qui susceperat venumdedit, furtum commisit.* [a. 294]

CTh. 5.10.1. IMP. CONSTANTINUS A. ITALIS SUIS. *Secundum statuta priorum principum si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eiusdem modi alium praestet aut pretium, quod potest valere, excolvat. Qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut et distrabendi pro suo debito causam liberam habeat: poenae subiciendis his qui contra hanc legem venire temptaverint.* [a. 329]

CTh. 9.31.1. IMPP. HONOR[IUS] ET THEODOS[IUS] AA. CAECILIANO P[RAEFECTO] P[RAETORI]O. POST ALIA: *Nemo curialium plebeiorum possessorumve filios suos nutriendos pastoribus tradat. Aliis vero rusticanis, ut fieri solet, nutriendos dari non vetamus. Si vero post istius legis publicationem quisquam nutriendos pastoribus dederit, societatem latronum videbitur confiteri.* [a. 409]

Nel caso di CTh. 9.31.1 e di C. 6.2.16, fra l'altro, non è fatta allusione alla condizione di neonato di colui che viene consegnato alle altrui cure, ciò che suggerisce la possibilità che venissero affidati anche individui che fossero più avanti nell'età. Da questi testi⁽¹⁶⁾ appare emergere come una prassi consistente nell'affidamento di soggetti ad altri, che prescindendo da particolari formalità, non fosse estranea all'ambiente romano⁽¹⁷⁾ e venisse, anzi, variamente utilizzata.

⁽¹⁶⁾ Sui quali rimando a C. LORENZI, *De iure necandi et vendendi et exponendi liberos nel diritto romano tardoimperiale*, Napoli, 2018, p. 152 ss.

⁽¹⁷⁾ Come afferma C. RUSSO RUGGERI, *La datio*, cit., p. 46, è da escludere «che scritture private del tipo di quelle pervenute nei papiri Oxy. 1206 e Lips. 28, ammesso anche che siano conformi a costumaze locali, abbiano fatto conoscere ed introdotto a Roma concezioni estranee alla mentalità romana».

Hacia el derecho humano a ser juzgado por un juez humano^(*)

[MOISÉS MOLINA REYES^(**)]

En su edición del 23 de noviembre de 2023, la prestigiosa revista mexicana “Proceso”, publicó un texto de Jorge Bravo titulado “Desasosiego global por la inteligencia artificial” en el cual hacía una lectura de las implicaciones del despido y ulterior reinstalación de Sam Altman al frente de Open AI⁽¹⁾.

El título de la publicación refleja nítidamente el estado de buena parte del mundo informado respecto de la Inteligencia artificial y sus potenciales alcances.

La Real Academia de la Lengua Española define al desasosiego como «Falta de sosiego. Intranquilidad, desazón, ansiedad, inquietud, resquemor, comezón, nerviosismo, desosiego, inquietación, almorriña»⁽²⁾, que son las sensaciones de un futuro incierto con la llegada de la inteligencia artificial a nuestras vidas.

^(*) Bibliografía: D. GUERRA MORENO (coord.), *Constitución e inteligencia artificial en el proceso*, Universidad Libre, Ibáñez, 2022; D. RAMÍREZ CARBAJAL (coord.), *Justicia Digital. Un análisis internacional en épocas de crisis*, Universidad de Salamanca, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Red de Derecho Procesal y Justicia, 2020; CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES BANCARIAS, en <https://www.cjpb.org.uy/wp-content/uploads/repositorio/>; Revista *Proceso*, en <https://www.proceso.com.mx/>; *Diccionario de la Real Academia Española*, Edición del Tricentenario, Actualización 2023, en <https://dle.rae.es/desasosiego?m=form>; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en <https://www.corteidh.or.cr/>; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, en <https://www.ohchr.org/es>.

^(**) Magistrado de la Sala Constitucional y Cuarta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca y Maestrando en Derecho Judicial en la Università degli Studi di Perugia y la Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de Oaxaca.

⁽¹⁾ J. BRAVO, *Desasosiego global por la inteligencia artificial. Proceso*, en www.proceso.com.mx/opinion/2023/11/23/desasosiego-global-por-la-inteligencia-artificial-318969.html.

⁽²⁾ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f), *Desasosiego*, en *Diccionario de la lengua española*, en <https://dle.rae.es/desasosiego>.

Y es que más allá de teorías conspirativas, hoy tenemos certeza de lo que la inteligencia artificial debe ser, mas no de lo que puede llegar a ser.

La ciencia y la tecnología caminan en el piso de la incertidumbre y así como los adelantos de hoy fueron impensables en el ayer, lo que hoy podríamos considerar como impensable mañana, bien podría ser una realidad.

Uno de esos desasosiegos se proyecta en el terreno de lo jurídico y más concretamente en la posibilidad de que algún día los seres humanos podamos ser juzgados por robots.

Ha sido el criminalista valenciano Juan Luis Gómez Colomer quien ha puesto el dedo en la llaga con su más reciente libro “El juez robot” cuya idea central es que: «todos son conscientes del peligro, pero pocos se fijan con profundidad en el enorme riesgo que existe con el Juez – Robot sentenciador de que se derrumbe la clave de bóveda de nuestro actual sistema democrático: la sagrada independencia judicial»⁽³⁾.

La posibilidad de que algún día – no sabemos cuándo – nos juzgue una máquina en tribunales no es descabellada.

En la página de internet del Centro para la Seguridad de la Inteligencia Artificial se puede leer una “Declaración sobre el Riesgo de la Inteligencia Artificial”, firmada el 30 de mayo de 2023 por cientos de expertos en inteligencia artificial y otras figuras notables alrededor del mundo. La breve declaración dice lo siguiente: «Mitigar el riesgo de extinción a manos de la IA debería ser una prioridad mundial, junto con otros peligros a escala social, como las pandemias y la guerra nuclear»⁽⁴⁾.

Lo anterior demanda estar atentos y poner desde ya manos a la obra para que, bajo ninguna circunstancia, las máquinas decidan lo que por dignidad y libre voluntad debemos decidir los humanos.

En el documento Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial Fiable, el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea definió a la IA en los siguientes términos: «Los sistemas de

⁽³⁾ TIRANT LO BLANCH, *El juez robot*, en <https://editorial.tirant.com/es/ebook/el-juez-robot-la-independencia-judicial-en-peligro-juan-luis-gomez-colomer-9788411691284>.

⁽⁴⁾ CENTER FOR AI SAFETY, *Statement on Ai risk*, en www.safe.ai/statement-on-ai-risk.

inteligencia artificial son programas informáticos (y posiblemente también equipos informáticos) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno mediante la adquisición de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados, el razonamiento sobre el conocimiento o el tratamiento de la información, fruto de esos datos y la decisión de las mejores acciones que se llevarán a cabo para alcanzar el objetivo fijado»⁽⁵⁾.

Percepción, interpretación, razonamiento y decisión son las palabras que más desasosiego despiertan de la anterior definición.

La inteligencia artificial puede percibir, interpretar, razonar y decidir. El fondo de la cuestión ya no será si, como lo plantea Jorge Malem Seña, las malas personas pueden ser buenos jueces; sino si los robots pueden ser buenos juzgadores.

La Jurimetría entendida como «herramienta de analítica jurisprudencial predictiva [...] que permite anticiparse en términos estadísticos a la decisión posible y probable que va a adoptar un órgano judicial concreto»⁽⁶⁾, ha sido la puerta de entrada de la inteligencia artificial al ámbito jurisdiccional.

Su espíritu obedece a la utilidad que puede tener para los abogados en el planteamiento de sus casos al echar mano de patrones repetitivos en las decisiones de los jueces respecto de asuntos similares. Hoy la jurimetría se presenta como una herramienta auxiliar que no tiene por objeto emitir fallos.

Ha habido, sin embargo, desarrollos de sistemas utilizados por los jueces como COMPAS que calcula la probabilidad de reincidencia delictiva de una PERSONA, y que se ha hecho famoso por la negativa de su creadora Northpointe a hacer público el algoritmo que emplea y porque además arroja un sesgo racial contra la comunidad afroamericana.

O el sistema VioGén en España que evalúa el riesgo de reincidencia en casos de violencia de género y permite llevar adelante su seguimiento y la

⁽⁵⁾ C. ROMERO CASABONA (dir.), *Manual de Bioderecho*, Dykinson S.L., European Research Council, Universidad del País Vasco, 2022, pp. 524-525.

⁽⁶⁾ C. RETANA et al., *Diálogos para el futuro judicial XXI. Jurimetría y Justicia predictiva*, en *Diario La Ley*, Num. 9837, 26 de abril de 2021.

protección a las víctimas, para la adopción de medidas cautelares y u órdenes de protección.

El Consejo General del Poder Judicial de España, por ejemplo, pone a disposición de sus jueces y magistrados el KENDOJ, una tecnología basada en el machine learning que pseudonimiza automáticamente un documento y permite el acceso mediante vínculos a leyes y jurisprudencia aplicable a casos concretos.

Los anteriores ejemplos mueven, siguiendo la línea de la Profesora María Jesús Ariza Colmenarejo⁽⁷⁾, a dos consideraciones respecto del “para qué” queremos los jueces la inteligencia artificial:

1. Si la inteligencia artificial puede tomar las decisiones que también podría tomar el juez; o
2. Si queremos que la inteligencia vaya más allá de las capacidades del juez, dando soluciones a problemas que los seres humanos no podemos resolver.

Y más allá, debemos considerar si estas herramientas predictivas auxiliares en la labor de los juzgadores son y seguirán siendo efectivamente sólo auxiliares, o los juzgadores están recargando y recargarán su trabajo en la decisión automatizada de la máquina en aras de resolver más casos en menos tiempo y con menos esfuerzo.

Aún a pesar de que actualmente existe consenso respecto del absoluto control humano sobre la inteligencia artificial cuyo máxima expresión es la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea que no tarda en aprobarse, mi propuesta es que blindemos al género humano desde los catálogos de principios, valores y criterios de legitimidad política que representan las cartas y declaraciones de derechos humanos, para que, independientemente de lo que suceda en el campo tecnológico, el Derecho a ser juzgado por jueces humanos sea elevado al rango de derecho universal.

Y es que respecto de la impartición de justicia, nuestros principios rectores en el sistema universal e interamericano están incompletos.

⁽⁷⁾ J.A. COLMENAREJO, en S. CALAZA LÓPEZ, M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (dir.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, p. 34.

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dice que: «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil»⁽⁸⁾.

Y nuestra Convención Americana de Derechos Humanos dice en su artículo 8 relativo a las Garantías Judiciales que «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»⁽⁹⁾.

En la Declaración Universal se habla de un «Tribunal competente, independiente e imparcial» y en la Convención Americana, de «juez o tribunal competente, independiente e imparcial».

A la luz de los nuevos desarrollos de la inteligencia artificial y ante las advertencias de expertos en la materia se hace necesario incorporar a los tratados internacionales relativos a la impartición de justicia la palabra “humano” para asegurarnos de que siempre la última palabra, independientemente del papel que en el proceso judicial tenga la inteligencia artificial, la tenga un ser humano.

De ahí que una redacción propuesta para redefinir el derecho humano de acceso a la justicia, podría quedar en los siguientes términos:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 14. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal **humano** competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de

⁽⁸⁾ *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, Artículo 14, 16 de diciembre de 1966.

⁽⁹⁾ *Convención Americana de Derechos Humanos*, Artículo 8, 18 de julio de 1978.

carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil».

«Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal **humano** competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derecho y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

La inteligencia artificial llegó para quedarse y siempre irá hacia adelante y nunca hacia atrás. Y hemos sido testigos de sus primeras aplicaciones en el campo de la aplicación del derecho. Hoy, inteligencias artificiales son capaces de anticipar decisiones que los jueces utilizan en el curso de los procesos y ponderan para incorporar a sus fallos. La inteligencia artificial decide ya autónomamente respecto de asuntos de mero trámite, como notificaciones, admisiones o competencia. Y está demostrado que puede ser entrenada para decidir de manera automática la solución final de un conflicto entre partes. Aún a pesar de la vocación de la comunidad mundial por que el desarrollo y aplicaciones de inteligencia artificial estén condicionados siempre por principios éticos que impliquen que la IA siempre debe estar supeditada a la voluntad de los seres humanos, debemos garantizar desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos un Derecho a ser juzgado por un juez humano, para que no haya duda de que la justicia siempre estará en manos de un ente dotado de razón, voluntad, dignidad y autonomía; para estar seguros de que, aunque sean buenas o malas, siempre serán las personas las dueñas de la última palabra; para conjurar el desasosiego.

Progetto “Giustizia Agile”: proposte per l’aggressione dell’arretrato e per l’organizzazione dell’agenda del Giudice

[MARTINA DELL’OMARINO, FRANCESCA SCORDAMAGLIA, SIBILLA ALUNNI, IACOPO GAMBOLI^(*)]

SOMMARIO: 1. Gli obiettivi del PNRR per il settore giustizia: il problema dell’arretrato e dei tempi del processo; 1.1. La riscoperta dell’ufficio per il processo come nuovo metodo organizzativo e il ruolo dell’addetto all’UPP; 1.2. Il modello *Universitas*; 2. Il problema degli *standard* di rendimento e dei carichi esigibili; 2.1 Le proposte dell’ANM; 3. Il *case weighting* come strumento organizzativo; 4. I vari metodi di pesatura; 4.1. Il metodo *Delphi*; 4.2. Il metodo Studio dei tempi di lavoro; 4.3. Il *Multi Moment Analysis*; 5. Le riflessioni in tema di lavoro sequenziale; 5.1. Gli studi del progetto *Themis*; 6. Una proposta di pesatura: il sistema elaborato presso il Tribunale civile di Perugia; 6.1. L’elaborazione della scheda OVA da parte del *team* di ricerca dei dipartimenti di giurisprudenza ed ingegneria UNIPG; 7. Ricognizione delle prassi in uso e criticità; 8. La pesatura del fascicolo nel processo; 9. Aspetti pratico-applicativi della scheda nel rito pre-riforma Cartabia; 10. Il nuovo rito civile; 10.1. La scheda di pesatura nel nuovo rito; 11. La scheda del fascicolo: premesse; 12. Struttura e funzione della scheda.

1. A seguito dell’emergenza sanitaria dovuta alla pandemia da COVID-19, che nel 2020 ha colpito il mondo intero, vi sono state devastanti conseguenze economiche che hanno reso indispensabile l’intervento dell’Unione Europea. In particolare per rispondere alla crisi l’UE ha predisposto il *Next Generation EU* (NGEU⁽¹⁾), un programma di vasta portata che prevede investimenti e riforme per il rilancio dell’economia dei paesi che fanno parte dell’Unione.

Il NGEU è formato dal Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) e

^(*) Università degli Studi di Perugia. I §§ 1-2 sono di Martina Dell’Omarino; i §§ 3-6 sono di Francesca Scordamaglia; i §§ 7-10 sono di Sibilla Alunni; i §§ 11-12 sono di Iacopo Gamboli.

⁽¹⁾ Lo strumento è stato approvato dal Consiglio Europeo il 18 luglio 2020 ed ha un valore che si aggira intorno a 750 miliardi di euro.

dal Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU). Segnatamente il Dispositivo RRF ha richiesto agli Stati membri la presentazione di un Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) riguardante un pacchetto di riforme da attuare, così l'Italia ha approvato "Italia domani"⁽²⁾. Inoltre, il Governo, al fine di integrare e potenziare i contenuti del PNRR, ha approvato un Piano Nazionale Complementare (PNC⁽³⁾), stanziando ulteriori risorse, per promuovere un'ambiziosa agenda di riforme che in particolare riguardano la pubblica amministrazione, la giustizia, la semplificazione e la competitività.

Il PNRR individua l'efficienza del settore giustizia⁽⁴⁾ come una delle condizioni indispensabili per lo sviluppo economico del paese e per un corretto funzionamento del mercato, sottolineando come «una giustizia rapida e di qualità stimola la concorrenza, poiché accresce la disponibilità e riduce il costo del credito, oltre a promuovere le relazioni contrattuali con imprese ancora prive di una reputazione di affidabilità, tipicamente le più giovani;

⁽²⁾ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza presentato dall'Italia, si sviluppa lungo sei missioni: "Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura"; "Rivoluzione Verde e Transizione ecologica"; "Infrastrutture per una Mobilità sostenibile"; "Istruzione e ricerca"; "Inclusione e Coesione"; "Salute". Le risorse stanziare per il PNRR sono pari a 191,5 miliardi di euro.

Per poter garantire il raggiungimento di questi obiettivi il PNRR prevede un sistema di riforme strutturali che possiamo suddividere in: riforme orizzontali, d'interesse trasversale a tutte le Missioni del Piano e che sono idonee a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese; riforme abilitanti, ossia interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese; infine riforme settoriali contenute all'interno delle singole missioni, ossia misure che si sostanziano in innovazioni normative inerenti a specifici ambiti di intervento che hanno come fine quello di introdurre regimi regolatori e procedurali maggiormente efficienti nei rispettivi ambiti settoriali.

⁽³⁾ Il PNC sarà finanziato con risorse pari a 30,6 miliardi di euro. Dunque il complessivo valore di investimenti tra PNRR e PNC è pari a 222,1 miliardi di euro.

⁽⁴⁾ La Commissione Europea, nelle annuali *Country Specific Recommendations*, ha costantemente sollecitato l'Italia ad impegnarsi per ridurre la durata dei processi civili in tutti i gradi di giudizio e, da ultimo, nelle raccomandazioni del 20 luglio 2020 invitava nuovamente l'Italia ad adottare provvedimenti volti a migliorare l'efficienza del sistema giudiziario.

consente un più rapido e meno costoso reimpiego delle risorse nell'economia, poiché accelera l'uscita dal mercato delle realtà non più produttive e la ristrutturazione di quelle in temporanea difficoltà; incentiva gli investimenti, soprattutto in attività innovative e rischiose e quindi più difficili da tutelare; promuove la scelta di soluzioni organizzative più efficienti⁽⁵⁾».

La riforma della giustizia, incentrata sull'obiettivo primario della riduzione del tempo del giudizio, è inserita nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza tra le cd. riforme orizzontali o definite anche "di contesto" e mira, oltre ad introdurre riforme ordinamentali, anche a potenziare le risorse umane e le dotazioni strumentali e tecnologiche dell'intero sistema giudiziario. Gli ambiti d'intervento fissati nel PNRR sono sintetizzabili nei seguenti punti:

- dare piena attuazione all'Ufficio per il processo, introdotto nell'ordinamento italiano con il d.l. 90 del 2014;
- rafforzare la capacità amministrativa del sistema valorizzando le risorse umane, integrando il personale delle cancellerie e sopperendo alla carenza di professionalità tecniche, diverse da quelle di natura giuridica, essenziali per attuare e monitorare i risultati dell'innovazione organizzativa;
- potenziare le infrastrutture digitali con la revisione e diffusione dei sistemi telematici di gestione delle attività processuali e di trasmissione di atti e provvedimenti;
- garantire al sistema giustizia strutture edilizie efficienti e moderne;
- contrastare la recidiva dei reati potenziando gli strumenti di rieducazione e di reinserimento sociale dei detenuti.

Il PNRR, nel fissare i precisi obiettivi in tema di riforma della giustizia, pone anche dei termini il cui rispetto è fondamentale al fine di ottenere i finanziamenti previsti dall'Unione Europea.

Come illustrato dalla Circolare del 12 novembre 2021, emanata dalla Direzione Generale di Statistica e Analisi organizzativa del Ministero della Giustizia, avente ad oggetto gli indicatori di raggiungimento degli obiettivi

⁽⁵⁾ Cit. p. 56 del PNRR "Italia domani" consultabile al seguente indirizzo www.italiadomani.gov.it

previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, gli obiettivi nazionali consistono nella diminuzione della durata del processo misurata attraverso l'indicatore prognostico del *disposition time* (dt) e per ciò che attiene l'aggressione dell'arretrato, nella riduzione del cd. arretrato Pinto.

Per ciò che concerne il primo *target*, l'obiettivo fissato al 30 giugno 2026 prevede una riduzione del dt pari al 40% per i procedimenti civili e al 25% per quelli penali. Il *disposition time* è l'indicatore che determina il tempo medio atteso per la definizione dei procedimenti e si calcola mettendo a confronto il numero dei procedimenti pendenti alla fine del periodo di riferimento con il flusso dei procedimenti definiti nel periodo di riferimento, moltiplicato per 365⁽⁶⁾. Le percentuali summenzionate comprendono i tre gradi di giudizio e vengono calcolate a partire da un parametro di riferimento, la c.d. *base line*, che in materia civile è rappresentata dal dt rilevato al 31 dicembre 2019.

Per ciò che attiene alla riduzione dell'arretrato Pinto, rappresentato dai procedimenti pendenti da oltre tre anni per i Tribunali e da oltre due anni per le Corti d'Appello, è prevista la realizzazione dell'obiettivo attraverso due distinte fasi. Per la fine del 2024 i Tribunali dovranno aver ridotto del 65% i procedimenti con anzianità maggiore ai tre anni, mentre le Corti d'appello dovranno aver ridotto del 55% quelli ancora pendenti da oltre due anni. Il secondo termine prevede che al 30 giugno 2026 tutti gli Uffici (primo e secondo grado) abbiano ridotto l'arretrato Pinto del 90% con la previsione di un *buffer*, ossia una sorta di zoccolo duro dei procedimenti ancora pendenti oltre la soglia che non superi il 10%.

1.1. Per far fronte agli ambiziosi obiettivi fissati nel PNRR, è stato avviato un piano straordinario di reclutamento del personale a tempo determina-

⁽⁶⁾ Per effettuare un'analisi fedele della reale situazione in cui operano gli Uffici è stato indispensabile introdurre dei criteri e parametri comuni. Nella circolare in commento, il Ministero della giustizia ha provveduto a far chiarezza anche sui metodi di calcolo degli indicatori utili al raggiungimento degli obiettivi fissati nel PNRR. Questo indicatore è utilizzato come indicatore a livello europeo, ai fini della pubblicazione del Rapporto della Commissione Europea per l'efficienza della giustizia (*Cepej*) e dello *EU Justice Scoreboard* della Commissione Europea.

to⁽⁷⁾ volto a migliorare le prestazioni degli uffici e a potenziare la struttura dell'Ufficio per il processo (UPP). Ed è proprio la "riscoperta" dell'UPP a rappresentare la novità di maggior rilievo che il PNRR ha introdotto sul piano dell'organizzazione.

L'Ufficio per il Processo (UPP) è una struttura organizzativa che opera presso i Tribunali ordinari e le Corti d'Appello con lo scopo di assicurare la ragionevole durata del processo attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi presenti all'interno degli Uffici giudiziari ed altresì un migliore e più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Questa nuova forma organizzativa, frutto di esperienze già in essere, da tempo, in altri ordinamenti, che si sono sviluppate vuoi nella forma dell'Ufficio del giudice (Regno Unito, USA, Francia e Germania) vuoi per l'appunto in quella dell'Ufficio per il Processo (Spagna e Brasile)⁽⁸⁾, è stata introdotta in Italia solamente nel 2014 con il d.l. n. 90.

Il lungo e complicato cammino che ha portato all'affermazione dell'UPP in Italia ha preso avvio ed è man mano andato definendosi grazie a dei convegni che hanno evidenziato come il fattore organizzativo fosse fondamentale nella dimensione giudiziaria. Primo fra tutti a rompere gli schemi del passato, ponendo nuove problematiche in tema di organizzazione fu il convegno torinese "La giustizia fra diritto e organizzazione" del 1987, patrocinato dal Consiglio Regionale del Piemonte⁽⁹⁾. Sono però i convegni "Processo e organizzazione" promosso dagli osservatori sulla giustizia civile e dall'Associa-

⁽⁷⁾ Le unità di personale sono così ripartite: 16500 addetti UPP laureati in scienze giuridiche ed economiche; 1660 unità di personale amministrativo e tecnico laureati con profili IT senior; 750 unità di personale amministrativo e tecnico diplomati specializzati con profili IT junior; 3000 unità di personale amministrativo e tecnico diplomati non specializzati con profilo di operatore di data entry.

⁽⁸⁾ Non è questa la sede opportuna per una comparazione sul tema, per approfondimenti si rimanda a F. AULETTA, *L'ufficio del processo*, in *DPPI e C*, 2021, 3, p. 241 ss.; A. SANDERS, *Judicial Assistants in Europe. A Comparative Analysis*, in *International Journal for Court Administration*, n. 11(3)/2020.

⁽⁹⁾ Per approfondimenti si veda: AA.VV., *Atti del convegno nazionale La giustizia tra diritto e organizzazione: 13-14-15 novembre 1987*, Consiglio Regionale del Piemonte, Torino, 1989.

zione Nazionale Magistrati nel 2003⁽¹⁰⁾ e il successivo “*Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini*” del 2004⁽¹¹⁾ che, permettendo un confronto tra gli operatori pratici e l'accademia, fanno emergere con chiarezza come il problema della giustizia in Italia non dipendeva esclusivamente dal rito ma anche dalla necessità di un riassetto organizzativo. Servivano riforme che contemperassero entrambi gli aspetti. In particolare attraverso il convegno del 2003 si delineano i tratti operativi dell'Ufficio del Giudice, una struttura che supporta il lavoro del magistrato formata da assistenti a cui venivano affidati compiti di verbalizzazione dell'udienza, di tenuta del ruolo e di attività di ricerca. L'idea di fondo che stava alla base dell'organizzazione era “magistrato centrica”, dunque orientata ad una gestione dell'ufficio puramente individualistica: al giudice veniva richiesto un vero e proprio ripensamento delle modalità di svolgimento del proprio lavoro.

Il convegno del 2004 decreta invece il passaggio da Ufficio del Giudice a Ufficio del Processo con un conseguente, ulteriore, cambio di prospettiva rispetto all'organizzazione dell'ufficio dato da una gestione organizzata e collettiva utile da permettere al giudice di liberarsi dei cd. incumbenti mangia-tempo. L'Ufficio giudiziario deve essere considerato nel suo complesso, considerando le varie componenti lavorative che ne fanno parte; la sezione giudicante, unità produttiva di base, a livello organizzativo comprende nel nuovo assetto non solo la magistratura ordinaria ma anche i giudici onorari, il personale di amministrazione (dirigenti, funzionari, impiegati), le prime esperienze di collaborazione esterna (stage universitari), infine la tecnologia e nello specifico il processo civile telematico.

Questi importanti passi compiuti dal formante dottrinario, rispetto alla configurazione dell'Ufficio per il Processo, sono rimasti per molti anni inattuati non addivenendo il legislatore alla sua formale istituzionalizzazione.

⁽¹⁰⁾ Gli atti del convegno sono contenuti nel volume collettaneo di G. GILARDI (a cura di), *Processo e organizzazione. Le riforme possibili per la giustizia civile*, in *Quaderni di Questione Giustizia*, Milano, 2004.

⁽¹¹⁾ Gli atti del XXVII Congresso nazionale Associazione nazionale magistrati, tenutosi a Venezia nei gg. 5-8 febbraio 2004 sono contenuti in E. BRUTI LIBERATI, *Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini*, Milano, 2004.

Si è dovuto attendere il 2007 con il d.d.l. AC 2872, presentato dall'allora ministro della giustizia Mastella, per assistere al primo concreto tentativo di una sua introduzione nell'ordinamento italiano. Nello specifico il disegno di legge prevedeva una riforma complessiva dell'organizzazione giudiziaria, introducendo l'Ufficio per il processo quale modello organizzativo degli Uffici giudiziari che avrebbe determinato la riorganizzazione di tutte le cancellerie e segreterie. Il d.d.l. prevedeva, attraverso apposite convenzioni, il coinvolgimento di praticanti avvocati, dottorandi di ricerca e tirocinanti delle Scuole di Specializzazione nelle Professioni Legali, che avrebbero svolto funzioni di assistenza ai giudici, in un clima di fattiva collaborazione volto non solo a favorire uno scambio di reciproche esperienze, ma anche a creare una cultura condivisa tra i diversi operatori. Questo primo tentativo di introdurre l'UPP è tuttavia naufragato essendo il d.d.l. stato approvato solamente da un ramo del Parlamento⁽¹²⁾.

Uno dei fattori che risultava essere maggiormente ostativo per la concreta attualizzazione dell'UPP era la carenza di personale adeguato a cui poter affidare queste nuove funzioni⁽¹³⁾. Appariva evidente la necessità di immettere nuove risorse umane per il supporto alla giurisdizione, così il legislatore ha optato per introdurre, attraverso l'art. 37 della l. 11/2011, gli *stage* formativi presso gli uffici giudiziari; normativa successivamente modificata e messa a punto con l'art. 73 del d.l. 69/2013, convertito nella l. 98/2013. Dietro la spinta di questi ultimi interventi legislativi, hanno preso avvio alcuni progetti sperimentali, in particolare presso i Tribunali civili di Milano e Firenze, finalizzati proprio alla costituzione di uno staff di supporto al giudice nel quale venivano ricompresi anche i soggetti che svolgevano i tirocini formativi *ex art. 73 d.l. n. 69/2013* e *ex art. 37 d.l. n.98/2011*. Va senza dubbio apprezzata la bontà di queste esperienze, tuttavia siamo ancora distanti dall'idea che risiede alla base dell'Ufficio del

⁽¹²⁾ C'era altresì chi sosteneva che il d.d.l. sia rimasto incompiuto a causa della sua prevalente caratterizzazione amministrativista e per il fatto di essere stato concepito solo per risolvere il problema della riqualificazione del personale amministrativo.

⁽¹³⁾ Si veda G. GRASSO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e l'attuazione dell'ufficio per il processo*, in *La Magistratura*, 2022, I, p. 61 ss.

processo, ossia una gestione del lavoro in senso collettivo e organico; i tirocinanti venivano affiancati al singolo giudice in un'ottica "magistrato centrica".

Attraverso l'art. 16-*octies* del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 rubricato «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», che modifica la l. n. 221/2012, viene finalmente istituzionalizzato l'Ufficio per il processo. Nello specifico l'articolo in commento reca «Al fine di garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sono costituite, presso le Corti d'Appello e i Tribunali ordinari, strutture organizzative denominate "Ufficio del Processo", mediante l'impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo a norma dell'articolo 73 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69». Con l'art. 2 del decreto del Ministero della Giustizia del primo ottobre 2015 è stato precisato che i presidenti di Corti d'Appello e Tribunali creassero uffici sulla base delle risorse umane disponibili e senza oneri di spesa aggiuntivi⁽¹⁴⁾.

La normativa configurava l'Ufficio del processo all'interno di un'organizzazione preesistente. Non veniva implementato il personale e non venivano implementate le risorse finanziarie utili al suo sviluppo e considerando quanto gli Uffici giudiziari lamentassero la scarsità di capitale umano e finanziario era logico il fallimento del nuovo metodo organizzativo. A poco è servita anche la previsione contenuta nel d.lgs. n. 116/2017, di riforma della magistratura onoraria, che al fine di consentire l'effettivo funzionamento dell'UPP ha previsto l'inserimento all'interno del nuovo modello organizzativo dei GOP.

⁽¹⁴⁾ Lo stesso d.m. indica le linee fondamentali per la costituzione degli UPP. Inoltre attraverso la circolare del DOG del 17 febbraio 2016 sono state fornite agli uffici giudiziari le prime linee guida per la predisposizione dei progetti formativi di perfezionamento presso l'Ufficio per il Processo dei tirocinanti *ex* art. 50, comma 1-*bis* del d.l. n. 90/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 114/2014, nonché ai sensi dell'art. 1, commi 340-343 della l. n. 232 dell'11 dicembre 2016.

Con una risoluzione del 18 giugno 2018 il CSM ha reso noto l'esito del monitoraggio sull'istituzione dell'UPP presso Corti d'Appello, Tribunali ordinari, Tribunali per i minorenni e Procure della Repubblica, dal quale emergeva che circa la metà degli Uffici vi aveva provveduto. Lo stesso CSM con delibera del 15 maggio 2019 ha poi provveduto a dettare le linee guida per l'UPP precisando che la struttura dell'Ufficio del processo non doveva ricalcare l'assetto organizzativo dell'ufficio ma al contrario doveva essere adattata alle esigenze dell'Ufficio giudiziario e sottolineando inoltre che per i Tribunali ordinari vi era l'obbligo di una sua istituzione.

La piena ed effettiva operatività dell'UPP si è avuta grazie al PNRR. Il primo fondamentale passo compiuto dal legislatore in tal senso è stata l'approvazione del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 che, rispondendo alla maggiore critica da sempre mossa a questo nuovo modello organizzativo, ha previsto il reclutamento di nuove figure professionali da affiancare ai magistrati ordinari e agli onorari ai tirocinanti e al personale amministrativo nella configurazione dell'UPP, gli addetti all'Ufficio del processo. Successivamente, in considerazione della riforma del processo civile e penale e dunque al fine di un miglior coordinamento con la nuova disciplina, si è optato per l'approvazione di un testo legislativo, il primo, interamente dedicato all'Ufficio del processo vale a dire il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151.

1.2. Al fine di consentire la realizzazione degli obiettivi PNRR e per garantire l'effettiva operatività dell'Ufficio per il processo, il Governo ha ritenuto indispensabile anche il coinvolgimento delle Università italiane e lo ha fatto attraverso il «Progetto unitario su diffusione dell'Ufficio del Processo e per l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato»⁽¹⁵⁾. L'Università degli Studi di Perugia vi

⁽¹⁵⁾ Nello specifico il progetto, approvato con decreto 5 agosto 2021 (con rettifica del 9 agosto), rientra nell'ambito dell'Asse I, obiettivo specifico 1.4 – Azione 1.4.1 «Azioni di miglioramento dell'efficienza e delle prestazioni degli Uffici Giudiziari attraverso l'innovazione tecnologica, il supporto organizzativo alla informatizzazione e telematizzazione degli Uffici Giudiziari, disseminazione di specifiche innovazioni e supporto all'attivazione di interventi di *changemanagement*» del PON Governance 2014-2020.

ha preso parte come *partner* della macro area 3, che ha coinvolto gli Uffici giudiziari delle Corti d'appello di Roma, Firenze e Perugia⁽¹⁶⁾.

Tra le varie linee di intervento del Progetto quella che qui interessa è la linea 2 che prevede l'individuazione da parte delle Università di modelli per la gestione dei flussi in ingresso e degli arretrati presso gli Uffici giudiziari⁽¹⁷⁾. L'azione mira ad individuare metodologie di lavoro che consentano, da un lato, di smaltire l'arretrato esistente e dall'altro, di evitare il formarsi dello stesso, attraverso la predisposizione di modelli organizzativi che attuino una più efficiente gestione dei flussi di lavoro. Il progetto prevedeva la scelta di un ufficio pilota e il dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia ha scelto il Tribunale di Perugia.

Al fine di sviluppare dei modelli operativi o prototipi è stata indispensabile un'attività preliminare di ricognizione delle prassi in uso all'interno dell'Ufficio giudiziario. A seguito di un'analisi dei modelli esistenti e delle realtà virtuose già operanti, il gruppo di ricerca è giunto ad elaborare il modello *Universitas*⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Il progetto, avendo portata nazionale, ha comportato una divisione figurata dell'Italia in sei macro aree ognuna delle quali formata da varie Università cui fanno capo determinati Uffici e con un ateneo capofila. La macro area 3 aveva come capofila l'Università degli Studi della Toscana. Essendo poi un progetto multidisciplinare i dipartimenti dell'Ateneo di Perugia coinvolti sono stati oltre a giurisprudenza ingegneria e informatica.

⁽¹⁷⁾ Il progetto individua 4 linee di intervento. La linea 1 prevede la definizione di moduli operativi per la costituzione e l'implementazione dell'Ufficio per il processo a partire da una ricognizione circa lo stato degli UPP nel contesto territoriale di riferimento finalizzata ad evidenziarne la composizione, il funzionamento, i moduli organizzativi, gli eventuali elementi di criticità e i punti di forza rispetto al lavoro svolto; la linea 3 riguarda l'attivazione e sperimentazione dei modelli e dei piani relativi alle azioni precedenti; infine la linea 4 riguarda la ridefinizione dei modelli formativi e il consolidamento dei rapporti tra gli stakeholders.

⁽¹⁸⁾ La scelta del nome dato al modello rimanda a ragioni che, invero, trascendono dalla correlazione alla provenienza accademica dello stesso. Nel basso medioevo, infatti, *universitas* era locuzione con la quale veniva indicata una pluralità di persone riunite per uno scopo. A Perugia, sin dai primi anni del '300, l'*universitas* degli studenti si riuniva per seguire le lezioni, o meglio le *lecturae*, dei docenti di diritto civile e canonico. Ed il modello *Universitas* altro non è che uno strumento col quale si intende in primo luogo valorizzare la pluralità di soggetti che collabora con il giudice, in modo da favorire, per quanto possibile, l'organizzazione condivisa dello *ius dicere* e garantire una più efficace gestione dei flussi di lavoro nella cornice del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Un prototipo che si compone di due distinti strumenti di lavoro, da intendersi come complementari tra loro, ed attivabili – se necessario – in successione diacronica: la scheda per l'organizzazione virtuosa dell'arretrato, finalizzata all'efficientamento dell'agenda del giudice e la scheda del fascicolo, che accompagna il fascicolo dall'inizio della causa per adiuvarne il magistrato nelle verifiche preliminari della fase introduttiva del processo civile.

Universitas è stato elaborato a partire dal nuovo paradigma organizzativo posto in essere dall'Ufficio del processo e con l'idea che gli strumenti operativi di cui si compone possano essere utilizzati dagli addetti UPP che operano all'interno dell'Ufficio giudiziario. In particolare, è proprio dai compiti che l'art. 5 del d.lgs. n. 151 del 2022 affida agli UPP che sono state messe a punto le due schede; si tratta di attività di vario genere che consistono nel supportare i magistrati in maniera diretta nello studio del fascicolo, nella compilazione di schede riassuntive, nella preparazione delle udienze e delle camere di consiglio, nella selezione dei presupposti di mediabilità della lite, in ricerche di giurisprudenza e dottrina, nella predisposizione di bozze di provvedimenti, nell'assistenza alla verbalizzazione nonché nel supporto informatico e assistenza per l'analisi dei flussi statistici e per il monitoraggio dell'attività di ufficio, dei cui provvedimenti giudiziari va fatta raccolta, catalogazione e archiviazione.

Delle schede che formano il modello *Universitas* diremo in dettaglio nei paragrafi a seguire, quello che si vuol sin da ora evidenziare è che le due schede, inizialmente elaborate in forma cartacea, grazie alla collaborazione degli assegnisti del dipartimento di ingegneria di UNIPG, sono state trasformate in veri e propri applicativi informatici, così da contribuire alla realizzazione dell'altro grande obiettivo del PNRR vale a dire l'informatizzazione degli Uffici.

2. L'endemica lentezza della giustizia italiana rappresenta un problema al quale il legislatore ha cercato di porre rimedio molto tempo prima dell'entrata in vigore del PNRR.

Di centrale importanza, in questo senso, è stata l'entrata in vigore del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, con l. 15 luglio 2011, n.

111, recante all'art. 37 «Disposizioni per l'efficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie». In particolare, attraverso detta norma è stato imposto ai capi degli uffici giudiziari di redigere entro il 31 gennaio di ogni anno un programma per la gestione dei procedimenti, con la determinazione degli obiettivi di «rendimento dell'ufficio», oltre che di «riduzione della durata dei procedimenti concretamente raggiungibili nell'anno in corso».

La novella ha acceso un fervente dibattito, soprattutto nelle sedi istituzionali del CSM e dell'ANM, circa i c.dd. standard di rendimento e i cd. carichi esigibili, di cui peraltro si parlava già prima del 2011, anno in cui sono stati introdotti nel nostro ordinamento attraverso fonti di livello primario. Quanto agli obiettivi di rendimento dell'ufficio, si chiese di tener conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti organi di autogoverno. Tuttavia, l'interpretazione del riferimento ai carichi esigibili non è stata univoca.

La nozione di carico esigibile ha subito, infatti, una sorta di duplicazione anche per effetto delle definizioni contenute nelle circolari del CSM sui programmi di gestione che si sono succedute a partire dal 2012. I carichi esigibili, mai compiutamente definiti a livello nazionale, rappresentano l'unità di misura del lavoro sostenibile per un magistrato che lavora in un determinato settore della giurisdizione. La dicitura “sostenibili” serve per distinguerli dagli obiettivi di rendimento del singolo ufficio giudiziario, determinati annualmente dal capo dell'ufficio mediante quei programmi di gestione, meglio conosciuti come carichi “esigibili”⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ D. CARLINO, *La possibile individuazione dei carichi sostenibili: un percorso di approfondimento tra standard di rendimento e carichi esigibili*, in *ildirittorivente.it*, il quale precisa che per la determinazione degli standard di rendimento sono stati invece portati avanti presso il CSM, fin dal 2009, i lavori dei gruppi di magistrati esperti nella materia delle statistiche e dei flussi appositamente costituiti al fine di esaminare e se possibile risolvere la complessa questione. Solo di recente è stato possibile pervenire, per effetto del lavoro svolto dalle ultime commissioni di esperti costituite all'inizio del 2019 e che hanno portato a termine i lavori alla fine del 2019, ad una possibile soluzione relativamente ai magistrati operanti in alcuni settori. Secondo l'autore, inoltre, la fissazione di standard di rendimento è una questione che involge l'applicazione di un “principio di civiltà organizzativa della giurisdizione”, nell'interesse di tutti i cittadini.

Anche all'esito del referendum indetto dall'ANM nel 2016 – che ha visto 3580 magistrati votare “sì” al quesito sulla necessità per il CSM di determinare i carichi esigibili intesi come misura del lavoro sostenibile –, e nonostante la disposizione normativa piuttosto chiara di cui all'art. 37 della l. 17 luglio 2011, n. 111, il CSM non ha fino ad oggi individuato precisamente la misura esatta dei carichi sostenibili.

Il pericolo principale dei carichi insostenibili, oltre alla sempre possibile presenza dello spettro della responsabilità disciplinare per i magistrati, si rinviene sul piano della qualità della risposta giudiziaria, che può rimanere pregiudicata da carichi troppo elevati e tali da non consentire al magistrato, anche lavorando incessantemente, di pervenire a decisioni ben ponderate all'esito di un accurato studio dei fascicoli processuali.

Nel 2019 l'ANM ha avanzato delle proposte sui carichi di lavoro dei magistrati⁽²⁰⁾; per comprenderle pare necessario, sin da ora, procedere con alcune precisazioni.

In particolare, occorre tornare al lontano 2009, anno in cui è stato introdotto l'art. 81-*bis*, nelle disp. att. c.p.c.⁽²¹⁾ La norma dispone che quando il giudice provvede sulle richieste istruttorie, fissa il calendario delle udienze successive, fino alla conclusione del processo. Tuttavia, tale prescrizione è rimasta sostanzialmente lettera morta. Anche se non risultano veri e propri studi sul livello di applicazione dell'art. 81-*bis*, già solo a livello puramente empirico è stata rilevata l'opinione di magistrati ed avvocati che reputano la disposizione scarsamente applicata⁽²²⁾.

Certo è che un'applicazione su larga scala del cd. calendario del processo avrebbe un impatto significativo, poiché non solo soddisferebbe l'esigenza di dettare, alle parti, i tempi certi del processo, ma avrebbe ricadute positive altresì sull'organizzazione del lavoro dell'intero ufficio⁽²³⁾. Non è un caso che

⁽²⁰⁾ ANM, *Dettaglio proposta ANM sui “carichi di lavoro” dei magistrati italiani*, in *associazionemagistrati.it*.

⁽²¹⁾ L'art. 81-*bis*, disp. att. c.p.c. è stato introdotto dall'art. 52, l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁽²²⁾ Nel 2016, a un questionario rivolto ai giudici iscritti alla *mailing list* “ANM”, su trenta che hanno risposto, solo due hanno dichiarato di calendarizzare la generalità delle cause.

⁽²³⁾ Si veda in tema L. VERZELLONI, *Dietro la cattedra del giudice*, Bologna, 2009.

il PNRR abbia indicato il Calendario del processo tra gli strumenti essenziali per migliorare ed efficientare la giustizia italiana. La calendarizzazione delle cause, a parità di tempo e risorse impiegate, riduce la durata media dei processi⁽²⁴⁾ in modo matematico e consistente⁽²⁵⁾.

Attraverso i programmi di gestione previsti dall'art. 37 del d.lgs. 6 luglio 2011, n. 98, i dirigenti, sulla base dei prospetti statistici elaborati dal CSM (che individuano le pendenze per anno di iscrizione), indicano la quantità dei procedimenti ultratriennali (o ultrabiennali, per le Corti d'appello) da definire nell'anno successivo. I giudici, sulla base di queste indicazioni, dovrebbero individuare per ciascuna delle cause da definire nell'anno, gli adempimenti e le relative udienze, fino a quella di precisazione delle conclusioni o discussione⁽²⁶⁾. Con i programmi di gestione si è chiesto ai giudici di “mettere in ordine” le cause, programmando la decisione prioritaria dei processi più vecchi che, senza tale attività, sarebbero rimasti indietro rispetto ai più recenti. Senza chiedere ai singoli magistrati di aumentare il numero delle cause da decidere, ma di gestirle, semmai, in modo sequenziale: prima le più vecchie e poi le altre. Ciò a differenza della gestione seriale delle cause, che non importa alcuna preliminare programmazione di tutta la causa, bensì la mera fissazione di un'udienza per volta, con la conseguente produzione del famigerato arretrato patologico. In altri termini, le cause richiedenti un maggior numero di adempimenti e di udienze, si sono fatalmente posizionate in fondo alla fila.

È chiaro che anche il metodo di gestione sequenziale presenta le sue criticità, poiché non sfugge alla necessità di considerare comunque i fattori di

⁽²⁴⁾ A. ICHINO, D. COVIELLO, N. PERSOCO, *Giudici in affanno*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2012; IDD., *Time Allocation and Task Juggling*, in *American Economic Review*, 2013; IDD., *The Inefficiency of worker time use*, in *Journal of the European Economic Association*, 2015.

⁽²⁵⁾ In questo senso, si faccia riferimento al progetto “*Themis*” per il quale si rinvia al § 2di questo report. Per un ulteriore approfondimento nel merito del progetto si veda anche A. ICHINO, *Consigli per Cartabia: un software per accelerare la giustizia civile*, in *Il Foglio*, 23 settembre 2021.

⁽²⁶⁾ Nel settore penale è seguita una prassi simile per i processi a rischio di prescrizione: per evitare che si prolunghino oltre la data limite, si calendarizzano tutti i prevedibili adempimenti del processo, fino alla sua conclusione entro un tempo definito.

complessità della causa⁽²⁷⁾ e l'anno di iscrizione a ruolo. Inoltre è indubbio che i carichi di lavoro degli uffici giudiziari sono molto diversi fra loro sia in termini quantitativi che qualitativi.

2.1. La necessità di ricercare una soluzione idonea a soddisfare tutte la serie di esigenze su cui si fonda la richiesta di misurabilità dell'attività giudiziaria, adeguata ad evitare un'altrettanta serie di pericolosi effetti paradossali, ha indotto anche l'Associazione Nazionale Magistrati a redigere delle proposte, concretamente attuabili e fondate su ancoraggi normativi già esistenti⁽²⁸⁾.

In particolare, l'ANM ha inquadrato alcune premesse e linee direttrici generali: «i magistrati ordinari svolgono tanti lavori diversi; le differenze riguardano non soltanto i diversi settori (civile, penale, minori, sorveglianza, procura), ma anche le tantissime materie; pericoloso non tener conto delle molteplici variabili (consistenza del ruolo e specializzazione, tanto per citarne alcune); la produttività attuale è “drogata”, eccessiva e non sempre significativa della reale capacità di definizione, se per tale si intende non un semplice smaltimento, ma un prodotto che coniuga alla quantità, la qualità; le misurazioni dell'attività giudiziaria sono materia estremamente delicata che deve essere riservata alla stessa magistratura e che deve mantenere una sua rigorosa coerenza interna». In secondo luogo, è stata precisata la necessità di «accantonare l'idea di una indicazione numerica nazionale fondata sulla media di produttività per funzioni, in quanto troppo semplicistica; considerare non soltanto le sentenze, ma anche tutti i provvedimenti definitivi e dare rilievo anche al carico derivante dal ruolo; determinare non il solo limite massimo, bensì una fascia di produttività racchiusa tra un minimo e un

⁽²⁷⁾ Invero, non sfugge che l'emissione di un decreto ingiuntivo comporti per tutti gli addetti ai lavori un impiego di tempo inferiore a quello richiesto da una procedura fallimentare. Il tempo dedicato alla risoluzione di un determinato procedimento è pertanto un indicatore chiaro, misurabile e comparabile della sua complessità. M. FABBRI, *Metodi per la pesatura dei procedimenti giudiziari in Europa*, in *Questionegiustizia.it*, 23 novembre 2020.

⁽²⁸⁾ ANM, *Dettaglio proposta ANM sui “carichi di lavoro” dei magistrati italiani*, cit. La proposta risale nel marzo 2019 e rappresenta l'elaborazione dettagliata del metodo di determinazione dei carichi di lavoro come già abbozzato nel documento approvato il 19 novembre 2016 dal Comitato Direttivo Centrale dell'ANM.

massimo pretendibile; individuare con lo stesso procedimento, per evitare incoerenze, il minimo e il massimo della produttività pretendibile (identificabili con gli standard di rendimento e i carichi esigibili); prendere le mosse dai dati indicati nei programmi di gestione *ex art.* 37 d.l. n. 98/2011 ove esistenti, e di attivarsi per ottenere dati analoghi anche per il settore penale, trattandosi, allo stato, dell'unica sperimentata procedura che, valorizzando le specificità e le conoscenze dei singoli uffici, può considerarsi idonea a misurare l'attività giudiziaria». Nella relazione che precede la proposta, l'ANM ha rilevato che l'analisi delle elaborazioni compiute dall'ufficio statistico del CSM sui format dei programmi di gestione *ex art.* 37 d.l. n. 98/2011 per gli anni 2016, 2017 e 2018, avrebbe soltanto confermato l'impossibilità di procedere in modo esclusivamente induttivo alla determinazione dei carichi effettuando una media statistica tra uffici, funzioni e specializzazioni uniformi, a causa, oltre che della estrema variabilità delle situazioni concrete, della assoluta disomogeneità dei criteri adottati nel fornire i dati. Inoltre, veniva constatata l'opportunità al contempo di superare le difficoltà correlate al criterio numerico riferito al singolo procedimento, trattandosi di un sistema talmente poco indicativo del reale carico di lavoro da imporre una quantità troppo elevata di variabili e correttivi, ovvero l'eccessivo moltiplicarsi di piccolissimi gruppi composti da situazioni tra loro comparabili. Secondo l'Associazione dei magistrati, dunque, tutte queste difficoltà sarebbero state superabili attraverso l'indicazione di adeguati coefficienti di equivalenza.

La proposta dell'ANM per l'individuazione dei carichi esigibili può essere così di seguito sintetizzata:

- effettuare una comparazione tra uffici, funzioni e specializzazioni omogenei;
- calcolare il valore medio;
- procedere a una riduzione del 15%;
- prevedere per ciascuna funzione possibili correttivi, da applicarsi nel caso in cui risultino ulteriori eventuali variabili statisticamente rilevanti;
- individuare il dato medio nazionale astratto del carico esigibile come il range tra il valore medio e il dato massimamente ridotto;
- procedere al confronto tra il range generale astratto e il dato forn-

to dal singolo ufficio: i magistrati che lavorano in uffici che hanno produttività medie complessive rientranti in tali range potranno rapportarsi alle medie di produttività dei loro rispettivi uffici; nel caso di uffici con produttività medie complessive fuori dai range nazionali, i carichi di riferimento saranno quelli nazionali, tranne in situazioni specifiche, circostanziate ed oggettivamente giustificate;

- individuare lo standard medio di rendimento attraverso una riduzione percentuale del 30% del carico massimo esigibile per quell'ufficio e/o funzione.

3. Una delle vie che sono state percorse al fine di valutare se il numero di giudici in servizio sia o meno adeguato a rispondere, in tempi ragionevoli, al carico di lavoro dei vari Uffici giudiziari, è stato individuato nell'operazione di calcolo del punto di saturazione oltre il quale non può più essere assicurata una certa funzionalità⁽²⁹⁾. Esiste infatti un numero preciso di procedimenti superato il quale, rispetto alle risorse umane disponibili, il tempo per la risoluzione delle controversie si dilata e, come spesso purtroppo accade in molti uffici giudiziari italiani, può diventare eccessivo⁽³⁰⁾. Ebbene, detto

⁽²⁹⁾ Sul punto si veda D. CARLINO, *La possibile individuazione dei carichi sostenibili. Un percorso di approfondimento tra standard di rendimento e carichi esigibili*, in *Rivista di diritto vivente.it*, gennaio 2021: «I carichi esigibili ancora da definire a livello nazionale sono in realtà l'unità di misura del lavoro sostenibile per un magistrato che lavora in un determinato settore della giurisdizione; tali carichi saranno definiti anche 'sostenibili' al fine di distinguerli dagli obiettivi di rendimento del singolo ufficio giudiziario determinati annualmente dal capo dell'ufficio mediante i programmi di gestione, meglio conosciuti come carichi 'esigibili'» (1). E poi continua l'A.: «gli standard di rendimento e i carichi esigibili sono stati oggetto di non pochi dibattiti nell'ultimo decennio anche e non solo nelle sedi istituzionali del CSM e dell'ANM; si parla di tali argomenti oramai dal 2006 e dal 2011, anni in cui i due istituti sono stati introdotti nel nostro ordinamento da fonti di livello primario» (1). «Gli standard medi di rendimento sono stati introdotti dall'art. 11, comma 2, lett. b) e comma 3, lett. e) del d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 (nel testo modificato dalla legge n. 111 del 2007) e rappresentano uno degli indicatori che può contribuire a definire la laboriosità del magistrato al momento della valutazione quadriennale» (2). «I carichi esigibili, nel duplice significato del quale si parlerà a breve, sono stati introdotti dall'art. 37 della legge n. 111 del 17.7.2011 il cui titolo è 'Disposizioni per deficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie'» (8).

⁽³⁰⁾ «Tale obiettivo di carattere organizzativo dovrebbe essere perseguito nell'interesse

punto di saturazione può essere anticipatamente valutato e calcolato attraverso un sistema di previa pesatura di tutti i procedimenti iscritti presso un determinato Ufficio.

Tanto semplice a dirsi, quanto complicato a farsi: così si presenta il *case weighting*, uno strumento per saggiare l'impegno e l'impiego, di tempo e di lavoro, necessari per ciascun fascicolo; chiaramente in dipendenza da certi determinati indici di pesatura, da immettere (matematicamente) nella funzione.

In estrema sintesi, ed in via di parziale anticipazione rispetto a quanto si dirà, la pesatura del fascicolo consiste in un'attività volta ad assegnare un valore indicativo dell'impegno effettivamente richiesto per la definizione di quel procedimento, e per l'effetto, dell'intero ruolo assegnato al magistrato. Se ne comprende facilmente l'utilità, ad esempio, con riferimento a quei ruoli caratterizzati da un'intensa eterogeneità di procedimenti. Un sistema di pesatura virtuoso e funzionante, infatti, avrà un impatto positivo anche nel senso di riequilibrare i carichi di lavoro fra magistrati all'interno dell'Ufficio, sia in termini di numero, che in termini di complessità dei procedimenti assegnati. Sarà possibile assumere, di conseguenza, anche scelte organizzative più consapevoli.

La pesatura dei procedimenti giudiziari (*case weighting*) nasce negli Stati Uniti alla fine degli anni settanta; da allora viene utilizzata in moltissimi Stati e nelle corti federali. In Europa, i primi metodi per la pesatura iniziano ad essere sperimentati nella metà degli anni novanta e, come negli Stati Uniti, si fondano sulla misurazione o sulla valutazione del tempo che i giudici dedicano ai procedimenti suddivisi per macrocategorie⁽³¹⁾. Le finalità perseguite da questo tipo di pesatura dei procedimenti sono varie: determinare il numero di giudici, pubblici ministeri, personale di cancelleria necessario per fronteg-

e a tutela non solo dei magistrati, ma anche e soprattutto dei cittadini che sono i destinatari finali delle decisioni giurisdizionali». Ed ancora: «il pericolo principale dei carichi insostenibili, oltre alla sempre possibile presenza dello spettro della responsabilità disciplinare per i magistrati, è che la qualità della risposta giudiziaria possa rimanere pregiudicata da carichi troppo elevati e tali da non consentire al magistrato, anche lavorando incessantemente, di pervenire a decisioni ben ponderate all'esito di un accurato studio dei fascicoli processuali» (2). Così D. CARLINO, *La possibile individuazione dei carichi sostenibili*, cit., p. 2.

⁽³¹⁾ Si veda M. FABBRI, *Metodi per la pesatura dei procedimenti giudiziari in Europa*, in *Questione giustizia.it*.

giare in tempi ragionevoli la domanda di giustizia; allocare risorse umane e materiali in modo efficiente; assegnare i procedimenti all'interno dell'Ufficio in maniera bilanciata; progettare la geografia giudiziaria; individuare situazioni critiche negli Uffici; progettare interventi per la riduzione dei tempi dei procedimenti; identificare buone pratiche per la gestione dei procedimenti.

4. L'attività di pesatura, concettualmente molto semplice, si basa su un calcolo matematico. I procedimenti sopravvenuti, suddivisi in macrocategorie, sono moltiplicati per il loro fattore di complessità (peso), producendo il numero di ore necessarie per trattare in un arco temporale (che di solito si fa riferire all'anno) i vari procedimenti. Tale numero viene diviso per il prodotto delle ore che i giudici possono dedicare all'attività giurisdizionale e il numero di giudici effettivamente in servizio nel medesimo arco temporale. Per mezzo di questa semplice formula si individua il numero di giudici necessari a far fronte alla domanda di giustizia nell'arco di tempo considerato. Se la disponibilità è inferiore, è matematico che si verificherà una dilatazione dei tempi di risoluzione del contenzioso⁽³²⁾.

Ciò che determina la grande difficoltà e la grande mole di studi sulla pesatura è, piuttosto, il metodo per arrivare a poter operare detto calcolo.

Si conoscono vari metodi di pesatura, che sono stati studiati e sperimentati in plurime realtà (eminentemente internazionali), e che offrono un panorama anche delle diverse possibilità di utilizzo del *case weighting* come strumento organizzativo. Già perché i sistemi di pesatura, a prescindere dalle specificità di ciascuno, si apprezzano se iscritti nella più ampia finalità della ricerca della più efficiente formula di organizzazione del lavoro all'interno dell'Ufficio. Appare evidente, infatti, come l'attività del soppesare il singolo procedimento, e poi, di conseguenza, l'insieme dei procedimenti iscritti in una data unità di tempo, siano entrambe finalizzate a trovare la migliore formula di distribuzione e di calendarizzazione delle cause. A parità di tempo e risorse impiegate, si tratta di individuare il metodo organizzativo per ridurre la durata media dei processi in modo matematico e consistente.

⁽³²⁾ Così M. FABBRI, *Metodi per la pesatura dei procedimenti giudiziari in Europa*, cit., p. 1.

4.1. Il metodo *Delphi* mira a trovare la soluzione del problema mettendo insieme un certo numero di esperti i quali, attraverso una procedura più o meno strutturata, devono pervenire ad un progressivo consenso sulla proposta operativa (*educated guess*)⁽³³⁾. In linea generale, esso si svolge attraverso più fasi di espressione e valutazione delle opinioni di un gruppo di esperti o attori sociali, ed ha l'obiettivo di far convergere l'opinione più completa e condivisa in un'unica espressione.

Detto metodo si presta ad essere particolarmente utilizzato allorché: per il problema da affrontare non si abbiano a disposizione dati da analizzare; si ritenga comunque che i dati eventualmente disponibili siano poco attendibili; i dati disponibili risultino particolarmente difficoltosi ed onerosi da reperire⁽³⁴⁾.

Il metodo *Delphi* è stato applicato anche nel campo della giustizia, in quanto capace di produrre una stima dei tempi di lavoro medi necessari ai giudici per la trattazione delle categorie selezionate di procedimenti ai quali assegnare il relativo peso⁽³⁵⁾. La stima risulterà tanto più attendibile quanto più sarà stata accurata la selezione degli esperti componenti il cd. gruppo *Delphi*.

I gruppi *Delphi* possono essere formati da giudici esperti, che abbiano maturato esperienze professionali in varie giurisdizioni, e che pertanto permettano di realizzare un migliore confronto fra le varie categorie di procedimenti

⁽³³⁾ Il metodo *Delphi*, che prende il nome dal noto oracolo, venne ideato negli anni '50 dalla RAND Corporation, un'organizzazione di ricerca e consulenza negli Stati Uniti, come strumento per individuare i possibili obiettivi strategici di un eventuale attacco nucleare dell'Unione Sovietica. Il metodo nel corso degli anni ha conosciuto una serie di varianti e di applicazioni in vari campi, in quanto molto versatile.

⁽³⁴⁾ M. FABBRI, *Metodi per la pesatura dei procedimenti giudiziari in Europa*, cit., p. 3.

⁽³⁵⁾ In termini più specifici, il metodo *Delphi* è una tecnica usata per ottenere risposte ad un problema da un gruppo di esperti indipendenti attraverso due o tre fasi. Dopo ogni fase un amministratore fornisce un anonimo sommario delle risposte degli esperti e le loro ragioni. Quando le risposte degli esperti cambiano leggermente tra le varie fasi, il processo viene arrestato. Infine, tra le risposte alla fase finale viene eseguita una sorta di media matematica, M. BOLOGNINI, *Democrazia elettronica. Metodo Delphi e politiche pubbliche*, Roma, 2001.

ai quali viene assegnato un peso. In questo modo, però, possono essere sottostimati i tempi necessari alla trattazione dei procedimenti da parte dei giudici con minore esperienza, o che lavorano in contesti organizzativi di piccole dimensioni, necessariamente meno specializzati. Quindi, una composizione mista e ben bilanciata dei gruppi sembrerebbe la soluzione più adatta, tenendo in considerazione che un ampliamento del numero degli esperti ed una maggiore diversità delle esperienze dei singoli, ovviamente tenderà a produrre disomogeneità all'interno del gruppo, e quindi prevedibili maggiori difficoltà a raggiungere il consenso⁽³⁶⁾.

I gruppi di esperti possono essere anche più di uno, suddivisi per macro-categorie di procedimenti, (cercando sempre di evitare una frammentazione troppo ampia). Il raggiungimento del consenso fra gli esperti passerà attraverso l'applicazione di una serie di tecniche per la gestione dei gruppi che presuppongono specifiche competenze da parte di chi li coordina.

Il metodo *Delphi* viene utilizzato come sistema di assegnazione delle cause ai magistrati secondo diverse modalità.

Una prima modalità è rivolta alla stima dei tempi ed eventualmente alla conversione degli stessi in punteggi. Ad esempio: viene stimato che il tempo medio di trattazione di un procedimento fallimentare è 20 ore, mentre il tempo medio di trattazione di un decreto ingiuntivo è 1 ora; il peso della categoria dei procedimenti fallimentari sarà 20 e quella dei procedimenti fallimentari 1. Queste stime possono essere convertite in punteggi proporzionali per avere una scala ridotta, ma sempre proporzionale, al tempo stimato. Per cui, riprendendo l'esempio seguito, un procedimento fallimentare dovrà risultare sempre 20 volte superiore rispetto a quello del procedimento per decreto ingiuntivo, ma con una scala che può essere da 0 a 10 (peso procedimento fallimentare: 2; decreto ingiuntivo: 0,1). La conversione in punteggi è utilizzata quando il numero di categorie a cui assegnare i pesi è piuttosto ampio, e sono altrettanto ampi i tempi di trattazione per categoria, tanto che risulta conveniente circoscrivere la gamma dei pesi da assegnare.

Un'altra variante del metodo si basa sull'assegnazione di punteggi alle varie

⁽³⁶⁾ M. FABBRI, *Metodi per la pesatura dei procedimenti giudiziari in Europa*, cit.

categorie di procedimenti, stimandone la complessità senza una valutazione dettagliata dei tempi di trattazione. In questo caso, il consenso è raggiunto progressivamente, considerando le varie categorie di procedimenti sottoposte a valutazione in una sorta di costante comparazione. Il tempo di trattazione entra nella discussione solo in maniera indiretta (anche se in realtà è la determinante della complessità di un procedimento)⁽³⁷⁾. Ad ogni modo, il risultato finale è rappresentato dall'assegnazione di pesi ponderali diversi in una sorta di classifica di complessità dei procedimenti. Tutto ciò al fine di ottenere una distribuzione bilanciata dei procedimenti e del personale all'interno dell'ufficio. Al momento della loro iscrizione, i procedimenti sono moltiplicati per il loro peso, per poi venire assegnati ai vari giudici in base alle regole di bilanciamento del carico di lavoro, adottate a livello nazionale o di singolo ufficio.

Da ultimo, si conta una modalità di assegnazione fondata sulla modifica del peso inizialmente assegnato (peso primario), al verificarsi di specifici e individuati fattori di complessità, che fungono da moltiplicatore dell'originale assegnato. I fattori di complessità costituiscono elementi che si possono ricavarne già in fase di iscrizione o comunque lungo l'*iter* del procedimento (il valore della causa, il numero di testimoni previsti, la richiesta di CTU, il numero di udienze previste o effettivamente tenute). È evidente che si tratta di fattori che non dipendono da decisioni discrezionali del giudice o del personale di cancelleria, quanto piuttosto dalle specifiche caratteristiche del procedimento in corso. In sostanza, si tratta di aggiungere progressivamente un elemento qualitativo di complessità al singolo procedimento; la variabilità *in itinere* del peso dovrebbe permettere un'assegnazione dei procedimenti ancora più bilanciata, capace di tenere conto dell'eventuale complessità intervenuta, che non era possibile conoscere a monte, in fase di iscrizione del procedimento⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ M. FABBRI, *Metodi per la pesatura dei procedimenti giudiziari in Europa*, cit.

⁽³⁸⁾ Viene utilizzata la modifica del peso inizialmente assegnato al termine del procedimento, cioè una volta che è stato definito, soprattutto da parte delle amministrazioni giudiziarie che impiegano la pesatura anche per valutare la produttività dell'Ufficio, mettendola in relazione con la successiva allocazione di risorse umane e materiali. La produttività dell'Ufficio, e la relativa necessaria allocazione di risorse per l'anno successivo, sono pertanto calcolate sulla base dei procedimenti esauriti, pesati sulla base della loro effettiva

4.2. A differenza del metodo *Delphi*, basato su mere stime, il metodo Studio dei tempi di lavoro si caratterizza per il fatto di procedere ad uno studio dettagliato dei tempi medi effettivamente impiegati dai giudici per definire i procedimenti. Rimane ferma la necessità di predeterminare il peso da assegnare a certe categorie di procedimenti, nonché il numero di giudici ai quali si chiederà di raccogliere dati circa i tempi di lavoro. La decisione sulla numerosità del campione di giudici dipende dalle risorse a disposizione, dalle dimensioni del corpo giudiziario, dall'omogeneità del contenzioso e delle prassi applicative dei vari uffici. In questo senso, se vi sono risorse sufficienti, la possibilità di raccogliere dati coinvolgendo tutti i giudici potrebbe risultare di gran lunga la scelta migliore.

L'analisi dei dati dovrebbe produrre come risultato finale un valore medio relativo al tempo impiegato per la trattazione dei procedimenti: più larga sarà la raccolta dei dati, più sarà probabile che la media calcolata rispecchi effettivamente la realtà.

Se non si dovesse avere la possibilità di coinvolgere tutti i giudici, occorrerà individuare un campione rappresentativo dell'intero corpo giudiziario, come una piccola rappresentazione dell'intera popolazione giudiziaria, considerandone l'età, il genere, la specializzazione, la sede, il carico di lavoro e le dimensioni dell'Ufficio. Una volta scelto il campione, lo studio dei tempi si svolgerà secondo differenti possibili modalità: studio dei tempi di lavoro per eventi; studio dei tempi di lavoro per procedimento (i.e. *black box*); studio dei tempi di lavoro e valutazione qualitativa.

Lo studio per eventi potrà essere condotto solo se il sistema elettronico di gestione dei procedimenti (*electronic case management system*, ad esempio, in ambito civile in Italia SICID e SIECIC) permette l'estrazione delle frequenze con cui si verifica un dato evento nell'iter procedurale. Se ciò non fosse possibile, o sufficientemente agevole, lo studio dei tempi dovrà essere effettuato considerando il procedimento nel suo complesso (*black box*), cioè senza effettuare un calcolo più analitico dei tempi che il giudice dedica al

complessità emersa durante la loro trattazione, e non solo rispetto al peso originariamente assegnato per l'appartenenza ad una determinata categoria.

verificarsi di un determinato evento processuale⁽³⁹⁾. Gli studi sui tempi di lavoro si basano necessariamente sull'annotazione del singolo giudice del tempo dedicato alla trattazione del procedimento, che, a sua volta, può essere effettuata con diversi metodi.

Tra le tecniche di raccolta, la più tradizionale è quella cartacea. Il giudice dovrà cioè indicare su un foglio il tempo dedicato al procedimento ed eventualmente l'evento che lo ha riguardato. Ovviamente, le stesse annotazioni possono essere fatte anche tramite applicativo informatico, utilizzabile sia nel momento in cui l'attività viene svolta sia a fine giornata. L'applicativo potrebbe essere anche associato al sistema elettronico di gestione dei procedimenti per rendere l'inserimento il più agevole e rapido possibile⁽⁴⁰⁾.

I dati raccolti saranno poi elaborati in forma aggregata, rendendo impossibile l'individuazione del singolo giudice, al fine di calcolare il tempo medio/peso necessario per la trattazione delle categorie di procedimenti.

Anche nell'analisi dei casi di studio, è utile che i pesi così calcolati siano poi discussi all'interno di un gruppo di lavoro per validarne l'affidabilità e verificare, attraverso un lavoro qualitativo, la effettiva corrispondenza alla realtà esperienziale dei giudici. Questa operazione di validazione potrà essere svolta da un tradizionale gruppo di lavoro di giudici, oppure attraverso un gruppo di esperti *Delphi*, che attraverso le tecniche precedentemente descritte, raggiungerà il consenso sui vari pesi da assegnare, partendo però da una significativa base empirica grazie alla notevole mole di dati disponibili⁽⁴¹⁾.

Altre modalità di validazione dei dati raccolti possono essere: la somministrazione di un questionario a tutti i giudici, o ad un più ampio campione rappresentativo; l'effettuazione di interviste ad alcuni giudici particolarmente

⁽³⁹⁾ M. BOLOGNINI, *Democrazia elettronica. Metodo Delphi e politiche pubbliche*, cit.

⁽⁴⁰⁾ M. BOLOGNINI, *Democrazia elettronica. Metodo Delphi e politiche pubbliche*, cit.

⁽⁴¹⁾ Altre modalità di validazione e affinamento dei dati raccolti sono la somministrazione di un questionario a tutti i giudici, o ad un più ampio campione rappresentativo, oppure l'effettuazione di interviste in profondità ad alcuni giudici particolarmente esperti in diverse settori e provenienti da diverse aree geografiche, con la solita finalità di avere un peso dei procedimenti che rifletta, nel più accurato modo possibile, i reali tempi medi di trattazione nelle diverse realtà giudiziarie, M. FABBRI, *Metodi per la pesatura dei procedimenti giudiziari in Europa*, cit.

te esperti in diverse settori e provenienti da diverse aree geografiche, con la solita finalità di avere un peso dei procedimenti che rifletta, in maniera quanto più fedele possibile, i reali tempi medi di trattazione nelle diverse realtà giudiziarie.

4.3. Per *Multi Moment Analysis* si intende una modalità funzionalmente più moderna di raccolta dei dati, da applicarsi segnatamente nell'utilizzo dello Studio dei tempi di lavoro. Se, infatti, nella versione più classica e tradizionale, quest'ultimo si basa sulla raccolta cartacea dei dati⁽⁴²⁾, è vero pure che detta attività può venire curata attraverso tecniche più moderne.

In seno all'esperienza olandese si è sviluppato, appunto, il Multi-Moment-Analysis (MMA)⁽⁴³⁾, ossia un metodo di raccolta ed elaborazione automatica dei dati, ove essi vengono assunti direttamente da un apposito applicativo informatico installato sul telefono o *tablet*. In vari momenti della giornata, il software interroga un campione di giudici su ciò che gli stessi stanno facendo in quel preciso momento, suggerendo una serie di opzioni alternative in un menù precompilato a tendina. Il sistema non richiede di fornire una risposta o di registrare la durata e gli orari di inizio/fine delle varie attività; in quanto essi vengono poi elaborati statisticamente in forma aggregata. In un secondo momento, i dati vengono anonimizzati ed ordinati tramite una *time-app*⁽⁴⁴⁾.

L'utilizzo sperimentale di questo metodo, basato su un'interrogazione

⁽⁴²⁾ Sarebbe a dire, l'annotazione su foglio separato, compilato per ciascun fascicolo, da parte dei singoli giudici delle varie attività svolte e dei relativi tempi occorrenti.

⁽⁴³⁾ Per approfondimenti, si rinvia a R. MAIO, *Il ruolo della "pesatura" dei procedimenti giudiziari nell'organizzazione degli Uffici giudiziari moderni*, in www.giustiziaisieme.it; S. BENKIN, M. FABRI, *Case weighting in European Judicial Systems*, p. 31 ss. Si tratta di una tecnica sorta per via di evoluzione, sulla base dei cd. sistemi di osservazione in ombra (tecnica del c.d. *shadow research* o osservatore ombra), per cui alcuni giudici selezionati a campione venivano "osservati" nello svolgimento delle loro attività tipiche, da alcuni "analisti", studenti di giurisprudenza, intenti ad annotare ed analizzare le i coi relativi tempi di durata. che hanno annotato di volta in volta le attività svolte e i tempi necessari per svolgerli.

⁽⁴⁴⁾ Nel caso dell'esperienza olandese, si trattava di un'apposita applicazione realizzata da società di consulenza esterna, ed installata sullo *smartphone* o *tablet* dei giudici partecipanti. La sperimentazione ha riguardato ciascun giudice per una sola settimana di ricerca, (in totale per un ammontare di 61 settimane, nel corso di tutto l'anno 2017).

diretta, da parte dell'*app*, del singolo giudice, ha consentito di stimare il tempo dedicato alle varie attività giuridiche, ed anche quello impiegato per attività non strettamente giudiziali (quali attività *extra*, formazione, riunioni organizzative)⁽⁴⁵⁾.

5. Un altro filone di studi che si è occupato dell'organizzazione del lavoro all'interno degli Uffici, e con riferimento al quale – come si vedrà – si possono citare anche delle ricerche nazionali di pregevole livello, è quello dedicato al lavoro sequenziale.

Senza chiedere ai singoli magistrati di aumentare il numero delle cause da decidere, l'ottimizzazione dei risultati può essere raggiunta anche cambiando il metodo di gestione delle cause, da seriale a sequenziale.

La gestione seriale delle cause rappresenta una modalità alluvionale di lavorazione dei procedimenti, che, per ciascuna causa, non importa alcuna preliminare programmazione della stessa, nella sua interezza considerata. Sostanzialmente si procede con la fissazione degli adempimenti e delle successive udienze, volta per volta. È così che si è potuto formare (o quantomeno, continuare ad implementare) il famigerato arretrato patologico. Le cause richiedenti un maggior numero di adempimenti e di udienze, si sono fatalmente posizionate in fondo alla fila.

Un'alternativa al metodo seriale, che evidentemente rappresenta il passato (quel passato che non ha funzionato!) può essere rappresentata allora dal metodo del lavoro sequenziale.

⁽⁴⁵⁾ «L'*app*, nel momento in cui interrogava l'utente, gli consentiva di scegliere una tra le tre seguenti opzioni: 1. Non sto lavorando (non sto svolgendo un'attività giudiziaria in questo momento); 2. Sto svolgendo un'attività non strettamente correlata alla trattazione del procedimento ovvero ... (selezionala da un elenco predefinito di attività, come ad esempio la partecipazione a riunioni di lavoro, formazione e istruzione professionale, attività di gestione e compiti amministrativi ecc.); 3. Sto svolgendo un'attività legata alla trattazione del caso ... (selezionala da un elenco predefinito di casi che sono stati raggruppati in sette aree/categorie giuridiche per il primo grado di giudizio (ovvero penale, famiglia, immigrazione, tributario, commerciale, amministrativo e controversie di modico valore) e in quattro aree giuridiche per l'appello (penale, famiglia, tributario e commerciale)»: così R. MAIO, *Il ruolo della "pesatura" dei procedimenti giudiziari nell'organizzazione degli Uffici giudiziari moderni*, cit.

È chiaro che anche il metodo di gestione sequenziale presenta le sue criticità, poiché non sfugge alla necessità di considerare comunque i fattori di complessità della causa e l'anno di iscrizione a ruolo. Inoltre è indubbio che i carichi di lavoro degli uffici giudiziari sono molto diversi fra loro sia in termini quantitativi che qualitativi.

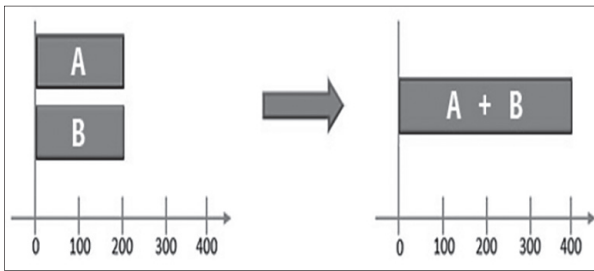
5.1. L'analisi dello stato dell'arte in tema di studi sui sistemi agenda non può non fare riferimento al Progetto *Themis*, un'iniziativa totalmente indipendente, che si è svolta nella prima decade degli anni 2000, sotto il patrocinio e il supporto della Fondazione Giuseppe Pera, di Lucca, e del suo *Board Scientifico Internazionale*, nonché in *partnership* con l'Università di Bologna⁽⁴⁶⁾. Il più concreto risultato del progetto è stato la realizzazione di uno strumento di lavoro, l'applicativo agenda "A-Lex", che i magistrati possono usare per pianificare ed ottimizzare il proprio calendario di attività, implementando automaticamente gli algoritmi elaborati nel corso del lavoro di ricerca⁽⁴⁷⁾. Tuttavia, dopo un'iniziale fase di sperimentazione positivamente condotta presso la Corte di Appello di Roma, Sezione Lavoro, l'utilizzo dell'applicativo si è arrestato per ragioni presumibilmente legate ad una certa resistenza mentale al

⁽⁴⁶⁾ *Themis* è un progetto finanziato e avviato dalla Fondazione "Giuseppe Pera", nel novembre 2012, in collaborazione con ricercatori dell'Università di Bologna, l'Istituto Universitario Europeo, la *Northwestern University ed HEC Montreal*. Il software "A-Lex" è stato poi concretamente sviluppato da una società di informatica specializzata in soluzioni innovative (CNC). L'iniziativa non ha fini commerciali ed i magistrati interessati possono partecipare gratuitamente. È un progetto approvato dalla DGSIA e dal CSM. Pur avendo ricevuto vari apprezzamenti ufficiali, "A-Lex" è stato approvato solo a livello di sperimentazione.

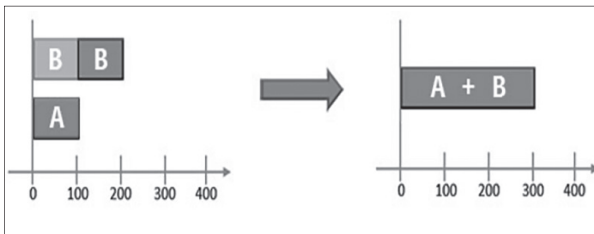
⁽⁴⁷⁾ In particolare, il software "A-Lex" interverrebbe nel senso di automatizzare e velocizzare le operazioni di calendarizzazione, permettendo al contempo il monitoraggio del ruolo del magistrato e la sua gestione efficiente, con notevole risparmio di tempo. La funzione di questa piattaforma è complementare alla Consolle già in uso ai magistrati per la gestione del processo telematico. L'applicativo consente inoltre un'ottimizzazione della ricerca dei "buchi liberi" (in base alle priorità) e del recupero dei "buchi" che si vengono a creare alla chiusura di un processo; nonché della gestione di *slot* lasciati appositamente disponibili per attività urgenti, eventi inattesi ed emergenze. In altri termini, si tratta dell'individuazione della migliore allocazione possibile, dati gli *slot* liberi e in base alla tipologia di incumbente ed alle priorità. Il tutto sempre con la possibilità di intervenire in modifica manualmente.

cambiamento di abitudini, direttamente proporzionale all'incremento del fattore anagrafico della popolazione dei magistrati. In ogni caso, i codici sorgente dell'agenda "A-Lex" sono stati donati al Ministero, che, pertanto, è nel pieno possesso delle chiavi per l'eventuale ripresa della sperimentazione.

Al di là dell'utilizzo in sé dell'applicativo, sembra utile riprendere ed approfondire l'idea di base dalla quale gli studi si sono sviluppati: sarebbe a dire la migliore funzionalità della conduzione del lavoro in maniera sequenziale anziché in parallelo. Riportando un esempio eloquente si può comprendere come il metodo di lavoro sequenziale, sebbene allunghi la durata di inattività dei casi in attesa di essere presi in considerazione, possa giovare a ridurre al minimo possibile la durata totale di completamento di ciascun caso. E ciò con l'effetto complessivo di ridurre la durata totale media dei processi pendenti.



caso B impiegherà (circa) 200 giorni a completare entrambi i casi: lavorando in parallelo la durata media è di $(200+200)/2=200$ giorni.



volta, la durata media è di $(100+200)/2=150$ giorni»⁽⁴⁸⁾.

«Consideriamo un giudice a cui vengano assegnati due casi, A e B, richiedenti 100 giorni ciascuno di lavoro. Se lavora nei giorni pari sul caso A e nei giorni dispari sul

Se lavora prima solo sul caso A e poi solo sul caso B, completa il primo in 100 giorni e il secondo in 200 dalla data di assegnazione: lavorando in sequenza, su un caso alla

⁽⁴⁸⁾ Esempio tratto direttamente dalle ricerche del Prof. Ichino, padre del Progetto *Themis*, in <https://www.pietroichino.it/>.

La durata dei processi viene messa a funzione con le modalità di lavoro individuali del singolo giudice, a parità di carico assegnato. Intervenedo sulla regola di calendarizzazione dei processi, questi saranno tutti completati prima se il giudice lavorerà attivamente su pochi di essi (concentrando in rapida successione le loro udienze), e se aprirà (ad esempio, sciogliendo una riserva) i successivi processi solo dopo che i primi sono stati completati.

Non si nasconde come impostare da zero un'organizzazione di lavoro sequenziale importi certamente un iniziale investimento di tempo che si può esitare a voler compiere. Si tratterebbe, però, di uno sforzo di volontà che promette di essere ampiamente ripagato. In ipotesi, si potrebbe suggerire un coinvolgimento anche dei Funzionari UPP nella revisione e razionalizzazione dei ruoli secondo questo nuovo criterio-guida di base.

Anche il sito del CSM, nella sezione «Organizzazione, innovazione e statistiche. Organizzare il processo civile» affronta il problema del metodo, ed indica ai magistrati il metodo del lavoro in sequenza come buona prassi da seguire⁽⁴⁹⁾.

L'idea che sembra tornare, in definitiva, è che il sistema finora prevalentemente approntato per gestire il processo civile sia una delle concause dell'affanno del sistema giustizia. Trattare più cause in parallelo, per le quali il giudice svolge solamente una porzione di attività (ad esempio, una parte dell'attività istruttoria in una causa; ammissione delle prove in un'altra; esame del Ctu in un'altra ancora), impone di studiare e scendere molto in profondità di ciascun fascicolo, per poi abbandonare il lavoro in favore di altri incombenti, relativi ad altre cause pendenti. Per tornare, quindi, a distanza di settimane o di mesi, a riprendere quel lavoro anzitempo abbandonato, il tutto sempre in parallelo

⁽⁴⁹⁾ «Il segreto sta nella sequenza. Se dal metodo 'in parallelo' il giudice passa a quello 'in sequenza', i tempi di lavoro si riducono. Ogni processo si snoda, così, in udienze consecutive. Non solo, esse sono più ravvicinate nel tempo rispetto alla trattazione in parallelo. Solo a questo punto il giudice passa a un nuovo caso. Lavorare in sequenza permette, a parità di tempo e delle altre risorse, di esaurire un numero maggiore di casi rispetto al metodo in parallelo: le cause durano meno, e c'è quindi più tempo per smaltire l'arretrato»: v. www.csm.it/web/csm-internet/organizzare-il-processo-civile/lavoro-in-sequenza/sintesi.

con altre cause. Abbandonare e riprendere più volte lo stesso percorso comporta un doppio spreco di risorse, energie mentali ed ore di lavoro.

6. Il problema della carenza di magistrati, acuitosi dal 2020, implica attualmente un alto numero complessivo di cause per ciascun magistrato che, a livello organizzativo, obbliga ad un contemperamento tra il sovraccarico di lavoro considerando il flusso di ingresso e la produttività individuale⁽⁵⁰⁾.

Tale aspetto è stato analizzato in occasione dell'incontro fra alcuni assegnisti e borsisti ed un giudice in servizio presso la seconda Sezione del Tribunale civile di Perugia, il Dott. Edoardo Postacchini, che ha approfondito la questione della pesatura del fascicolo. L'esempio virtuoso del Dott. Postacchini ci è stato segnalato in quanto, essendosi trovato, in sede di prima nomina, a dover gestire una mole di lavoro imponente, il Giudice ha dovuto mettere in campo un sistema di più efficiente gestione dei tempi di lavorazione dei fascicoli, di quanto non fosse la calendarizzazione pura e semplice.

Il ruolo ponderoso era costituito per la stragrande maggioranza da cause in stato avanzato, sicché non si poteva prescindere da un preliminare investimento di tempo, dedicato a curare aspetti eminentemente strategici, di organizzazione del lavoro e del ruolo. In altri termini, in questo suo far di necessità virtù, si è trovato ad approfondire gli studi sulle tecniche di pesatura dei fascicoli, volte ad una tecnica di valutazione del grado di impegno richiesto da ciascun procedimento. Per questa via, il Dott. Postacchini è giunto ad elaborare un'originale sistematica di pesatura dei fascicoli e di calendarizzazione delle udienze.

Inizialmente il giudice aveva elaborato una "scheda del fascicolo", in cui dovevano essere rilevati una serie di elementi che implicavano uno studio approfondito e sostanziale di vari profili della causa. Si trattava di un'attività

⁽⁵⁰⁾ Per i riferimenti al progetto si rinvia al § 1.2. Per arrivare a proporre un modello organizzativo, al nostro gruppo di ricerca è parsa indispensabile un'attività preliminare di ricognizione delle prassi in uso all'interno del Tribunale civile di Perugia. Così alcuni assegnisti e borsisti (uno specifico sottogruppo di ricerca costituito a questo scopo) sono stati inviati presso l'Ufficio giudiziario, al fine di poter studiare più vicino le attività ivi svolte, sin dall'iscrizione a ruolo di una causa civile.

che richiedeva un tempo di lavoro non proporzionale alla finalità per cui la scheda, in fin dei conti, era stata originariamente pensata, ossia la mera calendarizzazione delle udienze. Si rischiava, cioè, di arrivare ad uno stadio di conoscenza della causa prossimo a quello che sarebbe stato prodromico alla decisione, quando magari la decisione non era imminente, perdendo di vista l'obiettivo, invero più superficiale, dell'organizzazione di un'agenda personale, finalizzata allo smaltimento dell'arretrato quanto più rapidamente possibile. Inoltre si trattava di un'attività che, realisticamente, non avrebbe potuto nemmeno essere delegata ad un funzionario UPP (ove presente e disponibile), trattandosi di un'attività complessa e di grande responsabilità, probabilmente trascendente anche le abilità e/o le capacità di un addetto UPP di prima assegnazione.

Una successiva fase della sperimentazione condotta dal Dott. Postacchini ha portato allora all'elaborazione di un modello di pesatura decisamente differente, più snello ed agile, basato su indici immediatamente percepibili e valutabili *ictu oculi*, e di veloce valutazione, ai quali è attribuito un coefficiente numerico di peso, in maniera astratta. Il rapporto fra il punteggio attribuito ed il coefficiente numerico è di diretta proporzionalità: ad un "punteggio" più elevato corrisponderà una causa implicante un tempo di lavoro maggiore (nonché di maggiore complessità). L'idea di fondo è che la pesatura abbia un'effettiva utilità solo se svolta in determinate fasi o stadi della causa, cioè al termine della trattazione della causa, in vista dell'ordinanza sull'ammissibilità dei mezzi di prova, ed al momento della conclusione della fase istruttoria, in vista della decisione della causa. Una pesatura "in entrata" del fascicolo, invece, sarebbe priva di utilità pratica, in quanto l'unico indice affidabile sarebbe il solo criterio della materia, evidentemente personale, quindi mutevole, ed in fin dei conti quasi rimesso alla valutazione implicita di ciascun magistrato. Inoltre, come è emerso anche dalle interlocuzioni con altri magistrati, un'attività di pesatura del fascicolo collocata nelle fasi iniziali della causa rischierebbe di essere oltretutto fuorviante: una causa apparentemente classificata come semplice potrebbe risultare poi estremamente complicata, a causa delle evoluzioni assunte dal contraddittorio fra le parti (e viceversa).

Con riferimento a questa scheda, occorre precisare che dall'elenco de-

gli indici (numero delle parti; pagine da leggere totali; cause riunite; entità istruttoria; materia; domande) è stato espunto quello relativo al valore della causa, in quanto è risultato essere poco efficiente, se non addirittura fuorviante per la pesatura.

In sostanza, l'unica linea-guida da seguire è che l'attività da prendere in carico per la settimana corrente (comprensiva di: riserve, ordinanze o sentenze da scrivere) non superi mai un certo tetto massimo di punteggio, corrispondente al carico di lavoro che il singolo magistrato sarà personalmente in grado di svolgere. L'idea di fondo è evitare che si crei un sovraccarico, un ingolfamento che rischierebbe di bloccare l'intero il flusso di attività.

Fra i vari punti di forza del sistema di pesatura in parola spicca l'alto grado di modulabilità soggettiva della scheda: l'attribuzione del coefficiente numerico espressivo del peso è, infatti, altamente soggettiva. Si pensi, in questo senso all'indice relativo alla materia, che può ben riflettere le attitudini personali del magistrato.

Il secondo punto di forza dello schema riguarda la sua estrema linearità e semplicità, che lo rende uno strumento perfettamente alla portata di un Funzionario UPP, anche alle prime esperienze lavorative; un funzionario UPP neo-assunto, o comunque col quale non si sia ancora sviluppato un rapporto di completa e reciproca fiducia lavorativa. Da ciò derivano per gemmazione due ulteriori effetti virtuosi della possibile adozione, su larga scala, del sistema di pesatura in proposta. Da una parte il fatto che l'attività di pesatura potrebbe continuare ad essere condotta dall'uomo. Sono note, infatti, tutte le fondate preoccupazioni verso un'operazione di pesatura demandata solo a calcolatori informatici⁽⁵¹⁾. Dall'altra il fatto che, anche in caso

⁽⁵¹⁾ «Ma come si pesano i processi? Chi è in grado di pesare i processi? Pur dovendosi apprezzare quei progetti organizzativi che prevedono modalità di pesatura dei processi mediante dei punteggi ai fini dell'assegnazione dei fascicoli ai giudici in maniera per quanto possibile equilibrata, si può ragionevolmente affermare che solo una struttura di persone chiamate a svolgere un reale lavoro di pesatura dei fascicoli, previa valutazione di una serie di parametri e di coefficienti, potrebbe consentire il raggiungimento di risultati attendibili. Saranno sempre possibili pesature di massima mediante i sistemi informatici, ma senza alcuna garanzia di certezza»: così D. CARLINO, *La possibile individuazione dei carichi sostenibili. Un percorso di approfondimento tra standard di rendimento e carichi esigibili*, in *Rivistadirittoventite.it*.

di errore, l'operazione rimarrebbe sempre facilmente emendabile, in seconda battuta, dallo stesso magistrato. Questo sistema di pesatura inoltre ha il vantaggio di essere abbastanza veloce e perciò di essere tale da poter essere approntato e gestito agevolmente anche da un solo funzionario UPP⁽⁵²⁾. Ciò in quanto esso si basa su indici facilmente rilevabili, rispetto ai quali vi sarà già stata la valutazione a monte da parte del giudice, che avrà anzitempo attribuito un *range* personale di coefficiente a ciascun indicatore. L'adozione di questo sistema di pesatura, in quest'ottica, rappresenterebbe anche una *matière* di applicazione e di impiego nuovi e diretti dell'UPP, che si occuperebbe di supportare il giudice nell'organizzazione del lavoro, nell'ottica dello smaltimento dell'arretrato.

È bene, inoltre, precisare che l'efficacia del metodo adottato dal Dott. Postacchini trova conferma nei numeri. È stato, infatti, rilevato, comparando ad esempio i mesi di febbraio 2022 e febbraio 2023, che, mentre prima dell'adozione del metodo potevano essere decise circa 12 cause ogni mese, a seguito del ricorso al sistema di pesatura, il dato è praticamente raddoppiato (25 cause in un mese). Attraverso un'analisi prognostica di questi dati è possibile stimare che entro l'anno 2023 sarà smaltito completamente l'arretrato degli anni 2019 e 2020.

⁽⁵²⁾ Sono note le preoccupazioni sollevate in dottrina in ordine all'individuazione dell'Ufficio che, in concreto, avrebbe potuto (e potrebbe) occuparsi sistematicamente dell'attività di pesatura. Sul punto si rinvia ancora a D. CARLINO, *La possibile individuazione dei carichi sostenibili. Un percorso di approfondimento tra standard di rendimento e carichi esigibili*, in *Rivista di diritto vivente.it*: «In assenza al momento di una tale struttura, forse ipotizzabile in uffici giudiziari del futuro composti anche da tante persone ben organizzate e in grado di svolgere complesse operazioni, non si può fare altro che riporre la fiducia ai fini di una conta ponderata nel magistrato che conosce i fascicoli, ovvero quello diligente, ben organizzato mediante gli strumenti informatici e che è in grado di valutare in maniera anche critica il peso del ruolo» (14). «Né appare possibile delegare tale compito al magistrato, il quale al momento della valutazione di professionalità si dovrebbe armare di tanta pazienza e di una buona calcolatrice così distogliendo le sue energie dal normale lavoro giudiziario. Inoltre, chiunque abbia avuto esperienze nel settore delle statistiche giudiziarie e della qualità dei dati ben conosce i numerosi problemi derivanti dal data entry che necessariamente deve essere svolto dal personale amministrativo. Tale personale, pur nelle ataviche carenze di organico che lo contraddistinguono, sarebbe chiamato a svolgere un lavoro ulteriore al momento dell'immissione di tutti i coefficienti necessari ai fini della pesatura dei processi» (16).

Di seguito si offre in visione lo schema iniziale elaborato dal Giudice Postacchini:

Scheda di pesatura in vista della decisione:

A. Indicatore		Punteggio astratto	
Parti	2	2	
	3	4	
	4	6	
	5	8	
	6	12	
Pagine totali	0-30	1	
	30-60	2	
	60-90	3	
	90-120	4	
	120-150	5	
	150-180	6	
	180-210	7	
	210-240	8	
	240-270	9	
	270-300	10	
	300-400	12	
	400-500	14	
	500-600	16	
	600-700	18	
	700-800	19	
800-1000	20		
Cause riunite	2 cause	5	
	3 cause	10	
	4 cause	15	
	+1	+5	
Istruttoria	Solo doc.	1-10	1
		10-20	2
		20-30	4
		30-40	6
		+ 10	2
	Doc. + CTU		Valore Doc. + 2
	Doc. + Prove orali		Valore Doc. + 3
	Doc.+ CTU + Prove orali		Valore Doc. + 4

Materia	Sanzioni amministrative	Strada	1	
		Agrarie	2	
		Altro	3	
	Bancario		3	
	Contratti	Affitto d'azienda	2	
		Agenzia	3	
		Appalto privato/contratto d'opera	3	
		Appalto pubblico	5	
		Assicurazione	2	
		Garanzia	2	
		Leasing	3	
		Locazione	2	
		Mandato	2	
		Mutuo tra privati	3	
				Somministrazione
Transazione				2
Trasporto	3			
Compravendita	2			
Altro	4			
Responsabilità civile	Professionista		4	
	Magistrato		5	
	Fauna		3	
	Sinistro stradale		3	
	Insidie stradali		3	
	Altro		4	
Arricchimento/Ripetizione			3	
Titoli di credito			3	
Revocatoria/Simulazione/Fallimentare			4	
Tributario			4	

	Diritti reali	4
	Successioni/Divisioni	5
	Società ed enti	5
	Agraria	3
	Condominio	3
	Querela di falso	5
Domande	P	2
	P+R	4
	P+T	4
	Appello incidentale	4
	P+R+R	6
	P+R+T	6
	P+R+T+T	8
	P+R+T+T+T	10

6.1. Sulla base di una molteplicità di contatti con il Giudice Postacchini, con la sua Funzionaria UPP, e con altri Giudici che ne hanno condiviso l'idea e gli intenti, il gruppo di ricerca si è messo all'opera al fine di dar vita ad una scheda che si ponesse quale risultato di prodotto utile alla migliore gestione del ruolo, nella delicatissima attività di calendarizzazione delle udienze.

La bontà del meccanismo riposa proprio sull'idea generale di operare una pesatura del fascicolo che consenta la programmazione di tutte le attività nell'ottica della miglior resa nel minor tempo possibile. E non si è potuto far altro che scorgere le fortunate possibili prospettive di utilizzo su larga scala: il suo impiego diffuso potrebbe riverberare i suoi effetti positivi a livello generale, al netto della eventualità che in certi uffici si possano verificare eventi eccezionali, che ovviamente, richiederanno interventi straordinari nell'organizzazione del lavoro. Questo sistema di pesatura, evidentemente calibrato sulle attitudini personali del magistrato, risulta invero ripetibile ed esportabile agevolmente anche su larga scala, ricorrendo ad una semplice previa personalizzazione (o *settaggio*) dei vari indici e coefficienti numerici, corrispondenti ai vari indicatori.

Dal fortunato incontro fra le risultanze delle ricerche teoriche condotte dal gruppo di ricerca e le idee conseguentemente maturate, con le conclu-

sioni già raggiunte da un Giudice del Tribunale civile di Perugia, il Dott. Edoardo Postacchini ha preso forma la “scheda di organizzazione virtuosa dell’arretrato” (cd. scheda OVA).

Questa fase ha comportato un intenso grado di interlocuzione e collaborazione con gli assegnisti del Dipartimento perugino di Ingegneria, che si sono materialmente occupati di tradurre in algoritmi quanto finora descritto. L’aspetto più delicato della programmazione, in particolare, ha riguardato la configurazione del coefficiente numerico attribuito ad ogni singolo fascicolo; si tratta, infatti, del fondamentale criterio di partenza per l’organizzazione delle giornate d’udienza. Si è pensato, quindi, di legare il coefficiente ad una sorta di valore-soglia giornaliero, che funga da limite oltre il quale si rischierebbe il sovraccarico, e dunque l’ingolfamento del lavoro, perciò l’inefficienza. In altri termini, per ogni giornata d’udienza la somma dei coefficienti dei singoli fascicoli non dovrebbe mai superare una certa quota (ad esempio 45/45), che il singolo Giudice può previamente impostare. La scheda OVA è pensata come utilizzabile nel primo grado di giudizio, per il rito ordinario. Tuttavia essa consente anche parallelamente di organizzare il lavoro rispetto alle cause che seguono riti speciali e che richiedono una trattazione prioritaria (cautelari, provvisoria esecutorietà, etc.). Di seguito si offrono in visione due schermate della scheda automatizzata:

PESATURA FASCICOLI

Parti:

Pagine totali:

Cause riunite:

Istruttoria: Documenti CTU Prove orali

Materia:

Domande:

TOTALE PESO FASCICOLO:

The screenshot shows a software interface titled "CONFIGURAZIONE PESI". At the top, there are navigation tabs: "Parti", "Pagine totali", "Cause riunite", "Istruttoria", "Materia" (which is highlighted), and "Domande". Below the tabs is a table with two columns: "Indicatore" and "Punteggio". The table lists various legal categories and their corresponding weights. A large grey box labeled "Materia" is positioned to the left of the table, partially overlapping it.

Indicatore	Punteggio
Sanzioni amministrative - Strada	1
Sanzioni amministrative - Agrarie	2
Sanzioni amministrative - Altro	3
Bancario	3
Contratti - Affitto d'azienda	2
Contratti - Agenzia	3
Contratti - Appalto privato/Contratto d'opera	3
Contratti - Appalto pubblico	5
Contratti - Assicurazione	2
Contratti - Garanzia	2
Contratti - Leasing	3
Contratti - Locazione	2
Contratti - Mandato	2
Contratti - Mutuo tra privati	3
Contratti - Somministrazione	2
Contratti - Transazione	2
Contratti - Trasporto	3

La scheda è stata sottoposta ad una fase di sperimentazione in due livelli. In primo luogo, ed in un primo momento anche temporale, essa è stata presentata alla Presidente del Tribunale civile di Perugia, assieme a due Giudici di sezioni civili, in occasione di un incontro dedicato alla presentazione dei modelli. Si è trattato di un'esposizione dedicata a mostrare il funzionamento pratico dell'applicativo, non senza aver prima dato conto del metodo utilizzato: dagli studi teorici ricognitivi; all'incontro con il Giudice Dott. Postacchini, che ha fornito uno schema operativo di base di quella che sarebbe poi divenuta la scheda in versione definitiva; ai vari momenti di confronto con gli Ingegneri che si sono messi all'opera per la materiale creazione dell'applicativo. In occasione di questo primo incontro non sono emersi particolari profili di criticità del prototipo, né sono stati segnalati particolari aspetti da modificare o migliorare; semplicemente è stato suggerito dalla stessa Presidente di rimettere la valutazione al Giudice Postacchini, quale interlocutore privilegiato da considerare per la fase di sperimentazione.

Si è così giunti alla seconda fase di sperimentazione condotta direttamente dal più volte nominato Giudice Postacchini, il quale ha adoperato il *software* predisposto sulla base anche dei suoi studi, applicandolo per un periodo breve. È chiaro, infatti, che una sperimentazione più lunga e duratura nel

tempo avrebbe consentito di verificare più puntualmente il (buon) funzionamento del prototipo e certamente di raccogliere dati significativi sull'impatto nell'aggressione dell'arretrato.

Dal momento che, come anticipato, l'arco temporale di sperimentazione è stato troppo breve per registrare dei risultati affidabili, e perciò limitandosi a quanto consta dalle valutazioni condotte dal Giudice Postacchini con la sua versione di scheda, emerge che, a distanza di un anno, l'utilizzo della scheda ha fatto sì che il numero delle cause decise nell'arco di un mese sia più che raddoppiato. E, si badi, la versione di scheda in questione non era chiaramente ancora quella automatizzata, cioè costituita come *software*.

Inoltre il Giudice Postacchini ci ha fornito anche una serie di indicazioni tecnico-pratiche, che è stata nostra cura trasmettere immediatamente agli Ingegneri e che si riportano di seguito, schematicamente.

- a) Inserimento di un campo vuoto, da poter riempire manualmente, volta per volta, con riferimento al criterio di pesatura "materia"; in altri termini, deve rimanere un elenco aperto.
- b) Anteposizione, alla scheda, una schermata preliminare che pone l'alternativa fra "causa in decisione" e "causa in riserva istruttoria". Opzionando "causa in riserva istruttoria", si andrà ad aprire una nuova pagina di scheda, uguale a quella già elaborata e funzionante allo stesso modo, ma dotata di indici di pesatura differenti, denominati Indicatori per riserva istruttoria quali:
 - Parti (come per le sentenze)
 - Materia (come per le sentenze)
 - Pagine (come per le sentenze)
 - Cause riunite (come per le sentenze)
 - Domande contrapposte (come per le sentenze)
 - Richieste istruttorie
 - o Solo doc.: 0
 - o Prove orali:
 - Da 1 a 10 capitoli: 2
 - Da 11 a 20: 4
 - Da 21 a 30: 6

- Da 31 a 40: 8
- Da 41 a 50: 10
- Da 51 a 60: 12
- Da 61 a 70: 14
- Da 71 a 80: 16
- Da 81 a 90: 18
- Ogni ulteriori 10: +2
- Ordini esibizione: 2
- CTU: 3

Dallo schema emerge un particolare sistema di valutazione delle varie istanze istruttorie che, ad esempio, comporta l'attribuzione del punteggio pari a zero alla causa prettamente documentale, in quanto l'ammissione della prova documentale non necessita di un giudizio di ammissibilità/inammissibilità, come invece accade in caso di richiesta di prova testimoniale, laddove si devono effettuare verifiche approfondite relativamente alla capacità a testimoniare dei chiamati, ai singoli capitoli di prova formulati.

- c) Dotazione, di entrambe le schermate di scheda, di ulteriori tasti: “numero di ruolo”, in alto a sinistra (n°/anno); “pesa e archivia” (con funzione di raccolta dei dati di pesatura) in alto a destra; “regime” (a seconda del grado di intensità di lavoro: leggero, normale, intensivo). Colorazione diversa per le attività a diverso grado di complessità (cioè, peso): ad es. rosso, giallo, verde. Un regime “leggero” potrebbe prevedere ad es. di diluire, nell'unità di tempo considerata che - come leggerai a breve - sarà la settimana, poche cause “rosse” (ad elevato grado di difficoltà, cioè pesanti) in un maggior numero di cause verdi/gialle (meno pesati); diversamente, nel regime “intensivo”, vi sarà, anche a colpo d'occhio, una prevalenza di incombenze “rosse” e ponderose.
- d) Infine la scheda dovrebbe consentire di fornire la combinazione ottimale di attività, secondo il limite massimo di peso che l'utente avrà scelto, per *slot* settimanali; cioè, lasciando da parte il collegamento ad una funzione calendario, semplicemente si dovrebbe ottenere la sequenza di attività, non eccedente il limite di peso impostato, per la

settimana 1, per la settimana 2, per la settimana 3 e per la settimana 4 di un ipotetico mese. Sarà poi l'utente a trasporre la combinazione di attività sul proprio calendario/agenda personale. Nel comporre la combinazione settimanale, la scheda dovrebbe tener conto di alcuni criteri di priorità da riconoscere a certe cause che l'utente avrà cura di spuntare previamente (ad es.: "priorità *ex lege*"). Nell'elaborazione di queste combinazioni, inoltre, la scheda dovrebbe considerare anche una "quota imprevisto", corrispondente ad esempio ad un peso variabile di +/- 5, che valga quale cuscinetto da spendere in attività urgenti ed improvvise da sbrigare.

A seguito di un'analisi condotta dal *team* degli Ingegneri in ordine ad una preliminare stima di fattibilità di queste proposte di modifica ed integrazione, è emerso che le modifiche inerenti alla funzione di calcolo dell'applicativo potrebbero essere realizzate con relativa semplicità – punti *a)* e *b)* –; di media difficoltà risulterebbe la modifica di cui al punto *c)*; mentre la modifica di cui al punto *d)*, già *prima facie* decisamente più complessa, richiederebbe un tempo di lavoro stimabile in almeno 2 o 3 mesi. Ciò in quanto si tratterebbe di creare una sorta di memoria interna all'applicativo, capace di eseguire le funzioni di salvataggio e archiviazione, e quindi decisamente più macchinosa a livello di algoritmi da impostare.

7. Come appreso in precedenza, l'attività di pesatura del fascicolo può avere diverse finalità, che variano a seconda della fase procedimentale in cui il processo si trova, risultando utile sia ai fini di una pre-valutazione del carico di lavoro, tesa ad una migliore distribuzione dello stesso nell'ufficio giudiziario⁽⁵³⁾, sia, e forse soprattutto, ai fini della gestione dell'agenda di lavoro dei singoli giudici. Non a caso, per quanto già rappresentato, l'attività di pesatura è stata pensata principalmente allo scopo di stabilire i c.d. standard di rendimento e di carico esigibile⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Al fine, in via esemplificativa, della predisposizione delle Tabelle triennali da parte dell'amministrazione: ad esempio per calcolare se il numero di giudici in servizio è adeguato a rispondere in tempi ragionevoli alla domanda di giustizia.

⁽⁵⁴⁾ Si veda § 2, in particolare lo studio coordinato dal gruppo *Saturn* della Commis-

La pesatura potrebbe essere anche un valido strumento atto alla predisposizione delle Tabelle triennali da parte dell'amministrazione, ma può essere utile anche per calcolare se il numero di giudici in servizio sia adeguato a rispondere in tempi ragionevoli alla domanda di giustizia. Tuttavia, non sfugge che si tratta di attività compiute solo a monte, ossia, in sede di assegnazione dei ruoli ai vari magistrati in servizio e fondata sulla valutazione solo di alcuni parametri, come la tipologia del procedimento e la materia.

Dalle attività di rilevazione delle prassi in uso presso l'ufficio giudiziario pilota svolte dal gruppo di ricerca, è emerso che un'attività di pesatura del fascicolo sia al momento adottata solo in via autonoma e sperimentale, da parte di singoli magistrati per la gestione dei procedimenti loro assegnati.

Le cancellerie utilizzano una sistematica piuttosto elementare in fase di iscrizione a ruolo ed assegnazione della causa ai magistrati competenti, in cui si tiene conto soltanto della materia per l'individuazione della Sezione assegnataria e del carico di lavoro del singolo magistrato, ma non del grado di complessità della causa che, invece, si porrebbe come parametro assai rilevante per la migliore programmazione delle attività all'interno dell'ufficio giudiziario.

Oltre a questo, sono state rilevate una serie di altre criticità anche laddove siano in dotazioni applicativi informatici.

Infatti, è emersa, prima di tutto, una scarsa interazione tra i vari applicativi⁽⁵⁵⁾ in uso, in quanto l'operatore deve fornire e inserire manualmente le informazioni in ciascuno di essi raddoppiando i tempi di lavoro, poiché non vi è comunicazione tra i bagagli informativi dei vari sistemi operativi.

In secondo luogo, l'unico margine di intervento da parte dei funzionari sulle disfunzionalità di tali applicativi consiste nella segnalazione, di volta in volta, degli errori e dei blocchi direttamente al gestore, risultando molto più complicato il suggerimento da parte degli operatori di migliorie da apportare al programma.

Per di più, alcune operazioni sono eseguite ancora su supporti cartacei:

sione per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa che ha prodotto il rapporto S. BENKIN, M. FABRI, *Case weighting in European Judicial Systems*, cit.

⁽⁵⁵⁾ Ad esempio tra SICID e SIAM, il Sistema informativo dell'amministrazione delle liquidazioni spese di Giustizia.

ad esempio, la nota di iscrizione a ruolo viene compilata e stampata per poi essere riposta assieme all'atto introduttivo (citazione/ricorso) all'interno di un fascicolo cartaceo materialmente composto; successivamente questo viene portato a mano presso l'ufficio del Presidente di Sezione, che lo assegna al giudice competente. Tale prassi porge il fianco a due ordini di rilievi critici.

Innanzitutto si rende evidente una dispendiosa alternanza di lavoro tra supporti telematici e supporti cartacei. In particolare, la stampa di parte del fascicolo sembra occasionata dalla necessità di procedere all'assegnazione al singolo giudice da parte del Presidente di Sezione, in quanto, probabilmente, questa fase non è supportata dal sistema digitale che permette al Presidente di firmare digitalmente. L'assegnazione alle varie Sezioni segue, invece, un criterio tabellare.

La seconda questione problematica attiene alle modalità con cui viene operata l'assegnazione della causa al singolo magistrato in cui, avvalendosi di un razionale sistema rotativo che tiene conto degli esoneri, a loro volta dipendenti dalle funzioni "ulteriori" svolte da ciascun magistrato (presidenza, coordinamento informatico, etc.), colpisce, però, come l'effettiva assegnazione capitaria sia in concreto individuata manualmente: a crocette e con colori diversi su tabelle disegnate in fogli di carta. Basta questo per comprendere il margine di errore concretizzabile, nonché il rischio e la delicatezza di un'assegnazione umana e non informatizzata.

Ad ogni modo, va dato conto del fatto che si trova in fase di studio e lavorazione un applicativo per le assegnazioni automatiche, che prevede una suddivisione tra Ruolo Contenzioso e Volontaria Giurisdizione da una parte, e ruolo lavoro dall'altra, in grado di operare secondo diversi "profili di bilanciamento": "uno per uno", oppure secondo altre modalità di assegnazione che lo stesso programma definisce più "aggressive". Purtroppo, al momento l'applicativo risulta di difficile utilizzo, dato che il programma inserisce nel conteggio anche i giudici non togati, ai quali determinati tipi di cause non possono essere assegnate e dunque il funzionario addetto si trova costretto a forzare manualmente il sistema e prevedere, ad esempio, un'esenzione del 100% per gli onorari, affinché non risultino assegnatari di

cause. In altre parole, l'utilizzo del supporto al momento non è affidabile e rischia di accrescere le incombenze per i vari funzionari.

È emerso, altresì, come in questa prima fase di assegnazione delle cause non vi sia alcuna partecipazione degli addetti UPP.

8. Da quanto appena esposto si confermano le premesse secondo cui nei Tribunali interessati non viene svolta una vera e propria attività di pesatura.

Invero, anche in fase di assegnazione si tiene conto soltanto della materia per l'individuazione della sezione e del carico di lavoro del singolo magistrato, ma non del grado di complessità della causa. La pesatura intesa solo in questi termini rischia di concentrarsi solo su alcuni parametri che non indicano la reale complicatezza della causa e, in definitiva, di non dimostrarsi realmente efficace.

Il grado di complessità della causa è, invece, un parametro assai rilevante per la migliore programmazione delle attività del singolo magistrato con effetti positivi che si riverbererebbero sull'intero ufficio giudiziario.

Per il singolo giudice, infatti, una valutazione del grado di complessità della causa può rilevare sotto diversi profili come, ad esempio, prendendo per ora in considerazione il vecchio rito⁽⁵⁶⁾, nella scelta del modello decisorio da adottare, tra quello più semplice della decisione a seguito di discussione orale *ex art. 281-sexies* c.p.c. e quello a trattazione scritta; nel passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione e viceversa; nella calendarizzazione del processo e in particolare nella fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni in modo tale da scadenziare il complessivo lavoro del giudice. Per ora, l'adozione di metodi di pesatura in questo senso è rimessa alla sola capacità organizzativa del singolo magistrato, come accade nel caso della prassi virtuosa individuata presso il Tribunale di Perugia.

Una ancor più forte e rinnovata esigenza di organizzazione del lavoro e pesatura si è posta, da ultimo, con riferimento agli obiettivi del PNRR.

Fra gli strumenti che il PNRR individua al fine di migliorare la risposta

⁽⁵⁶⁾ Come noto con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 è stata varata la nuova riforma del processo civile, entrata poi in vigore dal 28 febbraio 2023.

giudiziaria, si conta il calendario del processo. Come già rappresentato, infatti, la modalità di gestione dei ruoli più diffusa, ad oggi, è di tipo seriale; consiste cioè nel gestire un elevato numero di cause per singolo giudice, tutte in parallelo. Di queste cause raramente viene predisposto un programma di udienze fin dall'inizio: si tende piuttosto a fissare e calendarizzare un'udienza per volta. In questo modo, però, le cause caratterizzate da un maggior numero di adempimenti tenderanno ad essere collocate in fondo alla fila, e così ad aggravare ulteriormente l'arretrato patologico. Su questo aspetto problematico può fruttuosamente incidere la predisposizione di un'agenda personale del giudice.

L'ambizioso obiettivo di migliorare ed ottimizzare le pratiche di lavoro individuali dei magistrati, nonché di gestione delle udienze, in generale, per l'intero Tribunale, sorge dalla necessità di non aggravare ulteriormente il problema giustizia incidendo troppo pesantemente sui costi. Del resto, un efficientamento dell'organizzazione del sistema agenda potrebbe rappresentare una soluzione a costo (quasi) zero, in grado di incidere molto positivamente su tutti i principali fronti d'intervento: smaltire il pregresso; ridurre la durata media dei processi; dare tempi certi. Un'opportuna metodologia di lavoro individuale non abbisogna di nuovi investimenti e, a parità di altre condizioni, è in grado di assicurare un risultato pressoché certo in termini di efficienza.

Il sistema di pesatura del fascicolo sperimentato dal Dott. Postacchini ha il merito di consentire una rapida organizzazione della propria agenda, di programmare in modo razionale ed efficiente il carico di lavoro, nonché di fissare le varie udienze in base agli incombeni da compiere ed in considerazione della necessità di smaltire l'arretrato ultratriennale, evitando altresì la generazione di un nuovo arretrato.

Come è facilmente immaginabile, si tratta di un compito che, per quanto agevole e delegabile, richiede un certo sforzo organizzativo ed una certa predisposizione d'intenti. Ma sembra ormai chiaro che una buona organizzazione del carico di lavoro sia un mezzo fondamentale per fronteggiare le endemiche carenze materiali e umane dei nostri uffici giudiziari.

9. Il meccanismo di pesatura descritto, sembra mostrarsi efficace soprattutto nella compilazione del calendario delle varie udienze, a seconda del tipo di incombenza da compiere e/o del tipo di provvedimento da emettere, come vedremo ora nello specifico declinandolo nelle varie fasi del processo.

Inizialmente, la descrizione pratico -applicativa prenderà le mosse dall'ambito dell'ormai vecchio rito civile, oggi riformato dal d.lgs 149/2022 (c.d. Riforma Cartabia), in considerazione del fatto che la scheda è stata pensata per un più veloce ed efficiente smaltimento dell'arretrato, in un periodo in cui la tanto preannunciata riforma della giustizia civile sembrava ancora un lontano miraggio, e dunque, è stata modellata secondo i canoni processuali precedenti.

Si deve anticipare che, da un punto di vista squisitamente pratico, la scheda esplica tutta la sua migliore potenzialità in fasi piuttosto avanzate del processo ed in vista della necessità, da parte del giudice, di dover prendere qualche decisione.

In questo senso, in una ipotetica linea temporale del processo vecchio rito, si individuano due momenti che possono rappresentare per il giudice un collo di bottiglia: lo scioglimento della riserva istruttoria e la decisione della causa.

Partendo dal primo, si pensi alla circostanza in cui a seguito dell'udienza di prima comparizione delle parti e dopo l'eventuale scambio di memorie, il giudice, salva l'applicazione dell'art. 187 c.p.c., è chiamato, *ex art. 183, c.p.c.*, a pronunciarsi sulle richieste istruttorie formulate dalle parti. Simile incombenza presuppone lo svolgimento di un giudizio di ammissibilità e rilevanza sui mezzi di prova richiesti. È evidente, dunque, che sia nel caso in cui il giudice si pronunci in udienza, sia nel caso che egli si riservi, emettendo un'ordinanza fuori udienza entro 30 giorni, si troverà comunque a dover esaminare dettagliatamente ogni singola richiesta istruttoria.

Pertanto, riprendendo quanto spiegato nella parte II, § 4 del presente lavoro, in base al punteggio attribuito alla fase istruttoria di ogni fascicolo, il giudice sarà in grado di capire quanto tempo gli occorrerà per sciogliere la riserva e, conseguentemente, stabilire il calendario per le eventuali udienze istruttorie. L'obiettivo di fondo rimane sempre quello di equilibrare la

pesatura tra cause più impegnative e meno impegnative, in modo da non incorrere in sovraccarichi di lavoro e non essere così in grado di provvedere nei termini stabiliti dalla legge.

Stesso discorso per quanto attiene alla pronuncia *ex art. 186 c.p.c.*, per cui, nel fissare il giorno di udienza, il giudice verificherà lo stato e la caratura di ogni fascicolo, e renderà i provvedimenti opportuni sulle domande ed eccezioni proposte dalle parti nel rispetto dei termini (entro i cinque giorni successivi all'udienza deve sciogliere l'eventuale riserva).

Oppure si pensi alla fase finale del procedimento, quando il giudice riterà la causa matura per la decisione e concederà i termini per la precisazione delle conclusioni e successive repliche *ex artt. 189 e 281-quinques c.p.c.*, sapendo che, dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica, dovrà depositare la sentenza entro i successivi trenta giorni.

È chiaro, quindi, che anche per la fissazione delle udienze di precisazione delle conclusioni dovrà essere trovato un equilibrio dettato dal peso del fascicolo, poiché ogni cifra assegnata ad un fascicolo equivale ad una pesatura in termini temporali: una causa più complessa, con una cifra di pesatura più alta, richiederà maggior tempo per essere decisa, rispetto ad altre più leggere, che potranno essere definite in tempi più rapidi. Seguendo questo schema, il giudice nello stesso giorno tratterà in decisione un numero limitatissimo di cause pesanti, inserendo magari un numero più consistente di cause leggere; nella consapevolezza che il sapersi mantenere entro certi limiti di carico assunto, gli garantirà la massima produttività nei tempi indicati dalla legge. Ne deriva che le giornate d'udienza si comporranno tendenzialmente di un susseguirsi di udienze non omogenee fra loro (in termini di incombente), ma organizzate secondo una precisa razionalità.

Come già rilevato in precedenza, questo sistema di pesatura ha maggior ragione di essere applicato in una fase avanzata della causa, quando il contraddittorio è completamente istaurato e sia il *thema decidendum*, che il *thema probandum* sono sostanzialmente ben delineati. Il metodo descritto mira ad una efficace e rapida aggressione dell'arretrato, privilegiando, sotto altri aspetti, la certezza della decisione sull'innovazione che consente, ad ogni modo, di rispondere adeguatamente alla domanda di giustizia senza squalificarla troppo.

10. Si è sottolineato in precedenza che lo strumento in descrizione è stato pensato prevalentemente al fine di smaltire l'arretrato, quindi, per cause in alto stato di avanzamento e, soprattutto, applicando il vecchio rito pre-riforma Cartabia.

Concepire l'applicabilità di questo modello anche nel nuovo rito ad oggi potrebbe apparire come mero esercizio di stile. Tuttavia, il lavoro fin ora svolto aveva come scopo quello di proporre modelli organizzativi finalizzati all'efficientamento della giustizia. Pensare la scheda in questione anche in altri contesti rispetto a quelli in cui è originata, significa guardare avanti e continuare a dare un senso al lavoro fatto fin ora.

Prima di entrare in *media res*, si rendono tuttavia necessari brevi cenni preliminari circa le modifiche che sono state apportate al rito civile dalla riforma "Cartabia".

Il d.lgs. n. 149/2022 ha, infatti, inciso in maniera rilevante dettando un nuovo ordine nello svolgimento delle varie attività processuali. In particolare, le fasi di trattazione e articolazione dei mezzi istruttori dalla vecchia udienza *ex art. 183 c.p.c.*, è stata anticipata agli artt. 171-*bis* e ss. c.p.c.

Il legislatore con una parziale ripresa della disciplina del c.d. "rito societario"⁽⁵⁷⁾, caratterizzato dalla fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* prima dell'udienza di fronte al Giudice della trattazione.

In quest'ottica le memorie di trattazione e quelle istruttorie dovranno essere anticipate rispetto alla prima udienza, al fine di consentire al giudice, avendo già sostanzialmente definito l'oggetto del procedimento, di scandirne l'andamento in modo più rapido ed efficace possibile, in relazione alla complessità della causa e dell'eventuale fase di assunzione dei mezzi di prova richiesti.

L'adeguamento al nuovo schema processuale ha comportato, pertanto, una modifica della disciplina degli atti introduttivi del giudizio.

Relativamente all'atto di citazione sono stati introdotti nuovi requisiti formali come ad esempio l'art. 163-*bis*, 3° comma, n. 3-*bis*, c.p.c. che dispone

⁽⁵⁷⁾ Introdotta con d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 3 e successivamente abrogata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

l'obbligo di indicare, nei casi in cui la domanda sia soggetta a condizione di procedibilità, l'assolvimento degli oneri previsti per il suo superamento. La ratio sottesa a simile disposizione è quella di consentire al giudice di determinare rapidamente se poter dare le disposizioni per la prosecuzione del giudizio o, viceversa, invitare le parti a dar corso agli incumbenti necessari per soddisfare la condizione di procedibilità pretermessa⁽⁵⁸⁾.

Altra modifica rilevante si trova nell'art. 163, 3° comma, n. 4, laddove si prevede che l'attore debba esporre «in modo chiaro e preciso» i fatti gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni. La norma costituisce una specificazione di quanto già contenuto nell'altrettanto novellato art. 121 c.p.c., in tema di forma degli atti, e va letto nell'ottica di riduzione dei tempi processuali e della leale collaborazione fra le parti nonché fra le stesse e il giudice, sia in funzione della sempre maggiore digitalizzazione del processo civile, che implica la consultazione degli atti processuali mediante videolettura⁽⁵⁹⁾.

Anche la c.d. *vocatio in ius* ha subito delle innovazioni. L'art. 163, 3° comma, n. 7, oltre all'indicazione della data di prima udienza e i consueti avvertimenti in merito alle conseguenze della mancata o tardiva costituzione, esige ora che siano presenti: l'invito a costituirsi nel termine di settanta giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nella citazione, non più venti; il

⁽⁵⁸⁾ D. BUONCRISTIANI, *Il processo di primo grado. Introduzione, preclusioni, trattazione e decisione*, in C. CECHELLA (a cura di) *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, p. 60 ss. Va precisato inoltre che si deve ritenere l'eventuale mancata indicazione del superamento della condizione di procedibilità non influente rispetto alla validità dell'atto, visto che l'art. 164 c.p.c. non menziona tale requisito fra quelli previsti a pena di nullità dell'atto di citazione, comportando, semmai, per il Giudice l'obbligo di verificare dagli atti in causa, se tale condizione di procedibilità si stata assolta o meno.

⁽⁵⁹⁾ La dottrina maggioritaria ritiene in ogni caso che la violazione dei canoni di sinteticità e chiarezza non implichi automaticamente la nullità (o l'inammissibilità) dell'atto, ma al più possa incidere sul regime delle spese processuali, in forza di quanto previsto dall'art. 46, 5° comma, disp. att. c.p.c. M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)*, in R. TISCINI (a cura di) *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, p. 52 ss. Peraltro, qualora in forza del difetto di chiarezza o precisione dovesse derivare l'assoluta impossibilità di ricostruire i fatti posti a fondamento della domanda, la citazione potrà eventualmente essere dichiarata nulla ex art. 164, 4° comma, c.p.c.

duplice avvertimento sull'obbligo, per il convenuto, di avvalersi della difesa tecnica di un avvocato per le liti avanti al Tribunale, salvo che si ricada nei casi di esenzione previsti dall'art. 86, c.p.c. o da leggi speciali, nonché sulla facoltà, per la parte che ne abbia i requisiti, di richiedere il gratuito patrocinio.

Correlativamente, gli artt. 166 e 167 c.p.c., nel disciplinare i termini di costituzione del convenuto e il contenuto della comparsa di risposta, sono stati modificati nel senso di prevedere che il convenuto si debba costituire almeno 70 giorni prima dell'udienza di comparizione e che debba dispiegare le proprie difese, eccezioni e domande riconvenzionali in modo chiaro e specifico, oltre ad avere l'onere di effettuare a pena di decadenza la chiamata in causa dei terzi.

L'imposizione di nuovi oneri e termini alle parti è funzionale alla rinnovata scansione dei tempi del gioco processuale, per cui la fissazione dell'oggetto del processo deve avvenire anteriormente alla prima udienza che, per l'appunto, si colloca "a valle" dello scambio degli atti introduttivi e delle memorie di trattazione e istruzione.

In questo senso, è stato stabilito che tra la data di notifica della citazione e la data dell'udienza debbano intercorrere termini liberi non inferiori a 120 giorni liberi (centocinquanta se la notifica deve essere effettuata all'estero), mentre prima della riforma il termine a comparire era di 90 giorni. Resta, invece, di 10 giorni dall'ultima notifica il termine per la costituzione dell'attore mediante iscrizione a ruolo della causa. Il convenuto, invece, come accennato, non si deve più costituire entro 20 giorni dalla prima udienza, bensì 70 giorni prima dell'udienza di comparizione indicata nell'atto di citazione⁽⁶⁰⁾.

⁽⁶⁰⁾ Il nuovo regime si presenta tendenzialmente meno favorevole per il convenuto, ponendo tempi per la costituzione più ristretti rispetto al passato. Il termine di costituzione del convenuto funge altresì da sbarramento per la dichiarazione di contumacia. Infatti, come in passato è previsto che se una delle parti si è costituita tempestivamente, l'altra potrà costituirsi anche successivamente alla costituzione della prima. Ma, se la parte non si costituisce entro il termine previsto per la costituzione del convenuto, il giudice istruttore la dichiarerà contumace. Tale "anticipata" dichiarazione di contumacia, peraltro, deriva proprio dal fatto che, nel modello processuale delineato dalla riforma, le verifiche preliminari sulla regolarità del contraddittorio e sul contenuto degli atti di parte, anziché essere demandati alla prima udienza, vengono effettuati dal giudice fuori d'udienza, successivamente al decorso dei termini di costituzione delle parti.

Inoltre, sempre seguendo la logica anticipatoria, il legislatore ha introdotto anche l'art. 171-*ter* c.p.c., che disciplina lo scambio delle memorie integrative che, diversamente da prima, dovendo avvenire “a monte” della prima udienza, avviene attraverso la scansione di termini a ritroso: 1) 40 giorni prima dell'udienza; 2) 20 giorni prima dell'udienza; 3) 10 giorni prima dell'udienza.

Ad ogni modo, tra le novità più rilevanti, apportate dal d.lgs. 149/2022, vi è sicuramente la disciplina delle “verifiche preliminari” *ex* art. 171 *bis* c.p.c., il quale impone una serie di controlli che il giudice è chiamato a svolgere entro i 15 giorni successivi al termine di costituzione del convenuto.

Sinteticamente, il giudice deve: verificare la regolarità del contraddittorio, ordinandone eventualmente l'integrazione; eventualmente ammettere la chiamata in causa del terzo formulata dal convenuto; verificare la regolarità degli atti, dei documenti, della regolarità della costituzione e della procura e, ove necessario, concedere il termine per la regolarizzazione degli atti e documenti o dei difetti di assistenza, autorizzazione e rappresentanza, o ancora per la sanatoria dei vizi della procura; ordinare la rinnovazione della citazione nulla, in caso di mancata costituzione del convenuto, oppure, laddove le parti si siano regolarmente costituite, l'integrazione della citazione o della riconvenzionale nulle per mancanza o assoluta incertezza delle ragioni e dell'oggetto della domanda; dichiarare la contumacia delle parti non costituite e l'eventuale notificazione alle stesse delle eventuali domande nuove formulate in loro confronto.

Laddove si renda necessario per il giudice assumere un provvedimento di regolarizzazione degli atti o del contraddittorio, dovrà fissare una nuova udienza per la comparizione delle parti. Al medesimo è peraltro consentito differire la prima udienza, fino ad un massimo di quarantacinque giorni, anche se non ha dovuto assumere alcun provvedimento a seguito delle verifiche preliminari.

Infine, l'art. 171-*bis* c.p.c., impone al giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritenga opportuna la trattazione nelle memorie integrative, anche con riferimento alle condizioni di procedibilità e sulla sussistenza dei presupposti per mutare il rito da ordinario a semplificato *ex* art. 281-*decies* c.p.c.

Per quanto sopra delineato, la nuova prima udienza viene così a delinarsi come la parte conclusiva della fase introduttiva, in cui sia il *thema decidendum* ed il *thema probandum* dovrebbero già risultare ben delineati. È bene precisare, tuttavia, che il sistema preclusivo descritto non è così rigido come sembra, poiché sussistono attività di trattazione che possono essere compiute anche in seguito. Ad esempio, in riferimento va a tutte quelle attività che l'interessato non era in grado di svolgere al momento in cui la procedura glielo imponeva e che possono a loro volta attenerne da allegazioni dipendenti dall'esercizio di un potere d'ufficio del giudice oppure ad allegazioni legate a sopravvenienze⁽⁶¹⁾. In sostanza, l'unico limite processuale che queste attività incontrano è il momento in cui si svolge la precisazione delle conclusioni *ex art. 189 c.p.c.*, sempre necessarie per quanto anch'esse mutate come vedremo.

Inoltre, è possibile che l'attore nella prima memoria integrativa abbia fatto istanza di chiamata in causa del terzo, circostanza che impone al giudice di pronunciarsi in tal senso.

Se il suddetto problema non si pone, il giudice potrà procedere se necessario, a pronunciare le ordinanze istruttorie in cui decide: sull'ammissione dei mezzi istruttori richiesti dalle parti; di disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova, dando alle parti un doppio termine perentorio finalizzato all'indicazione di prova contraria e per replicare, su cui lo stesso giudice dovrà rispondere con altra ordinanza; fissare il calendario delle udienze successive, partendo da quella di assunzione dei mezzi di prova ammessi che dovrà celebrarsi entro 90 giorni.

Infine, la riforma Cartabia ha inciso anche relativamente alla fase decisoria. Nel dettaglio, la fase decisoria del processo anche *post* riforma Cartabia può declinarsi attraverso tre moduli: la trattazione scritta, la trattazione orale e la trattazione mista. La novità fondamentale riguarda il modello di trattazione scritta, posto che è prevista l'anticipazione dello scambio degli scritti conclusivi rispetto all'udienza di rimessione in decisione.

In caso di trattazione scritta, il giudice ai sensi dell'art. 187 o 188 c.p.c., verificato che la causa è matura per la decisione, all'esito dell'istruttoria svol-

⁽⁶¹⁾ B. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2023, pp. 235 e 239.

ta o sulla base di un quadro probatorio completamente documentale, rimette le parti avanti al collegio. L'art. 189 c.p.c. prevede in particolare che il giudice inviti le parti a precisare avanti a sé in qualità di giudice istruttore le conclusioni che intendono sottoporre al collegio. In modo del tutto analogo, l'art. 281-*quinquies* c.p.c. stabilisce che le parti precisino avanti al giudice unico le conclusioni che intendono sottoporre al tribunale nelle cause da decidersi in composizione monocratica.

La vera novità sta nel decorso del termine per il deposito delle comparse conclusionali. Invero, se prima era prevista l'assegnazione di detti termini all'udienza di precisazione delle conclusioni e poi il trattenimento della causa in decisione, ora il legislatore della riforma ha capovolto questo modulo processuale. L'art. 189 c.p.c.⁽⁶²⁾, stabilisce che, ritenuta la causa matura per la decisione, il giudice fissa l'udienza per la rimessione della causa in decisione ed assegna alle parti tre termini perentori: 1) non superiore a 60 giorni prima dell'udienza per la precisazione delle conclusioni, 2) non superiore a 30 giorni prima dell'udienza per il deposito delle comparse conclusionali, 3) non superiore a 15 giorni prima dell'udienza per il deposito delle memorie di replica⁽⁶³⁾.

Dall'udienza di rimessione della causa in decisione decorre il termine per il deposito della sentenza: 30 giorni per le sentenze monocratiche e 60 per le sentenze collegiali⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ La norma dispone in tema di decisione collegiale, ma è esportabile alla decisione monocratica in virtù del richiamo dell'art. 281-*quinquies* c.p.c.

⁽⁶³⁾ Tenendo conto di questa successione di termini l'udienza per l'assegnazione della causa a sentenza non andrà tendenzialmente fissata in un termine non inferiore a 75 giorni dal provvedimento del giudice che ritenga la causa matura per la decisione: in tal modo viene garantito alle parti un termine di 15 giorni tra il provvedimento e la precisazione delle conclusioni. Inoltre, il fatto che la norma preveda che il giudice può assegnare i termini sopra indicati, anteriori all'udienza di rimessione della causa al collegio, implicitamente permette l'assegnazione di un termine inferiore e ciò non solo per le comparse conclusionali ma anche per le memorie di replica.

⁽⁶⁴⁾ L'utilità di questa udienza viene individuata nella possibilità offerta alle parti di lasciare un'ultima finestra aperta al dialogo tra parti e giudice. Si pensi, in questo senso, all'art. 185 c.p.c. che prevede la possibilità per il giudice di fissare l'udienza per l'interrogatorio libero delle parti ed il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 117 c.p.c., «in qualunque

In caso di trattazione orale per le cause collegiali, per le quali il giudice unilateralmente compie la relativa valutazione e riserva alla causa la discussione orale avanti al collegio. L'art. 275-*bis* c.p.c. stabilisce che il giudice istruttore fissi alle parti il termine per la precisazione delle conclusioni e le memorie conclusionali, fissando contestualmente l'udienza per la discussione orale avanti al collegio: i termini sono però più brevi rispetto a quelli *ex art.* 189 c.p.c., stabilendo la norma il termine di 30 giorni per le conclusioni e di 15 giorni per le memorie conclusionali. Anche in questa ipotesi la decisione o è depositata immediatamente oppure in un successivo termine, che, come per tutte le decisioni collegiali, è di 60 giorni successivi alla discussione.

Da ultimo residua l'ipotesi di trattazione mista, disciplinata agli artt. 275 c.p.c. e 281-*quinques* c.p.c., in cui restano, comunque fermi i termini per il deposito della sentenza da parte dei giudici: 60 giorni collegiale e 30 giorni per il monocratico dall'udienza di remissione.

Le norme sulla decisione si applicano anche al rito semplificato, alla luce dell'art. 281-*terdecies* c.p.c. il quale stabilisce che la decisione avvenga con le modalità di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c. per le cause di competenza monocratica e 275-*bis* c.p.c. per quelle di competenza collegiale.

10.1. Comprendere se le innovazioni procedurali introdotte dal d.lgs. 149/2022 possano davvero raggiungere gli obiettivi di maggiore efficienza della giustizia civile, con una auspicabile riduzione dei tempi, a fronte della sicura riduzione dei tempi delle difese concessi alle parti, è ancora troppo prematuro.

Tuttavia, se gli uffici giudiziari maggiormente gravati di contenzioso non riusciranno ad aumentare il numero di definizioni, la trattazione più veloce non ridurrà in maniera sensibile i tempi del processo, poiché il giudice, per

stato e grado del processo». Dall'altro lato, l'art. 185-*bis* c.p.c. prevede che il giudice possa formulare una proposta conciliativa «fino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione». Dunque, l'udienza successiva al deposito delle comparse conclusionali potrebbe senz'altro recuperare una sua utilità quanto meno consentendo al giudice di formulare la proposta conciliativa anche all'esito degli scritti finali, quando le parti hanno potuto prendere posizione in via definitiva sull'esito dell'iter processuale.

rendere compatibile le nuove scadenze con il proprio ruolo, non potrà che fissare con un intervallo temporale superiore l'udienza di rimessione della causa in decisione.

Nell'attuale periodo che possiamo chiamare di "interregno" tra vecchio e nuovo rito, l'utilizzo della scheda di pesatura potrebbe confermarsi certamente utile per proseguire nell'opera di smaltimento veloce dell'arretrato, verosimilmente ancora soggetto al vecchio rito, riverberando effetti positivi anche per i procedimenti di nuova iscrizione.

Tuttavia, quelli che si svolgeranno nel prosieguo sono soltanto ragionamenti ipotetici e come già detto, pur potendo rivelarsi comunque utili, avranno bisogno di una maggiore maturazione della pratica per poterne comprendere il concreto e positivo sfruttamento.

Ad ogni modo, per quanto evidenziato in precedenza, la scheda di pesatura si rivela particolarmente utile per il giudice laddove questi si trovi a dover prendere una decisione o, più precisamente a dover rendere un provvedimento.

Nell'ambito del vecchio rito si è detto che il giudice usa la pesatura al fine di organizzare al meglio la propria agenda, potendo operare una calendarizzazione e una gestione delle giornate di udienza più razionale, evitando un ingolfamento nei tempi di lavoro. In questo ambito, nell'ipotetica linea temporale del processo, i momenti in cui la scheda si poteva rivelare veramente utile sono stati individuati uno a cavallo della fase di trattazione e di istruzione probatoria, in particolare quando il giudice è chiamato a pronunciarsi sulle richieste istruttorie, e nella fase decisoria, ossia quando il giudice è tenuto a dare la sentenza.

Per capire se la scheda di pesatura possa essere applicata anche al nuovo rito, si devono tenere presenti due aspetti: il primo inerente alla c.d. verifiche preliminari *ex art. 171-bis c.p.c.* che il giudice è tenuto a svolgere; il secondo, invece, si lega a quell'obbligo – non nuovo ma rimasto un po' sempre lettera morta – di scandire fin dalla prima udienza tutto il calendario delle udienze successive.

Per quanto concerne le verifiche preliminari, è indubbio che il giudice sia chiamato in tale circostanza a prendere in mano il fascicolo, operare i con-

trolli prescritti dall'art. 171-*bis* c.p.c. ed eventualmente emettere un provvedimento. Il giudice entro 15 giorni dalla scadenza del termine di comparizione del convenuto *ex art.* 166 c.p.c. deve effettuare tali verifiche.

Or dunque, va sottolineato prima di tutto che a fronte dell'eventuale trasgressione del termine non è prevista alcuna sanzione e al giudice in ogni caso residua un potere di rinvio d'ufficio della prima udienza, indipendentemente dalla pronuncia di un provvedimento *ex art.* 171-*bis* c.p.c.

Si deve, altresì rilevare, che l'onere di studio del fascicolo, in questa fase, sarà relativo al massimo ai due atti introduttivi – citazione e comparso costitutiva – ed agli eventuali allegati se già versati. L'attività di pesatura del fascicolo potrebbe apparire utile, anche se i tempi di lavoro del giudice sono già fissati dalla legge, ma, immaginando una gestione più personale del proprio lavoro da parte dello stesso, potrebbe comunque già esplicitare una sua utilità. Ovviamente al modello sopra presentato dovrebbe essere prevista una pagina specificamente dedicata a questo tipo di attività, un po' come per la fase istruttoria. La costruzione della scheda potrebbe ricalcare quella standard, richiamando gli stessi indici. Appare però quanto mai auspicabile che questo modello organizzativo possa legarsi all'altro modello previsto dal progetto *universitas*. Rinviando in quest'ottica alla sezione dedicata proprio alla scheda dedicata alle verifiche preliminari.

Ovviamente, anche nel nuovo rito restano invariati i tempi in caso di emissione delle ordinanze istruttorie o della sentenza. La scheda in quest'ottica andrebbe a svolgere la stessa funzione e al momento appare plausibile che il giudice nel concedere i termini alle parti per il deposito delle memorie conclusionali e successive repliche, terrà conto di una pesatura del fascicolo, che ancora non può dirsi completa, ma abbastanza sufficiente per poter pianificare il lavoro in vista della sentenza.

Infatti, il termine di 60 o 30 giorni per l'emissione della sentenza scatta dall'udienza di remissione ed in questa udienza la pesatura sarà arricchita dalle memorie conclusionali. È verosimile ritenere che il coefficiente di pesatura non sarà amplificato così tanto dagli atti in questione, presumendo, anche dalla natura degli atti stessi, che l'unico indice che tenderà ad aumentare sarà quello del numero delle pagine, dunque un parametro assai formale.

Così impostata la scheda di pesatura sembra poter continuare ad essere compilata anche dal funzionario addetto all'Ufficio per il processo.

Inoltre, vista la maggiore concentrazione delle attività processuali nel nuovo rito, la scheda tenderà ad essere già sufficientemente indicativa fin dalle prime fasi. Questa considerazione potrebbe rivelarsi utile nel caso in cui, potendo il giudice fin da subito percepire la complessità della causa, decidere meglio su un eventuale mutamento del rito, da ordinario a semplificato o viceversa.

Dunque, in conclusione, anche nel nuovo rito, la scheda di pesatura può mantenere una sua efficiente funzionalità, pur dovendo apportare alcune modifiche che la adattino al nuovo processo e alle rinnovate esigenze dei magistrati nella gestione delle cause. Resta, in ogni caso, un mezzo che, aggiornandola di volta in volta, consente al giudice di avere sempre sotto controllo il polso del fascicolo, facilitando le attività ricognitive sia di quest'ultimo che dell'intero ruolo.

11. Come è stato precedentemente evidenziato, la riforma del processo civile, attuata con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, ha fortemente modificato il giudizio ordinario di cognizione, specialmente in ragione della nuova scansione dei tempi processuali.

I novellati snodi procedurali, si fa qui riferimento soltanto a quelli articolati tra l'atto introduttivo e la prima udienza, comprendono la fase delle verifiche preliminari e quella dello scambio di memorie integrative. Tale scambio, diversamente da quanto previsto nel previgente regime delle memorie di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c., non segue ma precede la prima udienza, con la conseguenza che lo svolgimento di questa avverrà quando, almeno in teoria, i connotati oggettivi della controversia saranno quantomeno ben abbozzati (ad esempio in caso di chiamata del terzo da parte dell'attore), se non già cristallizzati e definiti, specialmente laddove il processo non presenti particolari complicazioni soggettive ed oggettive.

Se, dunque, in base al nuovo rito è la prima udienza ad assumere nell'impalcato procedimentale allestito dal legislatore della novella il ruolo di chiave di volta del processo di cognizione, per il proficuo svolgimento della medesi-

ma, il giudice dovrà essere a conoscenza delle posizioni assunte in fatto ed in diritto da attore e convenuto, con le rispettive domande ed eccezioni. Su tale aspetto in dottrina è stato autorevolmente osservato che il nuovo sistema costringerà l'ufficio giudiziario⁽⁶⁵⁾ a compiere un doppio lavoro⁽⁶⁶⁾. Difatti, essendo stato interposto tra le verifiche preliminari e l'udienza il diaframma delle memorie di trattazione scritta, i magistrati (o gli addetti all'ufficio per il processo per quanto possibile) saranno costretti ad esaminare ogni fascicolo almeno due volte: «una dopo lo scambio degli atti introduttivi per l'esercizio dei poteri contemplati dall'art. 171-*bis* c.p.c., e una dopo il deposito delle memorie integrative per preparare adeguatamente l'udienza di comparizione delle parti»⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ La scelta di porre l'accento sull'ufficio e non sul giudice deriva da quello che mi sembra un vero e proprio cambiamento di paradigma, per cui il giudice non dovrebbe essere più abbandonato alla solitudine delle proprie scelte ma dovrebbe essere sostenuto, almeno per quanto di ragione, da soggetti qualificati operanti nell'ufficio per il processo. Ciò dovrebbe consentire il raggiungimento di obiettivi in punto di efficienza dell'intera macchina giurisdizionale. Proprio in questo differente approccio, che lascia indietro le riforme fatte a costo zero a scapito degli operatori e dello stesso codice, dovrebbe essere valorizzato quello che si spera manifestarsi come un fecondo intreccio tra le novità normative che hanno cambiato il volto del processo ordinario di cognizione, da una parte, con gli interventi effettuati dal legislatore in punto di organizzazione degli uffici e dunque dello strumentario di beni e servizi ancillare all'esercizio della giurisdizione, dall'altra. Nel recente convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, tenutosi in Napoli il 22-23 settembre 2023, su «La riforma della giustizia fra regole della giurisdizione e organizzazione», è emerso come «la formula "organizzazione del processo" invita a superare la rigidità di questa distinzione, a far interagire i due piani e a coglierne la complementarità; suggerisce una nuova e più ampia considerazione di ciò che chiamiamo «processo», idonea a ricomprendere anche tutto quanto avviene, per dir così, dietro le quinte della scena giudiziaria. Di là dalla classica definizione come sequenza ordinata di atti da compiersi in contraddittorio in vista dell'emanazione di un provvedimento finale, il processo è – anche – qualcosa che si organizza, è un'attività (o un complesso di attività) organizzata in vista di un risultato (starei per dire di un prodotto: ma su ciò tornerò tra un momento) finale»: così S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1341.

⁽⁶⁶⁾ S. MENCHINI, E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 578 s.

⁽⁶⁷⁾ La citazione è tratta da S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1341. Invero, almeno per quanto mi consta, chi per primo ed in modo più

È evidente che il legislatore, ponendo la lente d'ingrandimento tra gli altri sul contraddittorio processuale, sulla presenza (o sul difetto) di presupposti negativi o positivi del procedimento, nonché sull'avveramento delle condizioni di procedibilità, impone al giudice un approccio alle verifiche preliminari improntato sicuramente ad una diligenza qualificata. Al fine di consentire al magistrato di effettuare correttamente le verifiche e alle parti costituite in giudizio, salve le sfasature riguardanti la chiamata del terzo da parte dell'attore, di realizzare compiutamente il contraddittorio nella fase preparatoria alla prima udienza mediante il deposito delle memorie di cui all'art. 171-ter c.p.c., il legislatore ha dilatato i tempi intercorrenti tra la citazione e la prima udienza⁽⁶⁸⁾ che, per l'appunto, si configura come una partita giocata a carte scoperte avendo le parti già esercitato il proprio *ius variandi* in relazione alle domande proposte e precisato il *thema decidendum* così come il *thema probandum*.

Gioverà sin d'ora evidenziare che il primo intervento del giudice precede necessariamente le memorie di trattazione, che nel vecchio art. 183 c.p.c.

analitico ha sollevato la questione è Menchini (in S. MENCHINI, E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, cit., p. 578 s.), che osserva come con la riforma sia stata richiesta una grande diligenza ai magistrati: questi, infatti, «dovranno studiare ogni fascicolo almeno due volte: innanzitutto, dopo lo scambio degli atti introduttivi, per l'esercizio dei poteri dell'art. 171-bis c.p.c., poi, dopo il deposito delle memorie dell'art. 171-ter c.p.c., per preparare adeguatamente la prima udienza di trattazione e di comparizione delle parti. Il legislatore impone a giudici e parti un cambio di passo e una nuova cultura della giurisdizione; mi domando se sia una prestazione realmente "esigibile", in considerazione del carico dei ruoli».

⁽⁶⁸⁾ Chiaro sulla questione A. ROMANO, *Riforma Cartabia. Una censurabile applicazione dei nuovi artt. 171-bis e 171-ter c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2023, 10, c. 2105, in nota a Trib. Bologna, 23 giugno 2023, per il quale «questo maggior lasso sia impiegato non solo dal convenuto per redigere la propria comparsa di risposta, per il che egli ha ora un termine più ridotto rispetto al passato, dovendo provvedere al relativo deposito non più tardi di settanta giorni prima dell'udienza, ma pure da entrambe le parti per la successiva redazione delle memorie istruttorie, cui in passato si provvedeva dopo l'udienza (si ricordi il vecchio testo dell'art. 183, 6° comma) e che sono ora state invece ricollocate prima di essa (dovendo le parti rispettivamente depositarle entro quaranta, venti e dieci giorni prima dell'udienza indicata in atto di citazione o differita dal giudice istruttore: si confrontino i nuovi artt. 171-bis, 3° comma, e 171-ter)».

seguivano in modo solo eventuale lo svolgimento della prima udienza, ed è a quest'ultima anteposto, sì che il giudice esamina gli atti introduttivi procedendo alle verifiche processuali preliminari e all'indicazione alle parti di questioni, di rito o di merito, rilevabili d'ufficio (dunque le attività che sino a ieri si svolgevano alla prima udienza, *ex art.* 183, 1° e 4° comma, c.p.c.)⁽⁶⁹⁾, in un contraddittorio non ancora effettivo poiché realizzato a geometrie variabili.

Quando il giudice si attiva con le verifiche preliminari, infatti, il convenuto avrà plausibilmente già preso posizione sulla domanda dell'attore con tutte le relative prospettazioni in fatto ed in diritto anche sul piano dei presupposti processuali, ma l'attore non avrà ancora avuto modo di contestare le difese del convenuto (o dei convenuti).

Il tutto, ovviamente, senza considerare che allo stato mancano norme di cesura tra vecchio e nuovo rito. La competenza, ad esempio, è un presupposto processuale; quindi, si penserebbe che la relativa questione debba essere rilevata in sede di verifiche preliminari. Diversamente l'incompetenza per materia, per valore o per territorio inderogabile risulta ancora rilevabile d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Se con il vecchio rito la questione della competenza doveva affiorare prima dello scambio delle memorie adesso potrà tranquillamente emergere successivamente alle medesime nonostante sia stato istituito il vaglio delle verifiche preliminari.

Lo schema scelto dal legislatore, insomma, appare gravato da asimmetrie intrinseche in punto di esercizio dei poteri del giudice e delle parti, con l'assoluta peculiarità della riforma per cui la già menzionata alterazione del piano prospettico dal quale studiare gli atti di causa risulta temperata nel caso del nuovo procedimento semplificato di cognizione⁽⁷⁰⁾, dove gli atti in-

⁽⁶⁹⁾ Sul punto ancora S. MENCHINI, E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, cit., p. 520.

⁽⁷⁰⁾ Il rito semplificato di cognizione, diversamente da quello ordinario non preordina all'udienza la coda di trattazione scritta prevista con le memorie *ex art.* 171-ter c.p.c. Sul punto ci si limiti a constatare che «la scelta del legislatore di introdurre un sistema «a doppio binario» come esistente nella dicotomia del codice del 1865 e prima ancora nei codici sardi, che prevede percorsi processuali differenziati per le cause più semplici e per quelle più complesse» (cfr. S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, loc. cit.), consente oggi, con il procedimento semplificato, di optare per un processo a cognizione piena ed

troductivi sono seguiti dalla prima udienza senza un vaglio mediano e, quindi, senza che il giudice debba esprimersi sulla sola base degli atti introduttivi.

Ciò considerato, il compito spettante al giudice nell'esecuzione delle verifiche preliminari appare certamente rilevante ed al contempo incisivo sull'indirizzo impresso al procedimento: si pensi a tutte le questioni rilevabili d'ufficio che il giudice potrà affrontare o che, pur potendo affrontare, ometterà di risolvere, con tutte le ipotizzabili conseguenze in punto di impugnazione. Si pensi, ancora, al caso del giudice che esegua – magari sommariamente – le verifiche di cui all'art. 171-*bis* c.p.c. e all'esito delle medesime emetta un decreto dove è constatato che non risultano sussistenti questioni rilevabili d'ufficio; si pensi altresì alla contrapposta ipotesi di corretta verifica dei presupposti e di stimolazione del contraddittorio. Nel primo caso il processo continuerà, arrestandosi solo laddove – e allorquando – la questione venisse ritenuta fondata; diversamente, nella seconda ipotesi, sfogato il contraddittorio, il processo potrebbe chiudersi in rito con risparmio di tempi e di energie nonché della non infinita risorsa giustizia.

Quanto precede induce ad arricchire questa premessa di un ulteriore corollario. Poiché con le verifiche preliminari il giudice non si limita a pronunciare i provvedimenti di cui agli artt. 102, 2° comma, 107, 164, 2°, 3°, 5° e 6° comma, 167, 2° e 3° comma, 171, 3° comma, 182, 269, 2° comma, 291 e 292 c.p.c., bensì indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda e alla sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato, appare evidente che l'attività di verifica rivesta elevata importanza sistemica nel complesso delle attività svolte dall'ufficio essendo preordinata alla valorizzazione del contraddittorio processuale e quindi dei principi costituzionali del giusto processo.

esauriente, anche se con forme più agili di quelle del rito ordinario di cognizione, ma con un più elevato tasso di predeterminazione delle regole di svolgimento, rispetto ai soppressi artt. 702-*bis* ss. c.p.c. (G. FABBRIZZI, *Considerazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1579). In ogni caso per una compiuta disamina del nuovo rito semplificato si rimanda a A. MOTTO, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *www.judicium.it*, p. 1 ss.

Questa è la cornice nella quale l'Università di Perugia ha proposto l'adozione di una "scheda" del fascicolo utile per un verso a sostenere l'attività dell'ufficio giudiziario nell'esecuzione delle verifiche preliminari e, per altro verso, a realizzare una sorta di identikit della causa, di modo che il contraddittorio ed in particolare quello sulle questioni rilevabili d'ufficio possa essere sollecitato più precocemente possibile. A quanto precede si aggiunga che, siccome il legislatore ha previsto che il giudice esamini più volte lo stesso fascicolo in ragione di quel doppio lavoro enucleato nelle righe superiori, l'individuazione degli aspetti salienti della controversia consentirà di risparmiare tempo prezioso ogni volta che il giudice dovrà tornare a misurarsi con la controversia.

12. a) *Il software*. Il modello elaborato si compone di due strutture differenti. La prima, è un'applicazione per computer realizzata dal Dipartimento di Ingegneria dell'Università degli Studi di Perugia con la quale il giudice o l'UPP può percorrere tutti i passaggi logici presupposti o connessi con le verifiche, secondo un percorso che prevede domande a risposta chiusa dove, a seconda della risposta data, il software predisposto indicherà il provvedimento da emettere. A mero titolo esemplificativo si riportano alcuni passaggi che l'utente sarà chiamato a realizzare.

Il convenuto si è costituito?

E' presente nell'atto di citazione l'indicazione della data d'udienza?

Laddove la risposta sia “sì” le verifiche potranno proseguire. Qualora viceversa sia “no” si aprirà un ulteriore riquadro interattivo dove preliminarmente è chiesto se nell’atto di citazione sia stata indicata la data d’udienza. L’utente a questo punto dovrà scegliere ancora “sì” o “no” ovvero indietro. Qualora la risposta sia affermativa si aprirà una finestra relativa alla data d’udienza e quindi alla fissazione di un termine a comparire conforme a quello di legge. Se viceversa la risposta sarà negativa, l’ufficio constatando che manca nella citazione la data d’udienza provvederà a disporre il rinnovo della citazione.

Sezione 1.

E' stato assegnato un termine a comparire conforme a quello di legge?

Si

No

Indietro

Provvedimento con il quale è disposta rinnovazione della citazione

Indietro

L’utilità dello strumento è data dal fatto che una volta cominciato il percorso il giudice o l’UPP dovrà rispondere a tutte le domande ivi formulate, con la conseguenza che per far ciò il soggetto utilizzatore sarà costretto ad esaminare e risolvere tutte le questioni sottese giungendo in automatico al provvedimento più idoneo in relazione a quelli di cui agli artt. 102, 2° c., 107, 164, 2°, 3°, 5° e 6° c., 167, 2° e 3° c., 171, 3° c., 182, 269, 2° c., 291 e 292 c.p.c.

b) *La scheda*. La seconda struttura, certamente più semplice e replicabile anche in forma cartacea, prevede l’utilizzo di fogli compilabili volti alla individuazione di alcuni elementi della lite considerati di maggiore interesse,

la cui verifica è funzionale a decodificare la struttura della controversia e, dunque, ad attribuire al fascicolo una sorta di DNA che lo caratterizzerà per tutta la durata del processo. La cernita di tali elementi da un lato dovrebbe consentire al giudice un più efficace utilizzo degli strumenti processuali volti a sanare i vizi processuali e garantire l'integrità del contraddittorio; dall'altro, dovrebbe favorire la formulazione di proposte conciliative effettivamente idonee a chiudere la controversia anche in ragione della riscontrata presenza di questioni rilevabili d'ufficio, così valorizzandosi il principio di ragionevole durata e quindi il canone costituzionale del giusto processo.

Con le verifiche preliminari, infatti, il giudice è chiamato a compiere, subito dopo la scadenza del termine di costituzione del convenuto, controlli «sul rispetto della regolarità del contraddittorio nell'instaurazione del giudizio con riferimento alle diverse ipotesi nelle quali un vizio di questa natura potrebbe emergere: dai provvedimenti di cui all'art. 102, 2° comma, dell'art. 107, dell'art. 164, 2°, 3°, 5° e 6° comma, a quelli dell'art. 167, 2° e 3° comma, alla dichiarazione di contumacia, ai sensi del 3° comma dell'art. 171, ai provvedimenti dell'art. 182, a quelli di cui agli artt. 291 e 292»⁽⁷¹⁾.

Il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 171-*bis* c.p.c. sembrerebbe, peraltro, vincolare il giudice ad eseguire necessariamente i controlli previsti nella cornice delle verifiche preliminari. Come è stato osservato, la relazione illustrativa del d.lgs. n. 149/2022, confermerebbe l'interpretazione restrittiva per cui il giudice sarebbe obbligato ad effettuare il controllo *de quo*: «in un sistema che aspira a realizzare il canone della concentrazione, e per il quale dunque, salvi i rari casi di chiamata del terzo da parte dell'attore, all'udienza la causa deve tendenzialmente sempre giungere con il perimetro del *thema decidendum* e del *thema probandum* già definito [...], non era possibile immaginare che il giudice fosse chiamato a compiere tutte le verifiche preliminari di sua competenza all'udienza stessa»⁽⁷²⁾. Ecco che le verifiche oltre a risolversi in un passaggio obbligato, rischierebbero di palesarsi come un possibile collo di bottiglia.

⁽⁷¹⁾ Così, sulle verifiche preliminari A. CARRATTA, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile. II parte. Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.*, 2023, 3, p. 697.

⁽⁷²⁾ Stralcio della relazione riportato ancora in A. CARRATTA, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile. II parte. Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, loc. cit.

In tale contesto la scheda del processo consente di effettuare le verifiche preliminari in modo ordinato e replicabile, evidenziando:

- a) quali sono le parti in lite;
- b) quali sono le parti costituite;
- c) quali sono le richieste delle parti costituite;
- d) quali sono i provvedimenti da pronunciarsi sulla base delle verifiche previste dall'art. 171-*bis* c.p.c.

SCHEDA DEL FASCICOLO	
RUOLO	R.G.N. / SUB.
	SEZIONE.....
	GIUDICE.....
	RIUNITO AL
PARTI	ATTORERICORRENTE.....
	CONVENUTO/RESISTENTE.....
	CHIAMATO DALL'ATTORE.....
	CHIAMATO DAL CONVENUTO.....
	CHIAMATO DAL TERZO.....
	ALTRI.....

Il primo foglio da compilare riguarda le parti in lite e potrà essere integrato anche nel corso del processo. Si è dato conto, infatti, che al momento dell'esecuzione delle verifiche le parti non sono ancora necessariamente tutte presenti nel giudizio in quanto l'attore potrebbe ancora chiamare un terzo. Il secondo foglio attiene, invece, alle domande proposte dalle parti costituite.

FOGLIO DI SINTESI	
DOMANDE	DOMANDE ATTORE.....

	DOMANDE CONVENUTO.....

	DOMANDE TERZO.....

A questo foglio seguono dei passaggi dinamici.

VERIFICHE PRELIMINARI	
CONTROLLI EX ART. 171 BIS	CORRETTEZZA TERMINI fissazione udienza deposito nota is.cr. ruolo costituzione convenuto richiesta anticipazione
	VIZI NOTIFICAZIONE CITAZIONE NULLITÀ CITAZIONE REGOLARITÀ CONTRADDITTORIO QUESTIONI RILEVABILI D'UFFICIO ASSOLVIMENTO CONDIZIONI PROCEDIBILITÀ PRESUPPOSTI RITO SEMPLIFICATO

Il terzo e il quarto foglio, infatti, mettendo in fila le operazioni di verifica da svolgere, individuano i provvedimenti da pronunciare.

L'ufficio verificherà che siano presenti in processo tutte le parti che dovevano promuoverlo o contro le quali doveva essere promosso; verificherà la presenza di nullità della citazione; compirà la verifica sulla contumacia delle parti, quella sulla nullità delle domande del convenuto, sul difetto di rappresentanza o autorizzazione, e sulle chiamate del terzo.

PROVVEDIMENTI	INTEGRAZIONE CONTRADDITTORIO EX ART. 102, II, C.P.C.
	INTERVENTO EX ART. 107 C.P.C.
	RINNOVAZIONE CITAZIONE EX ART. 164, II, C.P.C.
	FISSAZIONE NUOVA UDIENZA EX ART. 164, III, C.P.C.
	FISSAZIONE TERMINE EX ART. 164, V, C.P.C.
	FISSAZIONE NUOVA UDIENZA EX ART. 164, VI, C.P.C.
	DICHIARAZIONE DI CONTUMACIA EX ART. 171, III, C.P.C.
	ASSEGNAZIONE TERMINE EX ART. 182 C.P.C.
	PROVVEDIMENTI SU CHIAMATA TERZO EX. ART. 269, II E V, C.P.C.
	FISS.NE TERMINE RINNOVAZIONE NOTIFICA EX ART. 291 C.P.C.
	FISS.NE TERMINE NOTIFICHE AL CONTUMACE EX ART. 292 C.P.C.
	INDICAZIONE QUESTIONI RILEVABILI D'UFFICIO, CONDIZIONI PROCEDIBILITÀ E PRESUPPOSTI RITO SEMPLIFICATO

In seguito, l'Ufficio verificherà la presenza di questioni rilevabili d'ufficio e pertanto: difetto di giurisdizione (art. 37 c.p.c.), incompetenza nei casi di

cui all'art. 28 c.p.c., vizio di costituzione del giudice (art. 158 c.p.c.), violazione del riparto *ex art.* 50-*bis* e 50-*ter* c.p.c., litispendenza (art. 39 c.p.c.), connessione (art. 40 c.p.c.), pregiudizialità (art. 295 c.p.c.), giudicato, carenza di capacità processuale, mancanza di procura alle liti, difesa tecnica, mancanza di *ius postulandi*, carenza di legittimazione (art. 81 c.p.c.), mancanza di condizioni di procedibilità, carenza di interesse ad agire (art. 100 c.p.c.).

VERIFICHE PRESUPPOSTI PROCESSUALI		
PRESUPPOSTI	GIURISDIZIONE	<input type="checkbox"/>
	COMPETENZA materia	<input type="checkbox"/>
	valore	<input type="checkbox"/>
	territorio	<input type="checkbox"/>
	CAPACITÀ DI ESSERE PARTE	<input type="checkbox"/>
	DIFESA TECNICA	<input type="checkbox"/>
	LEGITTIMAZIONE attiva	<input type="checkbox"/>
	passiva	<input type="checkbox"/>
	INTERESSE	<input type="checkbox"/>
	INTEGRITÀ CONTRADDITTORIO	<input type="checkbox"/>
	PATTO COMPROMISSORIO	<input type="checkbox"/>
	LITISPENDENZA	<input type="checkbox"/>
	GIUDICATO	<input type="checkbox"/>

La compilazione della scheda, pertanto, dovrebbe consentire di decodificare e cristallizzare gli elementi caratterizzanti la controversia. In base a tali elementi, individuati anche dall'*entourage* del giudice, quest'ultimo potrà, senza sottrarre tempo all'attività decisoria, preparare la prima udienza, formulare proposte conciliative (eventualmente rafforzate dall'affiorare di questioni rilevabili d'ufficio), porre la causa anticipatamente in decisione, provvedere sulle richieste istruttorie e predisporre il calendario delle udienze sino a quella di rimessione della causa in decisione.

Focus and Scope

The Review publishes original papers covering a large array of topics in Law, general theory of Law and multidisciplinary studies i.e. ethic issue, legal aspect of technology etc.

The Review aims to provide also a forum which facilitates the development of the legal aspects – especially in any field of private law is welcomed – of the scientific research and innovation, at European and International levels.

Particular attention will be paid on the rights, obligations and the legal relationships arising from the research and innovation activities, as well as on the contracts to carry out the scientific researches and to exploit the results either in academic, market contexts and human rights.

The Review will study the legal discipline of the European and National policies and of the legal instruments to implement them, especially the funding programmes and Human rights.

Publication Frequency

Published one times a year.

During the year will be published special number on specific issue.

Open Access Policy

The Review provides immediate open access to its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review provides open access to all of it content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review is Digital Object Identifier (DOI).

About the Journal

The Review offers authors the possibility to have their papers accepted in less than three months. The undertaking by the Editorial board to provide a decision within ten weeks from the submission date is motivated by the awareness that, in any field, research activity is characterized by an increasingly rapid circulation of ideas and scientific outcomes. It entails research findings to be published before becoming out-of-date, and hence of minor interest for policy guidance. Clearly, it cannot occur at the cost of a low-quality process of reviewing; for this reason, a direct assessment of the content of the papers, as well as a tight control on the overall reviewing process, is guaranteed by the Editorial board.

A preliminary selection might be done by the Editorial Board in order to assess the correspondence of the paper's content with the aims of the Review. This type of response, that does not necessarily imply a negative evaluation of the quality of the work, is finalized to avoid a lengthier procedure for papers with a low probability to be published. Authors have the opportunity to review corrections before publication, provided the articles are submitted to the editors in a timely manner.

Peer Review Process

Manuscripts are reviewed in an unbiased manner, receiving prompt attention by the editorial office and its referees. After a preliminary assessment of the suitability of the paper by the Editor, any paper will follow a double-blinded peer review process. The goal of the Editorial office is of providing the referees' reports, and the final decision by the Editor, within ten weeks since submission.

The whole process will be handled by the Managing Editor, to whom all inquiries should be addressed.

In order to ensure full anonymity of the refereeing process, authors are asked to write papers in a way to keep their identity from referees (refraining in particular from citing forthcoming or working papers or self-citation; references to these papers that are deemed necessary can be added in the final version, after acceptance). Referees are asked to provide reports hiding their own identity.

Submission

Technical Requirements

Submission is electronic only saved in MS Word (any version) format. At the initial stage no formatting effort is required.

Text must be saved in a simple format, without automatic hyphenation, automatic indexing of section headings, with a consistent script, with an unjustified right margin and NO activated hyperlinks or other macros.

Authors of accepted papers will be required to sign a Copyright Transfer Agreement (CTA), supplied by the Editorial office.

The paper Authors must submit their texts as an email attachment to: redazione@rivistadirittoeprocesso.eu; mmunive@eld.edu.mx; alvarez.mario@itesm.mx; stefania.stefanelli@unipg.it; valentina.colcelli@progetti.unipg.it; roberto.cippitani@unipg.it.

Author Guidelines

Submitted manuscripts should have an original content, and should not be published or under consideration for publication elsewhere. Although no maximum length of the papers is imposed, Author(s) are invited to write as concisely as possible.

The submitted file (no in pdf format) should be anonymous, double spaced and should include the title of the paper, an abstract of no more than 150 words, 3 to 4 keyword.

Fonts (Garamond or the closest comparable font available)

Main Body – 12 pt.

Summary – 9 pt.

English Abstract have to be always present – 10 pt. (limit characters: min 300, max 600)

No Tables, graphs & figures

Footnote – 10 pt.

References

Citation in text

Please ensure that every reference cited in the text is also present in the reference list (and vice versa). Any references cited in the abstract must be given in full. Unpublished results and personal communications are not recommended in the reference list, but may be mentioned in the text. If these references are included in the reference list they should follow the standard reference style of the journal and should include a substitution of the publication date with either ‘Unpublished results’ or ‘Personal communication’. Citation of a reference as ‘in press’ implies that the item has been accepted for publication.

Web references

As a minimum, the full URL should be given and the date when the reference was last accessed. Any further information, if known (DOI, author names, dates, reference to a source publication, etc.), should also be given. Web references can be listed separately (e.g., after the reference list) under a different heading if desired, or can be included in the reference list.

Reference style

AUTHORS SURNAME (SMALLS CAPITALS), Title (*Italic*), City and year of publication, pages.

Examples:

Reference to a book: A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 100.

Reference to a chapter in an edited book: A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 117.

Reference to a journal publication: L. AZZENA, *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 613 ss.

Copyright Notice

As further described in our submission agreement, in consideration for publication of the article, the authors assign to the University of Perugia all copyright in the article, subject to the expansive personal-use exceptions described below. Attribution and Usage Policies Reproduction, posting, transmission or other distribution or use of the article or any material therein, in any medium as permitted by a personal-use exemption or by written agreement of the University of Perugia, requires credit to University of Perugia as copyright holder (e.g., University of Perugia © 2011).

Privacy Statement

The names and email addresses entered in this journal site will be used exclusively for the stated purposes of this journal and will not be made available for any other purpose or to any other party.



Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006 (rist. 2011), p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra diritto interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.
15. ROBERTO CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2012, p. 406.
16. ANDREA PIERINI, *Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*, 2012, p. 264.
17. DANIELE CORVI, *Frode e affidamento*, 2013, p. 298.
18. ALESSANDRO PORCELLATI PAZZAGLIA, *Equità nel mercato e tutela della concorrenza*, 2013, p. 232.
19. CARMINE LAZZARO, *La successione necessaria nella transizione verso la nuova famiglia solidale e complessa*, 2016, p. 296.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... comparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.
3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.

4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fidejussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI e FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra America Latina ed Europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.
5. ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, 2013, pp. VI-370.
6. JOHN ALBERTO TITO-AÑAMURO (a cura di), *La unificación del Derecho Privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones*, 2017, p. 420

Jean Monnet Chair TeKla Studies:

1. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, 2012, p. 170.

Commentari:

1. GIANCARLO SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1, commi 1-35*, 2016, p. 234.

Anno 23° – 2023